HAL
open science

Le contrat électronique International

Meryem Edderouassi

To cite this version:

Meryem Edderouassi. Le contrat électronique International. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017. Français. NNT : 2017GREAD009 . tel-01892106

HAL Id: tel-01892106

https://theses.hal.science/tel-01892106v1

Submitted on 10 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Communauté UNIVERSITÉ Grenoble Alpes

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE LA COMMUNAUTÉ UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

Spécialité : Droit privé
Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par

Meryem EDDEROUASSI

Thèse dirigée par **Martine EXPOSITO,** Maître de Conférences HDR, Université Grenoble Alpes

préparée au sein du **Laboratoire Centre d'Etudes sur la Sécurité Internationale et les Coopérations Européennes**
dans **l'École Doctorale Sciences juridiques**

Le contrat électronique international

International electronic contract

Thèse soutenue publiquement le **21 décembre 2017**,
devant le jury composé de :

Madame MARTINE EXPOSITO
MC1, Université Grenoble Alpes, Directeur de thèse
Madame SARAH BROS
Professeur, Université d'Evry-Val-d'Essonne, Rapporteur
Monsieur THOMAS LE GUEUT
Professeur, Université Paris 13, Rapporteur
Monsieur BLANC GERARD
Professeur, Université Aix-Marseille , Président
Monsieur MICHEL FARGE
Professeur, Université Grenoble Alpes, Examinateur

Remerciements

Je remercie, tout d'abord, Dieu tout puissant de m'avoir donné le courage, la force et la patience d'achever cette modeste étude.

Je tiens à remercier, tout particulièrement, ma Directrice de thèse Mme Martine Exposito d'avoir dirigé ma thèse avec beaucoup d'efforts et de patience. Ses qualités pédagogiques remarquables m'ont permis de profiter de ses connaissances et ont contribué à l'avancement de mon travail en ne négligeant ni ses conseils avisés et ni ses critiques constructives.

J'adresse mes remerciements, enfin, à mes parents qui m'ont fourni les motivations qui ont permis l'aboutissement de mon projet. Je leur adresse toute ma gratitude du fond du cœur.

Table des principales abréviations

A.	Arrêté
al.	Alinéa
Aff.	Affaire
Arb.	Arbitrage, arbitral, arbitre
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C.	Code
CA [ville]	Cour d'appel
CE	Communauté européenne
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Comm. Com. Elec.	Communication Commerce électronique
C. consom.	Code de la Consommation
CE	Communauté européenne
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Concl.	Conclusion
Consid.	Considérant
Conv.	Convention
C. proc. civ.	Code de procédure civile
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CVIM	Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises
D.	Dalloz (Recueil ou Sirey)
Décis.	Décision
Décr.	Décret
Direc.	Directive
Ed.	Edition
Ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*ibidem* : au même endroit
JCP	JurisClasseur périodique
JO	Journal officiel
LCEN (loi)	Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique
n°	Numéro
obs.	observation
op.cit.	*opere citato* : dans l'ouvrage cité
parag.	paragraphe
pt.	Point

Rev. crit. DIP	Revue critique du Droit International Privé
RTD	Revue Trimestrielle de droit
s.	Suivant
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
TGI	Tribunal de grande instance
Trad.	Traduction
UE	Union européenne
V.	Voir
vol.	Volume

Sommaire

PARTIE I

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT ELECTRONIQUE INTERNATIONAL

Titre I- Les conditions de conclusion du contrat électronique international

Chapitre I- Le consentement par voie électronique

Chapitre II- Le formalisme contractuel à l'épreuve du contrat électronique

Titre II- L'exécution du contrat électronique international

Chapitre I- Le paiement électronique

Chapitre II- Le régime de protection dans l'exécution du contrat électronique

PARTIE II

LE RATTACHEMENT DU CONTRAT ELECTRONIQUE INTERNATIONAL

Titre I- La détermination de la loi applicable au contrat électronique

Chapitre I- En présence du choix des parties : la loi d'autonomie

Chapitre II- En l'absence du choix : le rattachement objectif

Titre II- Le rattachement juridictionnel et les modes électroniques de règlement des conflits

Chapitre I- La juridiction compétence dans le contrat électronique international

Chapitre II- Les modes électroniques de règlement des conflits

Introduction

> « *L'informatique, et par suite, le droit, constitue sans doute l'un des points d'impact pour une modification des rapports du droit à la société. Les mouvements observés méritent qu'on s'y arrête car ils interrogent des idées telles que la souveraineté nationale, la force contraignante de la loi ou la primauté du consensus collectif sur les intérêts particuliers. Paradoxalement, sans bouleverser l'environnement légal du juriste, la diffusion des technologies de l'information pourrait néanmoins avoir une profonde incidence sur le cœur même du droit* »[1].

Apparu dans les années 1960 pour le compte du Département américain de la Défense, Internet, qui ne portait pas ce nom à cette époque mais celui d'ARPANET (*advanced research projects agency network*), est né en 1969 dans les laboratoires des universités américaines[2]. Internet dépasse ensuite le territoire des Etats-Unis pour s'étendre au reste du monde à travers des connexions internationales.

Avec l'apparition du Web en 1991, une révolution profonde des usages de l'informatique a vu le jour et a ouvert la porte au développement d'une multitude de services et la « *démocratisation de l'Internet* »[3]. L'Internet devient un outil de communication incontournable et il s'intègre dans tous les aspects de la vie réelle personnelle et professionnelle. A partir des années 2000, les sites à vocation commerciale permettent aux clients de préparer leurs achats mais dont la réalisation se déroule encore dans le monde réel, de manière traditionnelle. C'est en cette période que les internautes découvrent les nouveaux risques associés à l'Internet tels que les virus, les *spam* et tous les éventuels dysfonctionnements liés à ces nouveaux moyens de communication. Les capacités des réseaux sont continuées à se développer avec l'augmentation du débit des connexions et les évolutions du logiciel.

L'évolution des technologies de l'information et des communications conduit à une révolution remarquable de la façon d'échanger et de communiquer. Cette

---

[1] A. LEFEBVRE, E. MONTERO, « *Ouverture. Informatique et droit. Vers une subversion de l'ordre juridique ?* », *in* « *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs* », ss dir. de E. MONTERO, Cahier n° 16 du Centre de recherches Informatique et droit, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 18.

[2] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet »,* Presses Universitaires de France, « *Que sais-je ?* », 2017, p. 6.

[3] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet », Ibid*.

citation des Messieurs Ghernaouti et Dufour résume la manière dont ces évolutions ont conquis le monde : « *avec Internet, les frontières géographiques traditionnelles s'estompent au profit d'un environnement virtuel où tous les services semblent être de proximité. Cette proximité est renforcée du fait d'une communication immédiate et par la possibilité d'effectuer des actions à distance. Les produits dématérialisés sont téléchargeables instantanément alors que les produits physiques sont livrés toujours plus rapidement par des acteurs logistiques globalisés. L'abolition des notions de distances géographique et temporelle induite par l'usage des réseaux de télécommunications et d'Internet exerce une influence sur la façon dont chacun perçoit le monde et interagit avec lui. Cela favorise l'émergence de l'idée d'un village global* »[4].

L'apparition de l'expression « *village global* »[5] encouragé par l'utilisation à l'échelle mondiale de l'Internet dans tous les secteurs d'activité a contribué à l'unification et la globalisation de la société, ce qu'on appelle aujourd'hui « *société de l'information* ». Cette expression se réfère, selon le sociologue américain Daniel Bell, à l'idée « *de société postindustrielle qui présentes trois aspects essentiels : a/ Le passage d'une société productrice de biens à une société de services ; b/ Le rôle central de la codification des connaissances théoriques pour l'innovation dans la technologie ; c/ La création d'une nouvelle " technologie intellectuelle " comme outil clé de l'analyse des systèmes et de la théorie de la décision* »[6]. Il s'agit donc d'« *une rupture radicale avec l'époque industrielle instaurerait un Nouvel Age, qualifié tantôt de postindustriel, d'informationnel, de numérique ou de digital, et qui serait symbolisé par la société de l'information* »[7].

A côté de cette nouvelle notion de la société de l'information, Internet, qui constitue la figure la plus emblématique des nouvelles technologies d'informations et de communications, a fait apparaître un ensemble, composé de services, d'informations, de ressources, d'infrastructures informatiques, de

---

[4] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, *Ibid,* p. 27.

[5] Le village global ou le village planétaire (en anglais *Global village*) est une expression de Marshall McLuhan, tirée de son ouvrage « *The Medium is the Massage »* paru en 1967 pour qualifier les effets des technologies de l'information et de la communication, des médias et de la mondialisation. V. WikipédiA (https://fr.wikipedia.org/wiki/Village_plan%C3%A9taire).

[6] V. F. ISCHY, « *La "société de l'information" » au péril de la réflexion sociologique ?* », Revue européenne des sciences sociales, XL-123 | 2002.

[7] F. ISCHY, « *La "société de l'information" » au péril de la réflexion sociologique ?* », *Ibid.*

télécommunications[8], qui constitue aujourd'hui le *cyberespace*. Ce terme qui a été forgé à l'origine pour décrire « *le nouveau monde numérique* »[9], désigne « *un domaine caractérisé par l'utilisation de l'électronique et du spectre électromagnétique à des fins de stocker, modifier, et échanger des données par l'intermédiaire des systèmes gérés en réseau et des infrastructures physiques associées. En effet, le cyberespace peut être considéré comme une interconnexion des êtres humains par des ordinateurs et la télécommunication, sans souci de la géographie physique* »[10]. Ce terme de *cyberespace* qui a été utilisé pour la première fois en 1984 dans le livre de science-fiction *Neuromancien* de William Gibson[11], est considéré par Monsieur Jacques Attali comme « *un septième continent* »[12]. Cet auteur souligne, dans un article du Monde du 7 août 1997, qu'« *on a utilisé beaucoup de métaphores pour faire comprendre ce qu'est Internet : réseau, autoroute, banques de données, bibliothèque. En réalité, c'est beaucoup plus que cela : un continent virtuel, le septième continent, où on pourra bientôt installer tout ce qui existe dans les continents réels, mais sans les contraintes de la matérialité […]. A l'intérieur de ce continent, vide d'habitants réels, se développera un gigantesque commerce entre les agents virtuels d'une économie de marché pure et parfaite, sans intermédiaires, sans impôts, sans Etats, sans charges sociales, sans syndicats, sans partis politiques, sans grèves, sans minimums sociaux. Internet devient donc aujourd'hui, dans l'imaginaire du monde, ce qu'était l'Amérique en 1492 pour les Européens : un lieu indemne de nos carences, un espace libre de nos héritages, un paradis du libre-échange, où on pourra enfin construire un homme neuf, propre, débarrassé de ce qui le salit et le limite, un consommateur insomniaque et un travailleur infatigable »*[13]. Plus simplement, le *cyberespace* est une création de l'homme qui est à la fois une projection et une continuation du monde réel, « *il en constitue une extension reflétant sa réalité*

---

[8] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet », op., cit.*, pt. 79.

[9] E. LONGWORTH, « *Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace- y compris dans une perspective néo-zélandaise* », *in* « *Les dimensions internationales du droit du cyberespace* », ss dir. De B. DE PADIRAC, Collection Droit du cyberespace, Ed. UNESCO 2000, p. 17.

[10] Selon la définition retenue par Monsieur Feuga Muller de la publication du *National Military Strategy for Cyberspace Operations*, P. FEUGA MULLER, « *Cyberespace, nouvelles menaces et nouvelles vulnérabilités. Guerre silencieuse et paix imprédictible* », *Sécurité globale*, 2017/1 (N° 9), pt. 8.

[11] H. LE CROSNIER, « *Internet et numérique* », *Hermès, La Revue*, 2014/3 (n° 70), pt. 14.

[12] H. LE CROSNIER, « *Internet et numérique* », *Ibid* ; D. VENTRE, « *Cyberespace et acteurs du cyberconflit »*, Collection Cyberconflits et cybercriminalité, Ed. Lavoisier 2011, p. 79.

[13] D. VENTRE, « *Cyberespace et acteurs du cyberconflit »*, *Ibid*.

politique, économique et sociale. Le virtuel est bien réel et, en cela, n'est ni pire, ni meilleur que celui-ci »[14]. Internet est devenu un nouvel espace dans lequel circulent tout et n'importe quoi sans toutefois se séparer du monde réel. Toutefois, ce monde virtuel n'est pas une duplication de ce dernier, il se crée des comportements, des usages et nouveaux.

Cette évolution formidable d'Internet, qui atteint au 30 juin 2017 environ les 51% de la population mondiale utilisant Internet, soit 3,885,567,619 milliards d'internautes selon les données de l'*Internet World stats*[15], bouleverse le droit.

Ce bouleversement du droit se manifeste à travers les attributs du *cyberespace*. L'un des attributs de ce monde virtuel est l'anonymat. Dans cet espace les internautes peuvent rester anonymes et les origines des messages peuvent être dissimulées[16]. A ce titre, il est possible d'utiliser les techniques du *cyberespace* pour « *créer des sanctuaires permettant de se soustraire à des responsabilités légales* »[17] comme les cas d'atteintes à la propriété intellectuelle.

Le *cyberespace* repose sur des caractéristiques qui permettent de saisir l'environnement qui impose. Il se présente comme « *un réseau informatique décentralisé de dimension internationale et de nature virtuelle, interactive et hypertextuelle* »[18].

L'originalité de l'Internet, et donc du *cyberespace,* tient à cette capacité d'interconnexion de tous types de réseaux informatiques locaux ou régionaux sous un unique protocole de transmission compatible à travers le monde entier, ce qui fait de l'Internet un maillage à l'échelle planétaire. Il en résulte que la transmission d'informations et la communication prend aisément une dimension internationale. Cette dimension ne serait pas saisissable sans le caractère virtuel de l'Internet. Ce terme, utilisé souvent pour qualifier le réseau Internet, peut désigner tout ce qui est

---

[14] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet », op. cit.,* p. 38.

[15] V. le site officiel de l'Internet World stats : http://www.internetworldstats.com/stats.htm; WikipédiA à l'adresse électronique https://en.wikipedia.org/wiki/Global_Internet_usage; V. également le Rapport 2016 de l'Union internationale des télécommunications sur les statistiques à fin 2016 *via* le lien http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2016.pdf

[16] E. LONGWORTH, « *Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace- y compris dans une perspective néo-zélandaise* », *op. cit.*, p. 20.

[17] R. DAVID JOHNSON, G. DAVID POST, « *Law and Borders- the Rise of Law in Cyberspace* », 1996 ; Réf. Cité par E. LONGWORTH, *Ibid*.

[18] Ph. AMBLARD, « *466 : Régulation des services en ligne* », Le Lamy droit des médias et de la communication, nov. 2004.

« *immatériel* », tout ce qui n'appartient pas au monde « *réel* » ou physique. Ce réseau virtuel qui fait référence au caractère immatériel des échanges, offre des potentialités d'accès à toute source d'informations, à des services et des activités qui dépassent les capacités physiques d'un individu. Il permet un voyage instantané, à la fois, à plusieurs endroits éloignés sans déplacement physique et sans un moindre coût. Avec Internet, les relations s'internationalisent grâce aux potentialités d'utiliser toute sorte de communication allant des lettres et chiffres jusqu'aux images en couleur, de sons et musiques. Les galeries marchandes virtuelles regroupant des catalogues et des enseignes peuvent constituer un bon exemple. Cet environnement que constitue Internet forme un *cyberespace* intangible qui échappe à la notion de territoire physique du droit étatique. Comme le fait remarquer Monsieur Amblard, « *l'abondance des contenus et des échanges associés à l'interactivité et l'hypertextualisation contribue à créer ce nouvel espace déterritorialisé, où l'internaute navigue ou agit sans référent géographique stable* »[19]. Le *cyberespace* ne connaît pas de frontières au sens propre, c'est à dire des délimitations spatiales ou physiques. Les données transitent d'un pays à l'autre sans contrôle réellement possible, car celles-ci ne sont pas censées obtenir une permission pour circuler au travers de réseaux et donc d'infrastructures localisées sur des terres étrangères. Cette approche du *cyberespace* sans frontières s'inscrit, selon Monsieur Daniel Ventre, « *dans la lignée des rêves de construction d'un monde libéré de contraintes, de barrières entre les peuples […], dans le courant de la mondialisation et de la globalisation. Il devrait donc être un espace ouvert, de partages, d'échanges libres, le reflet d'un monde moderne et de progrès, libéré des contraintes des Etats. Selon cette perspective, il ne peut donc exister dans le cyberespace de barrières et de territoires* »[20].

Cette virtualité de l'Internet qui est à l'origine d'un espace sans frontière, est étroitement liée à la numérisation des échanges. Les contenus en ligne sont formés de valeurs numériques qui permettent une transmission de données numériques constituant un lieu d'échange immatériel qui favorise la manipulation, le traitement et la transmission de toute sorte de documents, de créations photographiques, sonores, audiovisuelles indépendamment de leur support d'origine. Ces facultés du

[19] *Ibid.*
[20] D. VENTRE, « *Cyberespace et acteurs du cyberconflit* », *op. cit.*, p. 83.

réseau Internet en termes d'interactivité mais également de rapidité de transmission impactent la stabilité et la traçabilité des données. Celles-ci constituent « *les principes fondamentaux de la convergence des techniques de communications qui rend délicat l'application du Droit* »[21]. En effet, le pouvoir d'interagir notamment sur le contenu des données échangées influence le droit dans la mesure où les internautes peuvent communiquer entre eux ou interroger des serveurs informatiques.

A ces particularités de l'Internet s'ajoute un attribut lié à l'infinité des contenus associés à un lien et mis en rapport entre eux par le créateur de ce lien. Il s'agit de l'hypertextualisation des contenus sur Internet qui ne facilite pas l'encadrement par le droit de ces activités. Cet hypertexte désigne « *un type de document contenant un système de renvois représenté par des liens ou hyperliens et permettent de passer d'une page à l'autre ou d'un document à l'autre en cliquant dessus. Le lien peut être un texte, une image, une portion d'image…* »[22]. En d'autres termes, un hypertexte sur une page Web ou un message électronique permet d'accéder instantanément à d'autres pages du réseau et une navigation dans un espace sans frontière. En se connectant sur un site du pays de l'internaute, avec l'hypertexte, il peut se trouver sur des sites étrangers et obtenir des contenus localisés sur des serveurs dispersés à l'échelle planétaire. Cette navigation par hypertexte affranchit donc les frontières étatiques méconnues du réseau Internet, ce qui n'est pas facilement saisissable en droit.

L'appréhension de l'Internet ou du *cyberespace* par le droit doit donc tenir compte de la diversité et la nature des activités se déroulant au sein d'un espace à dimension internationale, virtuel et hypertextuel. Un espace stratégique de la circulation des données en temps quasi-réel « *à la vitesse de l'électricité dans des câbles et de la lumière dans les fibres couvrant la totalité des territoires* »[23].

Ce réseau n'a pas seulement pour vocation de créer un espace mondial de communications et d'échanges d'informations, mais il constitue également un outil marchand à part entière au sein duquel les relations contractuelles se multiplient et

[21] Ph. AMBLARD, « *466 : Régulation des services en ligne* », *op. cit*.
[22] H. LILEN, « *Dictionnaire informatique & numérique* », Ed. First Interactive, Paris 2011, p. 109.
[23] O. KEMPF, N. MAZZUCCHI, « *Cyberespace et intelligence économique* », *Géoéconomie*, 2015/5 (N° 77), p. 45-58.

prennent plusieurs formes et dimensions laissant au droit un terrain très vaste de recherches et d'expérimentations pour adapter les moyens juridiques à un contexte hétérogène et en évolution permanente.

Toutefois, cette évolution d'Internet bouleverse les modes de gouvernance et les Etats qui peinent à s'imposer face aux acteurs du réseau, aux opérateurs et aux fournisseurs du réseau, aux techniciens et aux organisations internationales qui travaillent chacun à sa régulation[24]. Comme l'affirme Madame TÜRK, « *le développement d'Internet change la nature du phénomène, en plus d'en augmenter le degré. Car au-delà du nombre et de la simultanéité des échanges transfrontaliers et mondialisés résultant de la révolution numérique, le Réseau présente une caractéristique singulière, qui est précisément d'échapper largement aux Etats, assurant un contact direct entre les populations sans support ni contrôle. Les Etats se retrouvent ainsi confrontés à l'influence de milliards de connexions et d'échanges et aux conséquences d'un mode de communication instantané et virtuel, immatériel et instable, qui se joue des frontières, où les responsabilités sont diluées, et dont les acteurs peu identifiables et difficilement localisables, sont protégés par la liberté d'expression* ». Autrement dit, avec la montée en puissance de l'Internet, la virtualité des échanges, l'instantanéité des modes d'informations et de communications, l'instabilité des contenus vont s'accroître et les frontières entre les Etats vont s'effacer. Internet peut constituer également un outil critique d'un pays dans la mesure où il est présent dans des échanges, de toutes natures, qui atteignent les aspects commerciaux, industriels, sociétaux, administratifs, politiques et juridiques.

Ainsi, cette réalité attachée à Internet remet en question la souveraineté des Etats et leur capacité à maîtriser tout ce qui entre et sort de leur territoire. Cette maîtrise dépend de celle de « *leurs infrastructures de communication, les accès et les flux d'information de l'Internet* »[25]. La souveraineté qui repose sur « *la qualité de l'Etat de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté dans les limites du principe supérieur du droit et conformément au but collectif qu'il est appelé à*

[24] P. TÜRK, « *La souveraineté des Etats à l'épreuve d'internet* », Revue du droit public, 01 novembre 2013, n° 6.
[25] P. TÜRK, « *La souveraineté des Etats à l'épreuve d'internet* », *Ibid*.

réaliser »[26], implique notamment le droit des Etats de maîtriser leur territoire et l'application des décisions prises par leurs autorités publiques ce qui est « *garanti classiquement par le droit international et inhérent aux ordres constitutionnels nationaux* »[27].

Mais cette souveraineté des Etats est confrontée à plusieurs acteurs opérants sur le réseau Internet, ce qui conduit à s'interroger sur la gouvernance du *cyberespace*, qui le gère, qui le contrôle et qui le surveille[28].

Le réseau Internet dépend de plusieurs acteurs. Il appartient aux internautes mais surtout aux entreprises qui fournissent les technologies, les contenus ou les services. Il dépend, en outre, de celles qui gèrent ou détiennent les ressources, les accès ou la sécurité de l'Internet. Pour certains auteurs, « *ces entités qui contrôlent le réseau en sont d'une certaine manière les propriétaires* »[29]. Le trafic d'Internet est dominé par des géants digitaux comme Google, Yahoo !, Facebook, Amazon, Microsoft dont la puissance financière, l'impact économique entraînent certains marchés vers « *des situations oligopolistiques* »[30]. Les spécialistes de l'informatique, M. Ghernaouti et M. Dufour, indiquent à ce propos que « *beaucoup d'analystes relèvent l'ampleur hégémonique prise progressivement par les géants digitaux que sont les GAFA, Google, Apple, Facebook et Amazon, auxquels on ajoute souvent Microsoft, et parfois des acteurs comme eBay et PayPal. Leur emprise sur l'univers digital est palpable. La portée de leurs choix concerne plusieurs centaines de millions d'humains et jusqu'à près de 2 milliards pour le seul Facebook. A côté des GAFA, certains évoquent également les géants digitaux*

---

[26] L. LEFUR, « *Etat fédéral et Confédération d'Etats* », Paris, 1896, p. 443, Définition rappelée et réf. citée par A. PATRY, « *La Capacité internationale des Etats : L'Exercice du "Jus Tractatuum "* », Presse de l'Université du Québec, 1983, p. 18.

[27] P. TÜRK, « *La souveraineté des Etats à l'épreuve d'internet* », *op. cit*.

[28] Il convient de préciser que le terme « *gouvernance* » a été évoqué par Monsieur Kofi ANANN lors de la séance plénière d'ouverture du Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) tenu à Tunis en novembre 2005. A ce propos, l'ancien Secrétaire général des Nations Unies a déclaré que « *l'Organisation des Nations Unies ne souhaite pas prendre le contrôle de l'Internet, le policer ou le réglementer de toute autre manière… Le but commun que nous visons, c'est de protéger et de consolider l'Internet et de faire en sorte que tous puissent en bénéficier. Les Etats-Unis méritent notre gratitude pour avoir développé l'Internet et l'avoir mis à la disposition du monde entier… Mais je pense que vous serez également unanimes à reconnaître la nécessité d'une plus grande participation internationale aux débats sur les questions relatives à la gouvernance de l'Internet. Le problème est de savoir comment cet objectif pourra être atteint* ». V. l'allocution de l'ancien Secrétaire générale de l'ONU via le lien http://www.un.org/press/fr/2005/SGSM10216.doc.htm; V. également des informations complémentaires dans le site officiel du Sommet à l'adresse https://www.itu.int/net/wsis/newsroom/press_releases/wsis/2005/16nov-fr.html

[29] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet », op.cit.,* p. 42.

[30] *Ibid*, p. 43.

chinois que sont les BATX – Baidu, Alibaba, Tencent et Xiaomi –, tandis que d'autres observent le groupe d'acteurs disruptifs des NATU – Netflix, Airbnb, Tesla et Uber. Cette poignée de géants influence de façon déterminante le monde digital et ses usages, à une échelle qui dépasse très largement celle des Etats les plus importants de la planète »[31]. Ces acteurs puissants qui créent des marchés bi- ou multi-faces, à partir de l'intermédiation en réalisant la rencontre entre offreurs et demandeurs ont pu bénéficier « *d'externalités positives de réseau, de subventions croisées entre l'une ou l'autre face des marchés* »[32] et ont réussi à atteindre des populations très variées. Google, par exemple, met en relation par son algorithme de recherche, fondé sur des mots-clés, tous les utilisateurs et des annonceurs. La même fonction économique[33] est assurée par des sites de transport comme *Uber*, de logement comme *Booking.com*, de vente comme Amazon, de rencontre comme Meetic, etc. Selon certains auteurs « *les grandes plates-formes logicielles et d'intermédiation ont été centrales dans la construction de l'environnement numérique. Elles ont fait émerger une nouvelle catégorie d'acteurs économiques qui orientent les internautes parmi l'afflux d'informations, organisent la mise en relation entre l'offre et la demande, créent des services très innovants et suscitent de nouvelles chaînes de valeurs* »[34].

Par ailleurs, certaines ressources importantes comme les adresses IP et les noms de domaines sont gérées par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (l'ICANN), une association de droit privé à but non lucratif située en Californie et dont la composition est internationale[35]. Cette association a été créée par le gouvernement américain, suite à la décision prise en 1998 de privatiser la gestion du cœur du réseau, c'est à dire, le DNS qui permet d'attribuer des adresses numériques et des noms de domaines aux différents acteurs du réseau. Elle est chargée « *de définir des règles de fonctionnement pour les opérateurs privés qui allaient gérer effectivement le DNS, d'accréditer ces organismes et de résoudre les*

---

[31] *Ibid.*
[32] Ph. CHANTEPIE, J.-B. SOUFRON, « *La régulation des géants du Net : horizon ou mirage ?* », Nectart 2016/2 (N° 3), p. 151.
[33] Ph. CHANTEPIE, J.-B. SOUFRON, *Ibid*.
[34] *Ibid*, p. 152.
[35] P.-É. MOUNIER-KUHN, « *L'ICANN : Internet à l'épreuve de la démocratie* », Mouvements, 2001/5 (n°18), p. 81.

conflits qui s'ensuivraient »[36]. En raison de plusieurs critiques sur sa dépendance au Ministère du commerce des Etats-Unis, elle est sortie du contrôle du ministère américain en octobre 2016[37], en se libérant ainsi de la tutelle américaine, ce qui constitue une renonciation par les Etats-Unis à un levier important de gouvernance de la toile.

Outre cette question de gouvernance du *cyberespace*, d'autres questions sont régulièrement soulevées sur le rôle des Etats par rapport aux acteurs privés[38], un rôle qui tient notamment à l'encadrement juridique de l'Internet et les activités qui se déroulent sur la toile. Par sa méconnaissance des frontières traditionnelles et l'émergence d'une communauté d'usagers, Internet donne l'illusion révolutionnaire de créer un espace qui échappe complètement aux Etats.

Tel est le cas de la déclaration d'indépendance de Monsieur John Perry Barlow « *A Declaration of the Independence of Cyberspace* », issu du mouvement libertaire d'origine californienne[39] qui soutient qu'Internet doit échapper à l'emprise du droit étatique[40], un « *espace sans loi* », en rappelant aux gouvernements que « *vous n'avez aucune souveraineté là où nous sommes rassemblés* »[41]. Autrement dit, la loi et les règlements de l'Etat ne s'appliquent pas au *cyberespace*, une indépendance au droit qui est largement critiquée[42]. Dans le même ordre d'idées, Monsieur Lessig défendait l'idée d'une souveraineté du *cyberespace* qui entre en concurrence avec les différentes souverainetés étatiques[43]. En somme, l'Internet soumettrait à un nouvel ordre juridique appelé *Lex electronica*, constitué des

---

[36] P.-É. MOUNIER-KUHN , « *L'ICANN : Internet à l'épreuve de la démocratie* », *Ibid*.

[37] V. site officiel de l'ICANN *via* le lien https://www.icann.org/news/announcement-2016-10-01-fr

[38] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet », op. cit.,* p. 44

[39] Ph. MULLER FEUGA, « *Cyberespace, nouvelles menaces et nouvelles vulnérabilités. Guerre silencieuse et paix imprédictible* », *Sécurité globale*, 2017/1 (N° 9), p. 83.

[40] J. P. BARLOW, « *A Declaration of the Independence of Cyberspace* », en ligne : https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence. L'auteur dèclare particulièrement que « *your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here* ».

[41] « *You have no sovereignty where we gather* », V. Ph. MULLER FEUGA , « *Cyberespace, nouvelles menaces et nouvelles vulnérabilités. Guerre silencieuse et paix imprédictible* », *Ibid.*

[42] V. GAUTRAIS, « *Libres propos sur le droit des affaires électroniques* », Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, disponible en ligne à : http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_gautrais.pdf_; V. aussi : E. KERCKHOVE, « *Le croisement des droits nationaux : point de vue international et communautaire* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, No 29, 1er juillet 2007 ; J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2005, étude 17.

[43] L. Lessig, « *Code and Other Law of Cyberspace* », Basic Books, 1999, p. 198.

normes informelles adaptées à l'environnement numérique, apparaissant comme un remède face à la difficulté de faire intervenir des normes formelles[44].

Ces tentatives d'échapper aux Etats et à leurs systèmes juridiques n'ont pas empêché les juristes, en particulier, à se pencher sur la question de régulation de l'Internet par le droit. Des réflexions sur les difficultés juridiques internationales inhérentes à Internet ont donné naissance à des doctrines divergentes. Des positions doctrinales particulièrement outre-Atlantique ont alimenté les débats très virulents aux Etats-Unis sur l'existence et la nature du droit devant régir le *cyberespace*[45].

Il y a d'abord ceux qui pensent qu'« *Internet ne constitue qu'un nouveau médium et que les nouveautés techniques n'emportent pas d'implications juridiques substantielles par rapport aux médias traditionnels. Il y aurait lieu d'appliquer mutatis mutandis les instruments existants, éventuellement de les retoucher, Internet n'étant alors qu'un nouveau moyen d'émission et de réception* »[46] et que, comme l'affirme Monsieur J. Goldsmith, les problématiques du *cyberespace* sont identiques à celles du monde réel en considérant que « *cyberspace transactions are no different from "realspace" transnational transactions. They involve people in real space in one jurisdiction communicating with people in real space in other jurisdictions in a way that often does good but sometimes causes harm. There is no general normative argument that supports the immunization of cyberspace activities from territorial regulation. And there is every reason to believe that nations can exercise territorial authority to achieve significant regulatory control over cyberspace transactions. Resolution of the choice-of-law problems presented by cyberspace transactions will be challenging, but no more challenging than similar problems raised in other transnational contexts* »[47].

---

[44] V. GAUTRAIS, « *Le contrat électronique international : encadrement juridique* », 2ème Ed. revue, BRUYLANT-ACADEMIA 2002, p. 233 ; V . GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYEKHELF, « *Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica* », RDAI 1997, p. 547 et s.

[45] D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 81, 1er avril 2012.

[46] E. WERY, « *Internet hors-la-Loi ? Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau* », 1997, 5846 Journal des Tribunaux, 223.

[47] J. L. GOLDSMITH, "*Against Cyberanarchy*," University of Chicago Law Occasional Paper, No. 40 (1999). En ligne :http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=occasional_papers (date d'accès le 01/04/2017). Trad. « *Les transactions du Cyberspace ne sont pas différentes des transactions transnationales de l'espace réel. Ils impliquent des personnes dans l'espace réel dans une juridiction qui*

Cependant des auteurs comme Monsieur David Post et Monsieur David Johson considèrent que Internet pose une problématique nouvelle. Pour ces auteurs, les ordres juridiques pouvant régir un comportement revient à ce que ce comportement ne soit régi nulle part, si ce n'est par une régulation propre au *cyberespace*[48]. M. David Post a, particulièrement, répliqué en 2002 à Monsieur J. Goldsmith dans « *Against 'Against Cyberanarchy'* », en réitérant sa déclaration selon laquelle les activités du monde virtuel sont loin d'être « *fonctionnellement identiques* » aux activités du monde réel[49].

Entre ces deux courants différents, d'autres auteurs estiment que loin d'être un monde parallèle, l'Internet se confond avec la société et accompagne son évolution vers la mondialisation[50]. Monsieur Sylvain Bollée indique qu'il est toujours possible de se reposer sur les règles préexistantes, « *la matière appelle aussi l'introduction de solutions spécifiques, élaborées en considération des problématiques particulières liées à un internet et dont certaines, au moins, pourraient procéder d'un dépassement du paradigme classique associant le droit à la figure de l'Etat. Adaptation, d'une part, innovation, d'autre part, telles sont donc les deux grandes voies qu'empruntent, dans leurs aspects internationaux, les rapports entre le droit et internet* »[51].

En admettant, ainsi, que l'Internet ne constitue pas un espace de non-droit et que les règles juridiques sont appelées à s'adapter en permanence à l'évolution de celui-ci voire même à s'innover, il convient de rappeler, néanmoins, que cette adaptation ou cette innovation se dessinent au sein d'un cadre borné des frontières politiques de chaque Etat. Ces frontières incarnent les limites de la souveraineté de l'Etat et, par conséquent, son champ de compétence juridique.

---

communique avec les personnes dans l'espace réel dans d'autres juridictions d'une manière qui fait souvent du bien, mais parfois des dommages. Il n'existe pas d'argument normatif général qui soutienne la vaccination des activités du cyberespace à partir de la réglementation territoriale. Et il y a toutes les raisons de croire que les nations peuvent exercer une autorité territoriale pour obtenir un contrôle réglementaire important sur les transactions sur le cyberespace. La résolution des problèmes de choix de droit présentés par les transactions du cyberspace sera difficile, mais pas plus difficile que les problèmes similaires soulevés dans d'autres contextes transnationaux ».

[48] D. JOHNSON et D. G. POST, « *Law and Borders : the Rise of Law in Cyberspace »,* Stanford law Review, 1996, vol. 48, p. 1367 et s., cité par D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 81, 1er avril 2012.

[49] David G. POST, « *Against "Against cyberanarchy"* », 2002, Vol. 17, Berkeley Technology Law Journal, p. 1363, en ligne : http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol17/iss4/7/

[50] E. LOQUIN, C. KESSEDJIAN, « *La mondialisation du droit* », Litec, Paris, 2000, p. 116.

[51] S. BOLLÉE, « *Rapport de synthèse* », Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, nº 81, 1er avril 2012.

En effet, la difficulté de la régulation tient au fait que celle-ci s'opère au niveau des Etats, alors qu'Internet est, par nature, supranational. Comme l'indique, à bon droit, Madame Françoise Benhamou « *la complexité de l'architecture de la régulation reflète la tension entre l'omniprésence du numérique et la volonté d'en délimiter des périmètres pour y imposer des règles et de " bonnes pratiques "* »[52].

Avec cette inégalité fonctionnelle, l'Etat s'efforce à trouver sa place et à imposer ses règles. L'ordre juridique étatique demeure le garant du droit et doit s'adapter et faire évoluer ses lois dans un univers numérique qui change constamment. L'Etat est appelé à vérifier en permanence que telle ou telle réglementation sectorielle est adaptée à cet univers. Ce contexte permet de rappeler les propos tenus par le philosophe suisse René Berger « *les survivants du futur sont ceux qui prolongent leur capital de vie en se conformant aux normes et aux structures qui ont prévalu jusqu'ici, tandis que les primitifs du futur sont ceux qui rompent avec les normes et les structures établies pour élaborer l'avenir, non plus comme un supplément, mais comme une possible métamorphose […]* [53]*. Le fondement de la mutation […] doit être cherché dans l'avènement des réseaux qui permettent de tisser des liens d'un bout à l'autre de la planète, avec quiconque, immédiatement, partout. Les " primitifs du futur " sont donc ceux qui, forts de cette intuition, mettre en œuvre les moyens dont nous disposons aujourd'hui pour créer la conscience collective à l'échelle de notre monde en mutation* »[54]. En transposant cette philosophie aux systèmes juridiques étatiques, l'Etat est censé être en mesure de s'affranchir les règles classiques, sans les nier car ce sont elles qui permettent d'identifier les changements induits par l'Internet, et de déceler les transformations en cours afin de disposer les moyens permettant d'évoluer en harmonie avec les mutations technologiques.

Les Etats, dans ce cadre, se sont montrés capables de marquer leur territoire et imposer leurs règles. Les tentatives d'enterrement du législateur, considéré trop lent, moins expérimenté et trop national pour encadrer un univers numérique aussi rapide, technique et transnational sont vouées à l'échec[55].

---

[52] F. BENHAMOU, « *L'État et l'internet. Un cousinage à géométrie variable* », Esprit 2011/7 (Juillet), p. 108.
[53] R. BERGER, X. COMTESSE, « *Vers les temps réels* », Editions du Tricorne, 2006, p. 151.
[54] R. BERGER, X. COMTESSE, *Ibid.*, p. 152.
[55] J. BERLEUR, Y. POULLET, « *Réguler Internet* », Études 2002/11 (Tome 397), p. 470.

L'Union européenne, comme le reste du monde, a multiplié les efforts d'encadrement des activités du *cyberespace*. Les Directives européennes, à l'instar de la Directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 relative au commerce électronique[56], ont été transposée dans l'ordre national des Etats membres. Les Etats-Unis, par le biais de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a promulgué la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA)[57], une loi uniforme du 29 juillet 1999 qui représente le premier effort fédéral de création de règles uniformes pour les transactions commerciales électroniques et visait de garantir la sécurité des opérations accomplies par voie électronique. Le Canada, précisément le Comité des mesures en matière de consommation (CMC)[58], a élaboré le Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet, lequel a été ratifié en 2001 par le fédéral, les provinces et les territoires[59]. Il a servi de Modèle pour l'élaboration d'un encadrement du commerce électronique dans les provinces et territoires. Des organismes supranationaux officiels comme l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE)[60] et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle[61] ont établi progressivement des consensus réglementaires adaptés au contexte numérique. La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, connue sous l'acronyme « *CNUDCI* » et principal organe juridique du système des Nations Unies dans le

---

[56] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («*directive sur le commerce électronique*»), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001 – 0016.

[57] L'UETA est adopté par 49 Etats (V. le site officiel de *l'Uniform Law Commission* http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act).
Le texte de l'UETA se trouve sur le site :
http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20transactions/ueta_final_99.pdf

[58] Pour en savoir plus sur ce Comité, visiter le site https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/fra/accueil

[59] V. Bureau de la consommation du Canada (BC), « *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet* » (29 mai 2001), en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/ $FILE/Sales_Template_fr.pdf> [BC, «Modèle d'harmonisation de 2001»].

[60] L'OCDE a élaboré en décembre 1999 des Lignes directrices régissant la protection des consommateurs sur Internet. Les pays membres originaires de l'Organisation sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996) et la Corée (12 décembre 1996). V. le site officiel de l'OCDE http://www.oecd.org/fr/apropos/

[61] Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI résout, au niveau mondial et en ligne, les conflits qui surgissent dans le secteur des noms de domaine. V. nos développements dans la deuxième partie de cette étude.

domaine du droit commercial international, a adopté deux lois type dont l'une sur le commerce électronique datant du 1996. Pour la CNUDCI, l'adoption de cette loi s'inscrit dans l'objectif « *de permettre et de faciliter le commerce électronique en proposant aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables dont le but est de lever les obstacles juridiques et d'augmenter la sécurité juridique dans ce type de commerce* »[62]. La CNUDCI a adopté, au même titre, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux afin de garantir « *que les contrats conclus et les autres communications échangées par voie électronique ont la même validité et la même force obligatoire que leurs équivalents papier traditionnels* »[63].

Les efforts des législateurs se poursuivent. La France, par exemple, a plaidé récemment pour une loi pour une République numérique, promulgué le 7 octobre 2016[64]. L'objectif est de « *proposer un cadre nouveau, qui combine soutien à l'innovation et aux nouveaux modèles économiques, ouverture élargie des données, protection renforcée des personnes, renforcement de la loyauté des plateformes et déploiement de l'accès au numérique* »[65]. Le projet de cette loi a été élaboré à l'issue « *d'un processus de co-construction innovante au travers d'une grande concertation nationale* » à travers lequel 4000 contributions d'entreprises, de particuliers et d'administrations ont été recueillies et analysées par le Conseil national du numérique[66].

Les efforts législatifs dans le domaine du *cyberespace* consolident, sans doute, la confiance et participent au développement du numérique et les activités qui s'évoluent à travers cet univers. La loi a une fonction rassurante, elle « *crée un cadre de référence clair, soumet les acteurs à des prescrits qui garantiront la sécurité, la loyauté et la bonne fin des opérations. En outre, elle arme du bras de la force publique la réclamation de celui qui se sera risqué sur la toile* »[67].

---

[62] Site officiel de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html
[63] Informations supplémentaires sur le Site officiel de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html
[64] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (JORF n°0235 du 8 octobre 2016).
[65] V. l'exposé des motifs de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. En ligne sur le site de *legifrance.gouv.fr*
[66] *Ibid*.
[67] J. BERLEUR, Y. POULLET, « *Réguler Internet* », *op.cit*., p. 471.

Comme le législateur, le juge a su faire preuve d'adaptation et même à marquer le territoire étatique et rappeler la souveraineté de l'Etat. On ne peut, dans ce cadre, que citer l'affaire Yahoo ! sur la mise aux enchères en ligne « *Yahoo.com* » des objets nazis jugées illégales en application de la loi française. Cette affaire a donné lieu à deux ordonnances du Tribunal de grande instance de Paris en date du 22 mai et 20 novembre 2000[68], à travers lesquels le juge français a condamné la société américaine Yahoo ! Inc. à prendre les mesures techniques nécessaires afin de rendre impossible l'accès à partir du territoire français aux pages web (hébergées sur les serveurs californiens de Yahoo !) proposant des objets nazis aux enchères et à ordonner à la société Yahoo ! France à communiquer aux internautes un message les avisant des risques pris en poursuivant la navigation sur les sites en question. La doctrine nord-américaine a même considéré cette affaire comme « *le coup d'arrêt à la conception d'un Internet sans frontière* »[69]. Cette affaire constituait l'occasion « *d'appréhender la véracité du caractère mondial d'Internet échappant aux droits nationaux* »[70]. Internet nous offre, certes, des potentialités pour traverser facilement les frontières politiques des Etats, mais il nous précipite sous l'empire d'un ou plusieurs ordres juridiques étatiques délimités par ces mêmes frontières.

Cette vision d'un *cyberespace* limité par des frontières n'est pas uniquement l'apanage du juge. Certains auteurs se sont penchés sur l'aspect technique de la matière[71]. L'approche soutenue est qu'il existe bel et bien des frontières dans le c*yberespace*, car il suffit de se déplacer physiquement sur la planète pour ne pas avoir accès à la même face du *cyberespace*. Ce constat est vrai, sur le web d'un Etat un accès à un film sur *Youtube* peut se trouver bloquer pour des soucis de protection des droits d'auteur, pour des considérations politiques, d'ordre public, de

---

[68] TGI Paris, 20 nov. 2000, Revue Lamy droit des affaires 2001, n° 34, n° 2158 ; TGI Paris, 17e ch., 26 févr. 2002, Timothy K., Société Yahoo ! Inc. c/ Amicale des Déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie et Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié des Peuples (Mrap), Commentaires par A. LEPAGE, « *Affaire Yahoo ! : le feuilleton continue* », comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2002, comm. 77 ; V. également Chron. par J. R. REIDENBERG, « *L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet* », Comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2001, chron. 12.

[69] Selon Monsieur David MARTEL, V. D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 81, 1er avril 2012 ; par référence à : L. Lessig, « *Code, version 2.0, Basic Books* », éd. New York, 2006, p. 294 et s.

[70] Ph. CHANTEPIE, J.-B. SOUFRON, « *La régulation des géants du Net : horizon ou mirage ?* », *op.cit*. p. 147.

[71] V. D. VENTRE, « *Cyberespace et acteurs du cyberconflit* », *op.cit*., p. 83.

bonnes mœurs, etc., alors que ce même film sera accessible dans un pays tiers. Pour illustrer cette idée, il convient de donner l'exemple du film marocain « *Mach loved* » qui fait polémique et qui a été interdit de diffusion sur le Royaume du Maroc parce qu'il est considéré par les autorités comme un outrage grave aux valeurs morales et à l'image du pays. Ce film est naturellement non accessible *via* Youtube en se connectant depuis le territoire marocain, mais il est accessible lorsqu'un internaute se trouve sur le territoire français par exemple. Comme le confirme Monsieur Daniel Ventre « *au sein du cyberespace, de multiples composantes peuvent être renvoyer à l'idée de séparation, de démarcation : - les zones inaccessibles, protégées par mots de passe, codes firewalls, cryptographie, etc. ; - les zones non connectées ; - la localisation géographique des machines et des infrastructures, qui appartiennent aux Etats* »[72].

La frontière est « *un endroit belligène par nature car elle ne s'impose pas d'elle-même, il faut la défendre* »[73]. La dynamique de certains Etats pour la régionalisation de l'Internet en est la preuve concrète. La Russie, la Chine et l'Iran ont adopté une stratégie qui se dirige vers des « *Internets nationaux* » permettant de contrôler les infrastructures et les données pour rendre leurs systèmes « *étanche* » au reste du réseau mondial[74]. Ainsi, « *la conception initiale d'un Internet sans frontières est mise à mal par l'existence de différents modèles de gouvernance* »[75].

Cela dit, il est peut-être utile de s'interroger sur les domaines d'intervention du législateur et la finalité poursuivie. Dans ce *cyberespace*, il n'existe pas un droit uniforme à une échelle planétaire. Ce sont de nombreux domaines du droit qui s'appliquent au gré des multiples activités en ligne. Le domaine d'intervention du législateur est en lien avec plusieurs branches du droit : droit de la propriété intellectuelle, droit du travail, droit pénal, droit de télécommunications, droit des personnes, droit de la responsabilité, droit des contrats, etc.

---

[72] D. VENTRE, *Ibid*, p. 84.
[73] *Ibid*, p. 85.
[74] B. LOUIS-SIDNEY, « *La dimension juridique du cyberespace* », Revue internationale et stratégique 2012/3 (n° 87), p. 80.
[75] B. LOUIS-SIDNEY, « *La dimension juridique du cyberespace* », *Ibid*.

Le droit ne pouvait pas donc rester indifférent face aux bouleversements technologiques de l'Internet. Les Etats, représentés par leur législateur, n'ont pas hésité à encadrer les conséquences du développement de l'Internet.

Cet outil dédié à l'origine à la recherche scientifique est aujourd'hui un espace ouvert aux activités économiques, culturelles, politiques, sociales, etc. De multitudes des échanges s'inscrivent dans ce *cyberespace* qui accueille toutes formes de communications, d'informations et de transactions avec toute personne dans le monde entier. Ces nouveaux échanges ont créé de nouvelles activités de nature très variée et les possibilités de faire des actes se sont multipliées. Ainsi, l'accès à un marché mondialisé a participé au développement des échanges planétaires et du commerce mondial, d'une forme spécifique à l'électronique. Dans ces échanges et ce commerce, les relations entre les différents acteurs se nouent à travers le recours à un outil juridique indispensable : le contrat.

Le contrat, qualifié de « *pilier* » du droit[76], prend, avec l'émergence de l'Internet, une forme électronique, car il est conclu chaque jour, chaque minute, voire même chaque seconde, partout dans le monde par celui qui navigue sur des sites Internet.

Le mot contrat vient du latin *contractus*, lui-même dérivé de *contrahere* qui signifie rassembler, réunir, conclure[77]. Pour faire simple, il convient de se référer au Code civil français qui définit le contrat à l'article 1101 comme étant « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». On en déduit que le contrat est un accord générateur d'obligations. Cet accord qui se noue des relations entre deux ou plusieurs personnes dans le monde réel, est aujourd'hui se prolifère dans le monde virtuel, ce qui a donné naissance aux contrats électroniques ou contrats conclu par voie électronique.

Cette naissance nécessite de s'interroger sur les traits et les contours de ce contrat. Est-ce que cette formule désigne-t-elle une nouvelle espèce de contrat ou une nouvelle modalité de contracter ?

---

[76] J. CARBONNIER, « *Flexible droit* », LGDJ, 5ème Ed., 1983, p. 253 à 283, cité par J. GHESTIN, « *Droit civil : La formation du contrat* », 3ème Ed. L.G.D.J 1993, p. 4.
[77] J. GHESTIN, « *Droit civil : La formation du contrat* », *Ibid*.

Avant de passer à la définition de ces contrats, une distinction doit être faite entre les contrats de l'Internet et les contrats conclus *via* Internet. La première catégorie des contrats fait partie de la nouvelle économie et désigne les contrats spéciaux des réseaux numériques tels la fourniture d'accès et d'hébergement, de création de site, de référencements. Ces contrats ont pour objet « *la fourniture d'une prestation de services spécifique qui est d'accéder à Internet ou bien de l'utiliser* »[78]. La seconde catégorie couvre les contrats de l'ancienne économie qui se nouent *via* Internet. Peu importe qu'ils visent la vente des lunettes, le téléchargement de musiques, la fourniture d'un service ou bien la souscription d'une assurance. Ils sont « *des contrats ordinaires, soumis au régime des figures juridiques qu'ils utilisent* »[79], c'est à dire qu'ils constituent la catégorie des contrats nommés, dont le régime juridique fait l'objet de dispositions légales particulières[80], telles la vente, le mandat, le louage de chose mais qui attribuent ce régime juridique aux contrats conclus par l'Internet. Ce dernier se présente simplement comme un vecteur de rencontre entre l'offre et la demande. Il ne s'agit donc pas d'un nouveau contrat spécial, mais un contrat qui se forme par voie électronique *via* les réseaux. Comme le résume bien un auteur, « *le contrat conclu par voie électronique n'est pas « un nouveau modèle », mais un « vieux patron » qu'on utilise dans un nouveau contexte. Il s'agit d'une nouvelle façon de contracter, mais pas d'un nouveau contrat …* »[81]. Ce qui peut corroborer ces affirmations, c'est le législateur lui-même lorsqu'il a fait le choix de ne pas produire un droit nouveau, mais d'adapter autant que possible des droits généraux d'origine civile, pénale, commerciale, constitutionnelle ou spécifiques comme ceux de la propriété intellectuelle, du commerce, de la concurrence, de la communication, etc., pour des réalités techniques nouvelles et à des situations juridiques le plus souvent connues. C'est dans cet esprit que nous pouvons constater aujourd'hui, dans le Code civil français, que le chapitre II sur la formation du contrat intègre une sous-section 4 dédiée aux « *Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique* » et pour les matières spécifiques telles la réglementation sur la protection des consommateurs, le législateur a plaidé pour une insertion dans le Code de la

[78] V. PIRONON, « *L'Internet et la mondialisation* », Gaz. Pal., 03/11/2007, n° 307, p. 11.
[79] Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », 5ème Ed., Dalloz 2008, n° 0.11, p. 9.
[80] P. WERY, « *Droit des obligations : Théorie générale du contrat* », V. 1, Larcier 2010, n° 66, p. 81.
[81] A. AYEWOUADAN, « *Les droits du contrat à travers l'internet* », Primento, 4 févr. 2013, n°4.

consommation, au Titre II relatif aux règles de formations et d'exécution, une section 4 intitulé « *Dispositions particulières applicables aux contrats conclus à distance* ». Pareil constat peut être relevé dans le Code du droit économique belge, dans le Code civil du Québec, etc.

Cette dispersion des dispositions relatives au contrat électronique dans différents Codes nationaux renforce l'idée que le législateur ne souhaite pas créer une nouvelle catégorie juridique et donc un contrat électronique type[82], mais plutôt d'adapter les règles au contexte numérique.

Cette réalité peut être tirée également de la notion du contrat électronique. Selon la définition donnée au contrat électronique par Monsieur Thierry Revet, dans le cadre des travaux de l'Association Henri Capitant, celui-ci désigne « *les opérations contractuelles dans lesquelles l'expression des volontés et, le cas échéant, la réalisation partielle ou totale des engagements s'opère grâce aux techniques électroniques de circulation d'informations. L'électronique ne constituerait, en la matière, qu'un moyen technique d'établissement de la relation constitutive d'un accord contractuel voire, si l'objet des obligations le permet, un moyen technique d'exécution des engagements obligatoires* »[83]. Monsieur Vincent Gautrais considère qu'un contrat électronique est « *la situation par laquelle un engagement est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui utilisent un ordinateur branché sur un réseau de communication comme moyen de transmettre une offre et une acceptation, éléments constitutifs dudit contrat* »[84]. Le trait commun entre ces deux définitions réside dans deux éléments. Le premier se rapporte à la technique ; c'est donc électronique tout contrat issu d'un procédé technique de communication à distance. Cet élément technique peut être détecté également de la définition adoptée par Madame ARROYO I AMAYUELAS en se référant à la loi espagnole sur les services de la société de l'information, selon laquelle « *est […] "électronique" tout contrat conclu par l'intermédiaire d'ordinateurs connectés au réseau internet ou intranet, au moyen d'un échange de messages de*

---

[82] A. AYEWOUADAN, « *Les droits du contrat à travers l'internet* », *Ibid.* ; J. HUET, « *Vous avez dit " contrat électroniques " ?* », Revue des contrats, 1 avril 2005, n° 2.
[83] T. REVET (Rapport introductif), Travaux de l'Association Henri Capitant, *in* « *Le contrat électronique* », Journée nationales, t. V, Toulouse 2000, L.G.D.J, p. 10.
[84] V. GAUTRAIS, « *Le contrat électronique international : encadrement juridique* », Bruylant, 2ème Ed. 2002, p. 6, note 20.

données par courrier électronique, chat ou pages web, ou en envoyant et en recevant des données d'image et de son (par vidéoconférence) »[85]. Le contrat électronique relève donc de la manière de contracter, non de l'objet du contrat.

Le second élément consiste au critère de formation du contrat. Comme l'affirme Monsieur Raynouard, « *c'est le mode de rencontre des volontés qui permet d'identifier un contrat conclu par électronique, puisque la formation du contrat se cristallise à ce moment-là* »[86]. Par ailleurs, ce n'est pas par hasard que le dictionnaire juridique définit, quant à lui, le contrat électronique en se fondant sur la phase de sa formation, comme étant le « *contrat dont l'offre et l'acceptation sont formées de manière dématérialisée* »[87]. La voie électronique et le critère de formation du contrat restent donc les éléments clés de la définition.

Cependant, ce mot « *électronique* » peut comprendre, outre que l'internet, d'autres moyens de communication tels que le téléphone portable, le fax, le télex, Minitel, etc. Quoi qu'il en soit, notre étude se limitera au contrat électronique conclu *via* le réseau Internet.

Le contrat électronique est conclu par voie électronique, *a priori*, sans la présence physique et simultanée des parties. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il constitue « *une catégorie de contrats à distance* »[88]. La Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011[89] a choisi de faire allusion à cette qualification au début de son article 8, paragraphe 2 qui commence par les termes suivants « si un contrat à distance devant être conclu par voie électronique ». Cette même Directive définit le contrat à distance comme étant « *tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de*

---

[85] E. ARROYO I AMAYUELAS, « *Le contrat électronique en droit espagnol* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 29, 1er juillet 2007.

[86] A. RAYNOUARD, « *La formation du contrat électronique* », in « *Le contrat électronique* », Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales de Toulouse 2000, t. V, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 20 ; V. également N. MATHEY, « *Contrat . – Conclusion du contrat . – Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Civil Code > Art. 1125 à 1127-6, 1er Mars 2017, *Fasc. Unique.*

[87] S. GUINCHARD, Th. DEBARD (ss dir.), « *Lexique des termes juridiques* », 23ème éd., Dalloz 2015-2016, p. 270.

[88] V. SÉLINSKY (ss dir.), « *I.346 Vente en ligne* », Formulaires ProActa droit économique, mise à jour 04/2017.

[89] Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *JO L 304 du 22.11.2011, p. 64–88.*

service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »[90]. Dans le même ordre d'idée, il convient de souligner que la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique comporte une section 3 sur les « *Contrats par voie électronique* » et précise que la notion des services de la société de l'information couvre « *tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement* ». La Loi française pour la confiance dans l'économie numérique[91] prend le soin dans son article 14 de préciser le rôle du commerce électronique en se référant aux deux éléments : la distance et la voie électronique. Cet article indique que « *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». Il semble, en effet, qu'il y a plusieurs appellations pour désigner une seule réalité. Selon Monsieur Grégoire Loiseau « *contrats conclus par voie électronique dans les nouvelles dispositions du Code civil, contrats sous forme électronique dans les dispositions actuelles, contrats à distance dans le Code de la consommation, les appellations varient pour désigner l'opération contractuelle réalisée sans la présence physique simultanée des parties par le recours à une ou plusieurs techniques de communication électronique* »[92]. Monsieur Olivier Cachard précise, de son côté, en se référant aux éléments de la définition légale du contrat électronique, qu'il s'agit d'un « *un contrat entre non-présents, […] " à distance et par voie électronique ". Ce peut être un contrat conclu par voie électronique, et/ou exécuté par voie électronique* »[93].

En tout état de cause, le critère de la distance est donc un élément clé dans la qualification du contrat électronique. Toutefois, théoriquement, ce contrat ne devrait pas toujours avoir cette qualification. Un contrat « *est électronique dès lors que sa formation, c'est à dire sa manifestation et son contenu, sont constatés*

---

[90] Art. 2, (7), Directive 2011/83/UE.

[91] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168.

[92] G. LOISEAU, « *Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats* », Comm. Com. Elec. n° 9, Sep. 2016, étude 15.

[93] O. CACHARD, « *LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable* », Comm. Com. Elec. n° 9, Sep. 2004, étude 31.

électroniquement »[94]. Si les parties en présence l'une de l'autre concluent un contrat au moyen d'une communication électronique, Internet en l'occurrence, est ce qu'il y a un contrat électronique ?

D'une part, le cadre légal cité ci-dessus et les définitions de la doctrine forment la conviction selon laquelle seuls peuvent être des contrats électroniques, ceux dont la formation est intervenue à distance, sans la présence physique et simultanée des parties. D'autre part, le régime juridique propre au contrat électronique sera vidé de son sens, notamment en ce qui concerne les contrats conclus avec les consommateurs, si les parties sont présentes dans le même lieu en utilisant Internet pour conclure le contrat qui forme leur engagement réciproque. Dans cette hypothèse, il y a peu de difficultés et aucune nouveauté juridique à prendre en compte dans le cadre de cette relation contractuelle. Ce n'est que lorsque les parties ne sont pas présentes physiquement et que le mode de formation du contrat repose sur un ensemble des documents contractuels et précontractuels qui n'existent que sur un support électronique que des difficultés surgissent. Le contrat électronique est celui qui se forme alors que les contractants sont non-présents, éloignés physiquement d'un de l'autre et dont le support est numérique. C'est ainsi que les juges s'élèvent contre toute intention de se prévaloir des règles spécifiques au contrat électronique sous prétexte que l'acte en cause a un lien avec l'utilisation du réseau Internet[95]. C'est le cas de la Cour d'appel de Riom qui a jugé, le 18 février 2013, que « *le seul fait qu'une annonce ait été passée par le biais d'Internet ne soumet nullement l'offre régularisée ensuite aux règles du commerce électronique* »[96]. Monsieur Loiseau considère, à juste titre, en commentaire à cet arrêt, que « *l'analyse est rigoureuse car chacun sait qu'une simple annonce, quand elle ne présente pas les caractères de précision et de fermeté, n'a pas la valeur juridique d'une offre : l'annonce diffusée par voie*

---

[94] Le Lamy logistique (mise à jour 04/2005), Etude 535 : *Transaction en ligne : Formation du contrat électronique*.

[95] G. LOISEAU, « *L'inimitable contrat du commerce électronique* », Comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2013, comm. 54 ; V. également Chr. ss resp. de M. VIVANT et N. MALLET-POUJOL, « *Droit de l'Internet* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 13 Mars 2014, 1137.

[96] CA Riom, 1re chambre civile, 18 Février 2013, n° 12/00735, JurisData n° 2013-002633.

électronique ne fait donc pas de l'offre, régularisée sur support papier pour l'achat d'un bien immobilier, une offre de contrat électronique »[97].

Le contrat électronique dont l'un des critères est la distance présente souvent une dimension internationale. Grâce aux nouvelles technologies, spécifiquement le réseau Internet, les parties peuvent conclure facilement un contrat à un niveau international. Comme le souligne Monsieur Jérôme Huet, les nouvelles technologies de l'information « *permettent, mieux que n'ont jamais pu le faire des instruments comme le courrier ou le téléphone, de mettre en rapport des personnes éloignées dans l'espace qui désirent entretenir des liens d'affaires. Qui plus est, l'interactivité qu'assure la communication électronique favorise l'intérêt que les marchands peuvent porter à ce mode de transmission : la sélection et les possibilités de choix que cette interactivité rend possibles font, à l'évidence, des échanges électroniques et des services en ligne un vecteur puissant pour le commerce* »[98].

Cette ouverture, particulièrement en matière de commerce électronique, constitue pour les professionnels une formidable opportunité de commercialiser *via* Internet au niveau planétaire car ils peuvent jouir de ce commerce mondial sans se soucier de s'implanter physiquement par le biais d'une succursale à l'étranger ; il suffit de créer un site web et de cibler la clientèle de différents pays. Pour les consommateurs, Internet constitue un outil leur permettant l'accès à un large éventail d'offres planétaire pour le même produit ou service et des divers choix en comparant les meilleurs prix. Dans le même ordre d'idée, selon Monsieur Pironon « *parce qu'il procure aux parties l'ubiquité qui leur fait défaut dans le monde réel, le réseau Internet est une source insidieuse d'internationalisation des contrats […]. Ce faisant, le commerce électronique facilite la pénétration des marchés étrangers et stimule la concurrence internationale. Le commerce électronique appellerait donc par hypothèse un dépassement des frontières de l'État* »[99].

---

[97] Commentaire par G. LOISEAU, « *L'inimitable contrat du commerce électronique* », *op.cit*.
[98] J. HUET, « *Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale* », Petites affiches, 26 septembre 1997, n°116.
[99] V. PIRONON, « *L'Internet et la mondialisation* », Gaz. Pal., 03/11/2007, n° 307, p. 11.

De ce fait, les perspectives sont intéressantes que la relation contractuelle prend une dimension, de plus en plus, internationale. Ce phénomène a donné naissance au contrat électronique international.

Un contrat est qualifié d'international « *lorsqu'il comporte un élément d'extranéité, en ce sens que l'on peut envisager son rattachement au droit de plusieurs Etats* »[100]. Le contrat international dépasse donc le cadre d'un seul Etat. Toutefois, il est inéluctable de déterminer les circonstances qui doivent être prises en compte pour que ce contact avec l'étranger, à savoir l'élément d'extranéité, entraine des conséquences juridiques[101]. Comme l'indiquent certains auteurs, « *le fait isolé qu'un des négociateurs ait pris connaissance du projet de contrat en lisant ses messages électroniques lors d'un séjour à l'étranger est dénué de toute portée* »[102]. Par ailleurs, force est de souligner que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, du 11 avril 1980, indique qu'elle s'applique « *aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents : a) Lorsque ces Etats sont des Etats contractants ; ou b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant* ». La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, du 23 novembre 2005, reprend les mêmes règles de la Convention de Vienne et précise qu'elle s'applique à « *l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents* ». C'est donc le critère de l'établissement qui est retenu par lesdites Conventions, lesquelles excluent au même titre le critère de la nationalité des parties.

Le contrat électronique international couvre un spectre très large d'activités. Puisque ceux-ci constituent, de manière générale, des accords de volonté en vue de créer un rapport d'obligation[103], il peut y avoir une variété presque infinie de contrats. On peut identifier une grande variété de situations contractuelles sur

---

[100] P. WERY, « *Droit des obligations : Théorie générale du contrat* », *op.cit.*, p. 95.
[101] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », 1ère Ed. Sirey, octobre 2016, p. 5.
[102] *Ibid.*
[103] Ch. LARROUMET, « *Droit civil : Les obligations, Le contrat, 1ère partie : Conditions de formation* », t. III, 6ème Ed. ECONOMICA 2007, p. 152.

Internet. Pour donner que quelques exemples, il peut s'agir de : l'accès à un site web étranger s'effectue souvent dans le respect de conditions générales d'utilisation que l'internaute peut explicitement ou implicitement accepté ; le téléchargement d'un logiciel d'un éditeur étranger par, par exemple, une société française avec toutes les conditions contractuelles qui y sont associées ; l'acquisition par un français d'un produit offert à la vente par une société étrangère *via* une galerie marchande virtuelle de celle-ci conformément à des conditions générales et spécifiques de vente ; la réservation d'un hôtel à l'étranger par l'intermédiaire d'un site de réservation comme *booking.com* ; l'abonnement à une presse internationale, tel à un journal comme *The New York Times* aux Etats-Unis ou *Al-Ahram* en Egypte ou à un magazine comme *Chalenges* ou *Paris Match* en France ; l'utilisation de services de *cloud computing*[104] proposés par une société étrangère, etc. On peut multiplier les exemples. Le nombre des contrats conclus sur Internet et leur variété sont donc considérables.

Ces variétés de contrats conclus dans le *cyberespace* peuvent soulever des difficultés de formation et d'exécution et crées des conflits entre les contractants, ce qui nécessite sans doute un encadrement juridique du contrat électronique international.

En la matière, ce contrat peut déclencher l'application de plusieurs corpus juridiques nationaux ou internationaux. En se trouvant, par exemple, sur des plates-formes communes à l'échelle internationale comme Facebook, les internautes sont dépendants de divers environnements juridiques. Un internaute français qui navigue sur Internet en utilisant son compte Facebook est soumis à des règles combinées du cadre juridique français et européen, du cadre juridique américain puisque la société est établie sur le territoire des Etats-Unis et des conditions générales d'utilisation adoptées par Facebook auxquels l'internaute est obligé d'y adhérer en créant un compte Facebook.

[104] Le *cloud computing* ou informatique dans les nuages désigne un service informatique permettant aux entreprises l'externalisation des prestations informatiques. C'est « *un mode de gestion des infrastructures, des équipements mais aussi des logiciels et applications dont l'exploitation va s'effectuer de manière dématérialisée sous la forme de services distants fournis à ses clients par un prestataire via Internet* », E. SORDET, R. MILCHIOR, « *Le Cloud computing, un objet juridique non identifié ?* », Comm. Com. Elec. n° 11, Novembre 2011, étude 20.

Le contrat électronique international conclu *via* Internet place donc « *souvent l'utilisateur au centre de plusieurs systèmes de contrôle* »[105] et en même temps, puisqu'il est formé dans le *cyberespace* qui présente une véritable ubiquité, il constitue « *un redoutable obstacle à la répartition des compétences entre les systèmes de droit simultanément applicables, tant elle multiplie les conflits potentiels de juridictions* »[106]. Or, cela n'empêche pas les Etats d'affirmer leur compétence législative et juridictionnelle en cas de litige issu du contrat électronique international. Les règles de droit international privé peuvent être mises en œuvre. Le contrat électronique international couvre une multitude d'activités sur le réseau Internet, relevant de diverses branches de droit. Comme le souligne un auteur « *il n'y a […] pas de vide juridique dans le cyberespace. Le droit de l'Internet est un véritable " millefeuille législatif et règlementaire ". Il englobe les aspects législatifs et contractuels encadrant nombre d'activités réalisées sur ou en lien avec Internet* »[107]. Toutefois, il ne s'agit pas simplement d'une transposition de certains textes juridiques puisque cela ne permettra pas d'appréhender toutes les spécificités du contrat électronique international notamment l'anonymat, le moment de la formation du contrat, l'universalité, l'immatérialité des supports, etc. La démarche, comme la clarifie bien Madame Barbara Louis-Sidney est « *d'une part l'agrégation des textes applicables – compatibles mais dispersés – qui reviendrait à rassembler et agencer, en un document unique les textes applicables au cyberespace, à condition que cette applicabilité soit évidente ; et d'autre part l'adaptation de règles partiellement compatibles, aux spécificités du cyberespace qui consisterait à transposer, après ajustement, certaines notions juridiques existantes au cyberespace* »[108].

L'intérêt de cette étude sur le contrat électronique international est multiple. D'abord, il tient à l'actualité de la matière à travers le monde entier et le bouleversement qu'Internet a provoqué aussi bien en droit que dans l'économie mondiale et nationale. Ce contrat est une matière en constante évolution puisque le moyen qui utilise, qui est Internet, est en évolution permanente. Il s'agit d'un

[105] S. GHERNAOUTI , A. DUFOUR, « *Internet », op.cit.,* p. 42.
[106] M. DELMAS-MARTY, « *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel* », Seuil 2004, p. 337 et p. 342 et s.
[107] B. LOUIS-SIDNEY, « *La dimension juridique du cyberespace* », Revue internationale et stratégique 2012/3 (n° 87), p. 73-82.
[108] *Ibid.*

nouveau champ qui intéresse aussi bien les juristes que les informaticiens et les économistes.

Ensuite, puisqu'il n'existe pas de règles uniformes de droit international élaborées régissant spécifiquement le contrat électronique international, les règles nationales et les conventions internationales auxquelles certains Etats sont parties trouvent donc à s'appliquer. Il est inéluctable, dans ce cadre, de savoir dans quelle mesure les règles existantes et les règles nouvelles adaptées au contrat électronique permettent d'assurer la sécurité juridique, ce qui permettra de mesurer l'efficacité du contrôle étatique.

Enfin, puisque ces contrats utilisent Internet, leurs principales caractéristiques sont la dématérialisation et l'internationalisation. Les échanges ont lieu dans un environnement virtuel dans lesquels il n'y a ni éléments tangibles tels que le papier, ni la présente physique et simultanée des contractants. Cette double disparition pose un problème de sécurité juridique. Il en résulte que ces contrats peuvent présenter certaines difficultés telles que des problèmes d'identification et d'authentification, de confidentialité des communications, de la traçabilité du contrat, de la non-répudiation du message ou du document électronique, la preuve de l'engagement, le paiement en ligne et la sécurisation des données, les garanties légales après la conclusion du contrat. Le caractère virtuel et impalpable des relations contractuelles sur Internet ainsi que le sentiment d'une perte de visibilité de nos horizons remettent en cause la question de la confiance en ces modes de conclusion du contrat notamment lorsqu'il s'agit d'une dimension mondiale. Cette confiance résultera de la certitude des règles juridiques applicables au contrat électronique, lesquelles sont spécifiques à chaque Etat et ne sont pas forcément en conformité les unes avec les autres. La dématérialisation et l'internationalisation posent également des problèmes de localisation du contrat électronique en cas de contentieux.

L'étude relative au contrat électronique international invite donc à une double réflexion. D'une part, il s'agit d'étudier les spécificités de ce contrat aux différents stades de sa formation et de son exécution. D'autre part, il s'agit de s'interroger sur les règles de détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente en précisant les enjeux et les difficultés de cette détermination.

Des difficultés jaillissent des questions essentielles tant pour le droit international privé que pour le droit interne des Etats : En quoi le contrat électronique qui se forme sans la présence physique des parties atteint-il le consentement ? Est-ce que la contractualisation par l'électronique modifie-il la conception du contrat ainsi conclu ? En d'autres termes, est ce que le contrat électronique présente vraiment des particularités qui justifient l'adaptation des règles juridiques voire l'adoption de nouvelles règles juridiques ? Est-ce que cette forme de contractualisation qui repose sur le réseau Internet et qui hérite de ses caractéristiques affaiblit-il le rôle de l'Etat entant qu'une source de justice au profit d'une justice alternative ?

Si l'on se concentre sur le droit international privé, est ce que les règles traditionnelles du droit international privé peuvent être appliquées au contrat électronique international sans que cette applicabilité soit un obstacle devant les tribunaux saisis ? Est-ce que la solution aux questions de la loi applicable et de la juridiction compétente ne peut pas participer davantage à une révolution des méthodes ? En alliant l'utilité à l'efficacité dans la recherche des bonnes méthodes de résolution des conflits, est ce qu'il ne convient pas de laisser une place aux modes alternatifs de résolutions des conflits adaptés au contexte virtuel ? Est-ce que ces nouveaux modes constitueront-ils une alternative à la justice étatique qui vise uniquement une certaine complémentarité entre les deux ou bien un moyen d'effacer et de remplacer la justice des juges étatiques ?

Pour répondre à ces interrogations, il nous a semblé utile de développer dans un premier temps l'encadrement juridique du contrat électronique international eu égard au processus de sa formation et de son exécution (Partie I). Il ne s'agit pas d'étudier toutes les variétés du contrat, car cela nous amènera à des domaines diversifiés et des règles très spécifiques qui n'ont pas forcément un lien étroit avec le contrat électronique. Il ne s'agit pas non plus de recourir à tous les systèmes juridiques du monde pour conclure à une évolution législative qui marche côte à côte avec la révolution numérique, mais il suffit, à notre sens, de concentrer l'effort sur le cadre juridique de formation et d'exécution du contrat électronique international et de se permettre de faire du droit comparé de certains pays qui appartiennent aux grands systèmes juridiques de *Common Law* et du droit

continental ou qui appartiennent à un système bi-juridique influencé par la tradition de *Common Law* et du droit continental comme le cas du Canada, en adoptant au même titre une approche comparative tenant compte, pour certaines matières spécifiques, de l'évolution législative dans certains Etats qui n'appartiennent pas forcément à l'un de ces deux systèmes. Cette comparaison législative et aussi jurisprudentielle est une démarche qui permettra de constituer, d'une part, une vision sur le niveau de conformité des règles régissant le contrat électronique international et de mesurer, d'autre part, les obstacles qui peuvent naître de la diversité des approches étatiques régissant les mêmes matières de droit.

Dans un second temps, il s'agit de situer le contrat électronique international dans le cadre du droit international privé pour savoir si les deux font de bon ménage, ce qui aboutit à une étude des juridictions compétences et de la loi applicable et leur niveau d'adaptation au contrat électronique international. Il s'agit également de s'interroger sur les alternatives à une justice étatique qui peuvent s'intégrer dans un processus immatériel, répondant à une nécessité pratique de résolution des conflits issus des relations tissées en ligne par des moyens de règlement de ces conflits, eux aussi se déroulent en ligne (Partie II).

Nous allons voir que le *cyberespace* bouleverse notre approche du droit et conduit à un nouveau mode de production normative et nous impose de revoir nos méthodes de régulation.

Il convient de souligner que nous limitons notre étude à la contractualisation électronique *via* le réseau Internet. Les autres modes de communication et d'information sont exclus du champ de cette étude. En outre, force est de préciser qu'avec l'apparition du contrat électronique, des expressions sont également émergées dans le *cyberespace*. Nous trouverons, en conséquence, dans cette présente étude des termes comme « *cyber ou e-* », comme dans le cas de « *cyberconsommateur ou e-consommateur* », de « *cyberprofessionnel ou e-professionnel* », « *cybercontractant* ». Ces mots désignent tout simplement celui qui contracte *via* le réseau Internet ou dans le *cyberespace* d'où l'utilisation du terme « *cyber* » par exemple.

Partie I - L'encadrement du Contrat électronique International

Le contrat électronique est un vecteur privilégié pour les transactions par Internet. Toutefois, il est « *pris entre deux feux : celui du monde numérique, libéral et privilégiant l'efficacité économique [et] celui du contrat qui repose sur un fragile équilibre entre sécurité juridique et justice contractuelle* »[109]. Au regard de cette citation, l'étude de l'encadrement juridique du contrat électronique international met en évidence la difficulté à concilier le monde réel et le monde virtuel du contrat. Or, s'il ne faut pas « *légiférer qu'en tremblant* »[110] lorsqu'il s'agit d'encadrer juridiquement les nouvelles technologies, comme l'annonce Pierre Catala, la peur ne devrait pas paralyser le législateur ni le juge, mais dans le sens où l'entendait le doyen Jean Carbonnier : « *[…] ne légiférez qu'en tremblant, ou bien entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale* »[111]. Trembler est, pour le doyen Carbonnier, signe de réflexion et d'hésitation. En s'expliquant sur le sens à donner à cette citation, le doyen indiquait qu' « *il ne faut pas trop de droit. On ne doit légiférer, on ne doit juger jusqu'après mûres réflexions. Il y a déjà trop de droit aujourd'hui et lorsque j'entends dire de façon redondante qu'il y a ici ou là " un vide juridique " et qu'il faudrait faire une nouvelle loi, je dis : " N'y a-t-il pas dans la multitude de lois existantes, une réponse à la question soulevée ? "* »[112]. C'est justement la voie de ne légiférer que lorsqu'il est nécessaire que le législateur a choisi en matière du contrat électronique.

On est passé de l'ordre de l'imagination à celui du possible et ce passage a marqué le législateur qui a préféré des lois *ad experimentum*, régulièrement révisables plutôt que des nouvelles lois pour une nouvelle branche de droit. L'utilisation d'Internet ne change en rien au fait que le contrat électronique est un contrat qui est soumis aux règles de droit commun. Ces règles ont subi quelques

---

[109] M. MEKKI, « *Le formalisme électronique : la " neutralité technique" n'emporte pas " neutralité axiologique"* », Revue des contrats, 01 juillet 2007, n° 3.
[110] P. CATALA, « *Le formalisme et les nouvelles technologies* », *in* Le formalisme, Defrénois 2000, n° 15 et 16, p.897 et s.
[111] J. CARBONNIER, « *Scolie sur le non-droit* », *in* Flexible droit, L.G.D.J., 2001, p. 50.
[112] O. ABEL, « *Jean Carbonnier - Le droit au non-droit* », *in* « *Paul Ricoeur, Jacques Ellul, Jean Carbonnier, Pierre Chaunu : dialogues* », Ed. Labor et Fides 2012, Diff. en France et en Belgique : Presses Universitaires de France, Paris, p. 75-76.

adaptations pour que ce contrat trouve sa place dans le régime juridique qui le gouverne et pour lever les obstacles à son développement. En même temps, des exigences de fond et de forme sont mises en place pour renforcer et assurer la sécurité juridique du contrat électronique. Un cadre législatif adapté à la conclusion et à l'exécution de contrats sous forme électronique s'est avéré nécessaire. Il est venu utilement pour compléter le cadre juridique existant notamment en renforçant le dispositif de conclusion du contrat électronique, la dématérialisation de certaines exigences formelles applicables aux contrats sur support papiers et la sécurisation de la phase d'exécution du contrat. Une vague successive des textes est apparue pour encadrer le contrat électronique. Cette vague a éparpillé ces textes selon les régimes spécifiques à certaines matières de droit. En France, par exemple, le contrat électronique occupe une place principalement dans le Code civil et dans le Code de la consommation. Cet éparpillement est, comme l'indique Monsieur Jérôme Huet, « *révélateur [sans doute] de ce qui, au fond, est la vérité : ce qu'on a pris l'habitude d'appeler les « contrats électroniques » n'existe pas... Il n'y a pas là une catégorie nouvelle de contrats qui mériterait un corps de règles spécifique et autonome* »[113].

Mais, ce contrat qui ne nécessite pas un cadre spécifique a soulevé des difficultés qui ont exigé des règles spécifiques. Des difficultés qui tiennent principalement à la fiabilité du consentement par voie électronique en l'absence du support papier et en présence des parties éloignées dans l'espace, au moment de la rencontre des volontés et, pour les exigences formelles, à la preuve, à l'écrit et à la signature ainsi qu'au paiement en ligne, à la livraison, etc. Les principales questions que peut soulever la contractualisation par l'électronique sont liées à la sécurité des échanges et à l'identité des contractants. Quant ont dit sécurité, c'est notamment fiabilité et intégrité du message et quand on parle de l'identité, c'est principalement fiabilité des informations communiquées.

Quoi que plusieurs questions apparaissent tout au long du processus de formation et d'exécution du contrat électronique, l'essentiel des difficultés provient de savoir, d'une part, si la règle qui a été conçue pour des situations non numériques demeure efficace dès lors que le contrat revêt la forme électronique et,

[113] J. HUET, « *Vous avez dit " contrat électroniques " ?* », *op.cit.*

d'autre part, si la règle qui a été adaptée au contexte numérique assure son rôle de protection, de sécurité et d'efficacité dans les situations numériques.

Les questions ne s'arrêtent pas à ce niveau lorsqu'il s'agit de l'étude du contrat électronique d'ampleur internationale. Cette internationalité provient essentiellement de l'opération en cause lorsque le contrat électronique possède lui-même un élément d'extranéité définit comme « *une situation juridique mettant en contact deux ou plusieurs systèmes juridiques nationaux et exigeant le règlement d'un conflit de lois et/ou de juridictions* »[114].

Dans cette hypothèse, le régime du contrat électronique international relève du droit international privé et du droit interne. Toutefois, bien que le contrat électronique puisse être soumis à des sources internationales, émanant d'une organisation internationale ou européenne, les règles « *sont souvent applicables indistinctement aux contrats internes et internationaux* »[115]. En effet, le recours à Internet, comme technologie de communications et d'informations, soulèvent nécessairement des questions similaires de formation et d'exécution du contrat aussi bien en droit interne qu'en droit international. En outre, le contrat électronique international doit finir par embrasser un ordre juridique précis ; car, en principe, il ne peut pas être soumis pour une même question à plusieurs ordres juridiques étatiques, ce qui est le rôle essentiel des règles de conflits de lois. Les règles de formation du contrat et celles qui encadrent son exécution sont utilisées en droit interne comme en droit international et « *la distinction entre contrat interne et contrat international n'est donc pas toujours essentielle en cette matière* »[116].

Toutes ces questions nous amènerons à l'étude du contrat électronique international sous l'égide des régimes juridiques étatiques. En étant nombreux, nous limiterons le champ de cette étude à un certain nombre d'entre eux. Nous attachons à voir quelles sont les conditions à satisfaire pour la formation du contrat et comment la confiance est alimentée en phase d'exécution.

A ce titre, la formation du contrat électronique international (Titre I) précédera naturellement à son exécution (Titre II).

---

[114] S. GUINCHARD (ss dir.), T. DEBARD, « *Lexique des termes juridiques* », 21ème Ed. Dalloz 2014, p. 420.
[115] J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », 3ème Ed., DALLOZ 2014, n° 469, p. 308.
[116] *Ibid.*

Titre I - Les conditions de conclusion du Contrat électronique International

L'apparition de l'Internet aux Etats-Unis à la fin des années soixante comme un moyen d'échanger librement et gratuitement des informations, a donné naissance à ce qu'il est unanimement appelé une « *société de l'information* »[117]. Ce mode de communication est aujourd'hui l'outil par excellence de diffusion de toutes pensées, de formulations de toutes offres de biens ou de services et de contact entre des personnes qui se trouvent à des distances fort éloignées.

Le développement de cet espace d'échanges électroniques s'est rapidement transformé en un moyen inhabituel de vente de biens et de fourniture des services par voie électronique et, par conséquent, de conclusion de contrats électroniques. Dans le même temps, les pouvoirs normatifs étatiques et internationaux ne pouvaient pas rester insensibles à cette boutique planétaire qui se mettait en place.

C'est ainsi que la CNUDCI avait adopté, dès 1996, une loi type sur le commerce électronique visant à harmoniser les législations des pays membres des Nations unies, prévoyant une parfaite équivalence entre l'écrit sous forme électronique et tout autre écrit afin de lever toute entrave au commerce par voie électronique.

Le Parlement européen et le Conseil de l'union européenne avaient, également, adopté le 8 juin 2000 la Directive n° 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur dite « *directive sur le commerce électronique* »[118]. Les instances européennes ont souhaité imposer aux Etats membres, à travers cette directive, de veiller à ce que « *le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des*

[117] V. L. GRYNBAUM, « *Fasc. 2480 : CONTRAT ÉLECTRONIQUE* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 20 Février 2007 (dernière mise à jour : 18 Février 2013).

[118] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («*directive sur le commerce électronique*»), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001 – 0016.

contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique »[119].

Le délai de transposition de la directive par les Etats membres en droit national était fixé par le Conseil et le parlement européen au 17 janvier 2002, soit dix-huit mois après l'entrée en vigueur de la directive le 17 juillet 2000. Cependant, le premier Rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE a révélé quelques retards dans la transposition qui, selon ce rapport, « *dus essentiellement à la nature horizontale de la directive, qui affecte un large éventail de questions juridiques* »[120]. Les Etats membres restants étaient la France, les Pays-Bas et le Portugal. C'est la raison pour laquelle cette directive a été transposée, quatre ans plus tard, par la loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique[121].

Les textes législatifs sur les contrats électroniques sont venus renforcer notamment le consentement des parties et le formalisme électronique à travers la consécration des principes d'équivalence fonctionnelle, de neutralité technologique et la reconnaissance de la signature électronique.

Le contrat électronique est caractérisé par la dématérialisation et la délocalisation des échanges par Internet. Il efface les frontières, ce qui pose des problèmes relatifs à l'application des règles traditionnelles dans l'espace virtuel et à l'effectivité de la protection du cocontractant. La complexité juridique s'en trouve alors accrue.

Le processus contractuel par voie électronique est empreint d'une grande spécificité par rapport au processus traditionnel. En effet, les conditions de formation du contrat sont dominées par le principe de l'autonomie de la volonté. Mais en matière du contrat électronique, cette autonomie peut être relative en raison de la dématérialisation des relations et la facilité avec laquelle le contrat peut être formé. Le consentement n'étant pas simultanément exprimé et communiqué, se posent la question de la sécurité juridique de la transaction et le problème de la

---

[119] Article 9 de la directive n° 2000/31/CE sur le commerce électronique.

[120] V. Premier Rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« *directive sur le commerce électronique* »), COM/2003/0702 final, disponible en ligne *via* le lien :
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:fr:HTML

[121] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168.*

détermination du moment précis de la conclusion du contrat par voie électronique. La facilité de contracter dénature en quelque sorte le consentement et nécessite l'instauration des mesures spécifiques de protection des contractants en ligne, notamment dans les rapports déséquilibrés. Dès lors, les règles traditionnelles relatives à la conclusion du contrat risquent d'être complètement inadaptées ou nécessitent d'être aménagées dans l'univers immatériel.

Tout aussi naturellement, le domaine du contrat électronique a très rapidement été soumis à l'emprise du droit de la consommation et à son formalisme protecteur du cyberconsommateur. Textes nationaux et internationaux ont mis en place un régime autonome pour les contrats de consommation conclus à distance.

Par ailleurs, depuis un certain nombre d'années, les législateurs multiplient les dispositions relevant d'un formalisme informatif destinées à fournir les informations préalables nécessaires visant à protéger la partie la plus faible au contrat.

Les dispositions en vigueur visent à fixer les conditions de l'échange de consentement des contractants quand le contrat est conclu par voie électronique, quelle que soit la qualité des parties contractantes (consommateur ou professionnel) et de rendre efficace et sécurisé l'accomplissement sous forme électronique de formalités qui concourent à la conclusion du contrat électronique. Mais est-ce que c'est bien l'effet recherché au cours et à la fin du processus de formation du contrat électronique ?

Mais le consentement ne constitue pas le seul vecteur de formation du contrat électronique, la forme de celui-ci et la faculté de le prouver revêtent pour les parties contractantes un intérêt au moins aussi important que la possibilité de le conclure. Un engagement dont la forme n'est pas reconnue et dont la formation ne peut être démontrée, peut être considéré comme inexistant. C'est à partir de ce constat qu'il paraît indispensable de comprendre comment les parties peuvent faire la preuve de leur contrat électronique et quels écrit et signature électronique constituent la force probatoire protectrice de l'intérêt des parties.

Certes, d'importants efforts ont été entrepris par le législateur au niveau national comme dans le cadre international pour permettre aux parties de conclure

leur contrat électronique avec un certain niveau de sécurité juridique visant à instaurer la confiance au mode de formation par voie électronique. Toutefois, l'analyse du contrat électronique révèle que les textes applicables en la matière n'offrent pas toujours de réponse ou du moins, pas de réponses uniques pour un contrat dont la nature même dépasse les frontières. La situation des parties semble restée fragile à ce système éminemment complexe.

Quoi qu'il en soit, il faut rappeler qu'un contrat conclu par voie électronique est tout d'abord un contrat. Par conséquent, sa conclusion suppose le respect des conditions de fonds et de forme tendant à sa formation et doit reposer sur des règles adaptées au contrat électronique.

Les lignes suivantes traitent de questions qui sont propres à la formation du contrat électronique, à travers une étude du consentement des contractants, ses formalités dans le cadre du processus d'offre et d'acceptation électronique et aussi de la place de l'obligation précontractuelle d'information et son impact sur le consentement des parties (Chapitre I). Il convient ensuite d'examiner les questions juridiques que pose l'utilisation de systèmes totalement électroniques pour la conclusion du contrat, spécialement, les questions de l'écrit et de la signature électronique ainsi que de la preuve électronique (Chapitre II).

Chapitre I - Le consentement par voie électronique

L'un des débats juridiques les plus importants dans le domaine du contrat porte sur l'équilibre contractuel, reposant notamment sur un devoir de loyauté de chaque contractant envers l'autre.

La loyauté impose à chacun des contractants une obligation particulière de renseigner et d'informer l'autre, une obligation de renseignement fort lourde.

Le fameux adage en droit civil « *Qui dit contractuel, dit juste* », génère habituellement des discussions sur l'importance centrale de l'autonomie de la volonté. Dans ce cadre, Alfred Fouillée défendait l'importance de l'autonomie de la volonté comme premier principe légal, tout en prenant connaissance des impératifs sociaux. Fouillée estimait que la vie en communauté est l'expression d'un choix libre de chacun de ses membres[122].

Dans l'espace virtuel le risque de contracter par voie électronique est plus important. Internet permet d'accélérer tout ce qui se vend dans le monde. Les cyberconsommateurs peuvent ainsi acheter des nouveaux produits avant leur commercialisation dans leur pays d'origine ou comparer plusieurs offres dans plusieurs pays. Certains sites étrangers proposent même des produits interdits à la vente dans le pays du cyberconsommateur aux risques et périls de ce dernier et d'autres cachent certaines informations de nature à déprécier leurs produits ou leurs prestations et influencer le choix du cocontractant.

Tous ces facteurs peuvent influencer négativement le consentement et altérer l'autonomie de la volonté de son auteur.

Par ailleurs, contracter par voie électronique nécessite une confiance totale en l'économie numérique et le *cyberespace*.

Dans ce contexte, nous soutenons ce que Monsieur Hillarius et Monsieur Rowe ont énoncé sur les étapes à franchir avant d'atteindre un niveau de dépendance à l'espace virtuel « *pour atteindre l'étape où la société dépendra de lui, le réseau Internet, en tant que média d'échanges économiques, doit préalablement*

[122] L. ROLLAND, « *Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons* », (2006) 51 R.D. McGill 765.

franchir trois étapes, à savoir la confiance, l'assurance et le besoin. L'assurance face au commerce en ligne ne se réalisera que lorsque le marché aura confiance en ce mode de transactions. Une fois l'assurance réalisée, la société pourra avoir besoin du commerce en ligne comme nouvelle façon de faire des affaires ; elle deviendra finalement dépendante de lui »[123].

Les craintes de contracter par voie électronique constituent des freins au développement du Commerce électronique. Pour assurer la confiance et le développement économique des pays, pour protéger la partie la plus faible et garantir l'intégrité de son consentement, le droit venait anéantir juridiquement le déséquilibre contractuel ressortant de l'inégalité de puissance économique entre les parties en instaurant à la charge des professionnels certaines obligations supplétives du droit commun comme une information précontractuelle suffisante pour éclairer le consentement.

La prévention des règles de protection relatives à l'obligation précontractuelle d'information, avant même la consolidation du consentement, constitue une étape importante vers la confiance au contrat électronique.

C'est dans cette perspective que nous constatons que plusieurs législations ont tendance à réserver un régime propre à la période précontractuelle avant la formation en elle-même du contrat.

L'analyse du consentement à l'épreuve de l'électronique, qui se révèle totalement dématérialisé et se réalise de manière quasi-instantanée, conduit à une évolution non seulement de l'obligation précontractuelle d'information, qui ne cesse de s'alourdir au point parfois d'être redondante (Section I), mais aussi des notions d'offre et d'acceptation (Section II).

Section I - L'incontournable obligation précontractuelle d'information dans le contrat électronique

La formation du contrat englobe la conclusion de celui-ci mais aussi toute la phase qui vient en amont à la conclusion du contrat. L'information précontractuelle recouvre l'ensemble des éléments d'information fournis au cocontractant dans la période qui précède la conclusion du contrat. Elle comprend aussi bien certaines

[123] K. HILLARIUS ET R. W. GLENN, « *Le rôle de la confiance dans le commerce électronique : une analyse stratégique* », Gestion, 2002/5, Vol. 27, p. 80.

informations fournies dans les messages publicitaires, les offres disponibles en ligne ou encore celles fournies dans les rubriques « *informations légales* » et « *conditions contractuelles* »[124].

La définition de l'obligation précontractuelle d'information de Monsieur Jacques Ghestin retient l'attention « *celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies* »[125].

La période précédant la conclusion est spécifique à plusieurs égards en raison de la nature particulière du contrat électronique. En effet, le contractant électronique est dans l'obligation de fournir à son cocontractant futur certaines informations originales aptes à assurer une transparence de la procédure de conclusion du contrat.

Dans le *cyberespace*, plusieurs niveaux de réglementation doivent être pris en compte : le niveau national, le niveau international et tous les autres niveaux intermédiaires, tels que le niveau régional, multilatéral[126].

L'article 7 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[127] rappelle aux parties qu'elles doivent respecter les obligations d'information que peut leur imposer la loi nationale. Il s'en remet, donc, au droit interne pour la question des obligations précontractuelles d'information. Il énonce qu' « *aucune disposition de la présente*

---

[124] Le forum des droits sur l'internet recommandation « *Droit de la consommation appliqué au commerce électronique* », 31 août 2007, en ligne : www.foruminternet.org

[125] J. GHESTIN, dir., « *Traité de droit civil : La formation du contrat* », 3e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 aux pp. 646-647.

[126] B.-G. ORIANE, « *Existe-t-il un droit international du cyberespace ?* », *Hérodote*, 2014/1 n° 152-153, p. 201-220. DOI : 10.3917/her.152.0201. Article disponible en ligne à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-herodote-2014-1-page-201.htm

[127] La Convention des Nations Unies du 23 novembre 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux est entrée en vigueur le 1er mars 2013. Bien qu'elle n'ait recueilli que peu de ratification (Huit Etats partie à la Convention selon les dernières données de la CNUDCI), cette convention comporte des règles pertinentes à étudier au regard du contrat électronique. V. site officiel de la CNUDCI http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html (dernière visite le 29 septembre 2017).

Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes, incomplètes ou fausses à cet égard ».

Les termes de l'article 7 de la convention des Nations Unies sur la question de l'information précontractuelle est de nature transversale permettant ainsi de se référer aux différentes lois nationales ou internationales pour résoudre la problématique de l'obligation précontractuelle dans la conclusion du Contrat électronique international.

La CNUDCI, tout en restant attentive à assurer la sécurité juridique, la transparence et la confiance dans le commerce électronique, a estimé que l'obligation de communiquer certaines informations aurait davantage sa place dans des normes ou principes directeurs sectoriels internationaux que dans une convention internationale traitant des contrats électroniques[128].

L'insertion d'une obligation d'information dans la convention a été jugée particulièrement problématique dans la mesure où les conséquences d'un manquement d'une partie à cette obligation ne pourraient pas être indiquées par de telle convention. D'un côté, le fait qu'un tel manquement entraîne l'invalidité ou l'inopposabilité de contrats commerciaux a été considéré comme une solution indésirable empiétant sur le droit interne d'une façon inacceptable. D'un autre côté, l'instauration d'autres types de sanctions, comme une responsabilité extracontractuelle ou des sanctions administratives, aurait clairement débordé le cadre de la convention[129].

Une autre raison de s'en remettre au droit national pour cette question était, du point de vue de la commission de la CNUDCI, que les opérations commerciales effectuées dans un environnement non électronique n'étaient soumises à aucune obligation similaire, de sorte que l'application de telles obligations spéciales au commerce électronique ne contribuerait pas à promouvoir ce dernier. Dans la

[128] Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf).

[129] Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf).

plupart des cas, les parties auraient un intérêt commercial à indiquer leur nom et leur établissement, sans devoir y être contraintes par la loi[130].

Toutefois, dans les contrats passés par internet, l'obligation d'information se révèle déterminante dans la décision de contracter. Il ne s'agit pas uniquement de s'identifier ou de fournir des informations sur le lieu d'établissement, il s'agit notamment de fournir des éléments à double tranchant qui peuvent inciter le cocontractant à conclure ou non le contrat électronique. L'objet et la description du produit ou du service constituent l'un des éléments auxquels le cocontractant aurait droit d'en bénéficier.

Nous pouvons dire que la qualité et la quantité de l'information exigible doivent maintenir un équilibre entre la valeur du contrat lui-même et le coût de l'information, sauf que dans les contrats conclus dans l'espace virtuel, caractérisé par sa puissance technologique et un coût d'édition de l'information moins cher, cela peut être lourd de conséquences pour le contrat électronique.

Bien que les Etats qui ont ratifié la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ne soient pas nombreux[131], elle est applicable si les parties ont valablement choisi ses dispositions comme loi régissant leur contrat[132].

Les parties au contrat électronique international sont tenues, donc, à améliorer leur performance pour l'obligation précontractuelle d'information tant dans son contenu (Sous-section I) que dans son exécution (Sous-section II).

---

[130] *Ibid*.

[131] Huit Etats partie à la Convention selon les dernières données de la CNUDCI : Congo (entrée en vigueur le 1er août 2014), Fédération de Russie (entrée en vigueur le 1er août 2014), Fidji (entrée en vigueur le 1er janvier 2018), Honduras (entrée en vigueur le 1er mars 2013), Monténégro (entrée en vigueur le 1er avril 2015), République Dominicaine (entrée en vigueur le 1er mars 2013), Singapour (entrée en vigueur le 1er mars 2013), Sri Lanka (entrée en vigueur le 1er février 2016), V. site officiel de la CNUDCI http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html (dernière visite le 29 septembre 2017).

[132] V. 1er art. de la convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005).

Sous-section I - Contenu de l'obligation précontractuelle d'information

Les procédés techniques employés, l'environnement immatériel, l'absence de contact physique, « *l'opacité des relations* »[133], et l'insécurité juridique incitent à renforcer l'information précontractuelle du cybercontractant.

L'utilisation d'Internet, sans le secours d'une information précise, peut amener l'internaute à des confusions, c'est la raison pour laquelle, le formalisme informatif, renforcé dans le contrat électronique, est un outil indispensable pour éclairer le cybercontractant, attirer son attention afin de protéger son consentement, offrant ainsi au contrat électronique la clarté et la précision, ce qui mène à l'instauration de la confiance et de la sécurité des transactions passées par voie électronique.

L'obligation d'information précontractuelle est de nature à apporter des garanties au cybercontractant sur son cocontractant et sur les éléments caractéristiques des offres qui lui sont proposées. Cette obligation d'information a connu un développement fleurissant au niveau de l'Union européenne et a conduit à une transposition importante au niveau national notamment en France mais aussi dans d'autres pays membres à l'Union européenne comme la Belgique. Sur le continent africain, certains pays comme le Maroc ont montré une bonne volonté d'adapter leur système juridique au contexte contractuel virtuel et notamment en matière d'information précontractuelle. En comparaison avec la législation de la fédération Suisse, où cette volonté se trouve malheureusement absente, on peut estimer que le Maroc a marché à bon pas vers le développement du commerce électronique. Pour les pays du Nord-américain, les Etats-Unis et le Canada, les approches ne sont pas les mêmes et l'importance accordée à la phase précontractuelle au Canada n'est pas totalement partagée par les Etats-Unis d'Amérique.

De ce qui précède et à l'effet de mettre la lumière sur le contenu de l'obligation d'information précontractuelle se rapportant au contrat électronique à travers les différentes textes en vigueur, il convient d'examiner, l'information précontractuelle sous l'égide du droit européen en pointant le doigt sur les

[133] A. ELLOUMI, « *Le formalisme électronique* », Centre de publication universitaire 2011, p.298.

législations françaises et belges en la matière (I), en examinant ensuite les apports des dispositions légales marocaines au cadre juridique du commerce électronique considérés plus avancé en comparaison au cadre légal Suisse en matière d'information précontractuelle (II). Enfin, cet examen portera sur les pays du *Common Law*, spécialement les Etats-Unis et le Canada, en matière d'information précontractuelle sous ses divers aspects dans l'espace virtuel (III).

I - L'obligation d'information précontractuelle dans l'espace européen

Sont nombreux les textes qui ont posé des obligations d'information communes à tous les contrats. Il y a également ceux, plus spécifiques, issus du droit de la consommation et de la vente à distance, des règles relatives au commerce électronique ou encore de dispositions sectorielles.

Afin de présenter le plus clairement possible l'ensemble des informations précontractuelles requises, il convient d'en faire une synthèse et de distinguer les informations relatives au cybercontractant, de celles relatives à l'offre. Il convient de traiter ces deux axes sous l'empire du droit européen (A) et des droits nationaux de certains Etats membres comme la France et la Belgique, lesquels ont montré un effort remarquable en la matière (B).

A - La diversité des sources européennes

L'exigence d'information précontractuelle dans les contrats électroniques a été consacrée, en droit européen, par, d'une part, la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[134], qui fut la première étape dans la définition d'un droit spécifique du consommateur européen en matière de contrats et d'achats sur Internet, abrogée par la Directive 2011/83/UE[135] et d'autre part, la Directive 2000/31/CE[136] sur le commerce

[134] La Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

[135] La Directive 2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil. JO n° L 304 du 22.11.2011, p. 64–88. Cette directive devait être transposée en France avant le 13 décembre 2013, ses dispositions devant être applicables à compter du 13 juin 2014.

[136] La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »). JO n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001 – 0016.

électronique. Ces deux Directives ont élaboré aussi les notions de contrat à distance et de contrat électronique.

Il convient d'examiner, à ce titre, les obligations d'informations précontractuelles se rapportant au cybercontractant (1) ainsi que celles relatives à l'offre (2).

1 - L'information relative au cybercontractant

La directive 97/7/CE, s'appliquait aux contrats conclus à distance entre un professionnel et un consommateur, pour la fourniture d'un bien ou d'un service et imposait au professionnel de fournir des informations claires et compréhensibles au consommateur, dans un délai suffisant avant la conclusion du contrat. Il respectait les principes de loyauté commerciale et de protection des personnes en situation d'incapacité juridique (notamment les mineurs).

Cette directive avait consacré le principe d'information précontractuelle à travers les dispositions qui y sont contenues. L'article 4 « *Informations préalables* » de la directive 97/7/CE exigeait l'obligation d'identification du professionnel avant la conclusion du contrat à distance, en disposant que « *1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes : a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse ».* Le consommateur doit avoir connaissance de l'adresse géographique de l'établissement du professionnel pour présenter toutes réclamations possibles[137].

Ces informations doivent « *apparaître sans équivoque, doivent être fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect, notamment, des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et des principes qui régissent la protection des personnes frappées d'incapacité juridique selon leur législation nationale, telles que les mineurs* »[138].

L'article 5 de la directive exige la confirmation de ces informations par écrit ou sur un autre support durable « *en temps utile lors de l'exécution du contrat et au*

[137] Premier parag, art. 5, Direc. 97/7/CE.
[138] V. Parag. 2, art. 4, Direc. 97/7/CE.

plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès ».

Cette directive de 1997 a été poursuivie par la Directive 2000/31/CE. Celle-ci, étant spécifique au commerce électronique, prévoit un certain nombre d'informations précontractuelles sur l'identité du professionnel, tout en appuyant sur la nécessité de ne pas porter atteinte aux « *autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire* ».

La directive 2000/31/CE a un champ d'application beaucoup plus large car elle concerne à titre supplétif les relations entre professionnels, contrairement à la directive 97/7/CE qui était exclusivement réservée aux rapports entre professionnels et consommateurs.

La directive « *commerce électronique* »[139] prévoit une identification précise sur le professionnel qui fournit « *des services de la société de l'information* »[140],

---

[139] Il convient de préciser que l'objet de la Directive sur le commerce électronique n'est pas de mettre en place une réglementation globale et complète du commerce électronique. Le titre même de la directive est limité « *à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* ». Son champ dépasse donc celui du commerce électronique et s'étend aux services de la société de l'information. V. R. DE BOTTINI, « *La directive « commerce électronique » du 8 juin 2000* », RMCUE 2001. 368.

[140] Les services de la société de l'information sont définis, par références à d'autres directives antérieures (Directive 98/48/CE et la Directive 98/34/CE) comme étant « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». Le Considérant 18 de la Directive sur le commerce électronique apporte des éléments sur ce qu'on peut entendre par « *services de la société de l'information* ». Elle précise que « *les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne. Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes. Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services. Les services de télévision au sens de la directive 89/552/CEE et de radiodiffusion ne sont pas des services de la société de l'information car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle. En revanche, les services transmis de point à point, tels que les services de vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information. L'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information. La relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société*

composée de son identité, son numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou à un autre registre ainsi que les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente[141]. Le professionnel est tenu de fournir également ses adresses physique et électronique, « *permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui* »[142].

Sur ce dernier point, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisi par une juridiction allemande afin de déterminer si, au regard de l'article 5, paragraphe 1, c) de la directive, le prestataire de services, en cas d'espèce une compagnie d'assurances, est tenu de fournir aux destinataires du service, avant toute conclusion de contrat avec ces derniers, outre son adresse de courrier électronique, d'autres informations supplémentaires et, dans l'hypothèse où de telle exigence existe, si un numéro de téléphone doit être nécessairement communiqué sur son site Internet. Selon la Cour de justice, le prestataire de services est tenu de fournir toutes les informations permettant une prise de contact rapide et une communication directe et efficace. Ces informations peuvent correspondre à un numéro de téléphone comme elles peuvent résider dans un formulaire de contact électronique, au moyen duquel les destinataires du service peuvent s'adresser sur l'Internet aux prestataires de services et auquel celui-ci répond par courrier électronique « *sauf dans des situations où un destinataire de services, se trouvant,*

---

de l'information. Les activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, telles que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient, ne sont pas des services de la société de l'information ».

[141] L'article 5 de la Directive « *commerce électronique* » porte sur les informations générales que le professionnel est tenu à fournir, et qui consistent au moins aux informations suivantes : « *a) le nom du prestataire de services; b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ; c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui ; d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre; e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ; f) en ce qui concerne les professions réglementées: - tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit,- le titre professionnel et l'Etat membre dans lequel il a été octroyé, - une référence aux règles professionnelles applicables dans l'Etat membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès; g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme(29).*

2. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent au moins à ce que, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ».

[142] Art. 5, parag 1, sous c), Direc. 2000/31/CE.

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 »[143].

Toutefois, l'article 6 de la Directive n°2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, qui a abrogé la directive 97/7 CE du 20 mai 1997, exige des obligations plus précises envers le professionnel. Cette Directive 2011/83/UE est venu pour compléter les exigences en matière d'information préalable figurant dans la Directive 2000/31/CE[144].

Selon le texte introductif de la directive[145], celle-ci vise à améliorer l'information fournie aux consommateurs préalablement à la conclusion d'un contrat et une harmonisation complète de l'information des consommateurs et du droit de rétractation dans les contrats de vente à distance et hors établissement, ce qui contribue, selon le texte, « *à un niveau de protection élevé des consommateurs et à un meilleur fonctionnement du marché intérieur sur le plan des relations entre entreprises et particuliers* »[146].

Elle exige au professionnel de fournir au consommateur des informations claires et exhaustives avant la conclusion d'un contrat à distance. Ces informations doivent répondre également « *aux besoins spécifiques des consommateurs qui*

---

[143] CJCE, 16 octobre 2008, Deutsche internet versicherung, aff. C-298/07.

[144] Le paragraphe 8 de l'article 6 de la Directive 2011/83/UE affirme que « *les exigences en matière d'information prévues par la présente directive complètent celles qui figurent dans la directive 2006/123/CE et dans la directive 2000/31/CE et n'empêchent pas les États membres d'imposer des exigences supplémentaires en matière d'information conformément aux directives précitées* ».

[145] V. Préambule de la Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

[146] Dans ce contexte, Mme Viviane Reding, membre de la Commission européenne chargé de la justice, a déclaré à propos de l'élaboration du texte de la Directive 2011/83/UE que *« c'est une belle journée pour les 500 millions de consommateurs européens. L'adoption ce jour de la nouvelle directive de l'Union relative aux droits des consommateurs renforcera les prérogatives de ces derniers en sanctionnant les fraudeurs opérant sur internet qui trompent les particuliers en vue de les amener à payer des services prétendument gratuits comme de se faire dresser leur horoscope ou d'obtenir des recettes de cuisine. Les acheteurs ne se feront plus piéger à devoir, contre leur gré, contracter une assurance voyage ou louer un véhicule lorsqu'ils se procurent un billet sur internet. Et tous disposeront d'un délai de 14 jours pour restituer, s'ils le souhaitent, des marchandises qu'ils auraient achetées à distance, que ce soit par internet, par correspondance ou téléphone. Je souhaiterais remercier le rapporteur du Parlement européen, M. Andreas Schwab, ainsi que la présidence hongroise de l'Union, pour leur action et leur engagement qui ont permis de franchir cette étape décisive. La Commission européenne veillera à la transposition rapide des nouvelles dispositions dans tous les États membres de façon à ce que les* consommateurs partout en Europe puissent avoir davantage confiance lorsqu'ils effectuent leurs achats, tant en ligne qu'hors ligne. ». V. « *La nouvelle directive européenne sur les droits des consommateurs : 10 manières de renforcer leurs droits dans les achats en ligne* », European Commission - MEMO/11/450, 23/06/2011, disponible en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-450_fr.htm?locale=en

sont vulnérables en raison de leur âge ou de leur crédulité ou en raison d'une infirmité mentale, physique ou psychologique et ce, sans, toutefois, aboutir à des niveaux différents de protection des consommateurs »[147].

C'est ainsi qu'il incombe au professionnel, avant qu'il soit lié au consommateur par un contrat à distance, de lui fournir un certain nombre d'informations sur son identité et ses coordonnées. Le professionnel est tenu de communiquer, sous une forme claire et compréhensible, les informations relatives à son identité, son adresse géographique où il est établi ainsi que son numéro de téléphone, son numéro de télécopieur et son adresse électronique[148]. Ces informations doivent faciliter la communication entre les parties et notamment pour le consommateur, considéré la partie faible dans le cadre d'une transaction électronique.

La directive constitue de ces informations une partie intégrante du contrat à distance et ne peuvent être modifiées, sauf si les parties contractantes n'en décident autrement de manière expresse[149].

Le professionnel qui est tenu de délivrer ces informations au consommateur, avant la conclusion du contrat à distance, est le seul en charge d'apporter la preuve du respect des obligations d'information énoncées ci-dessus[150].

Les services financiers fournis à distance ont aussi bénéficié de la protection du législateur européen à travers la directive 2002/65/CE151 du 23 septembre 2002[152]. Cette directive, afin d'assurer la transparence, fixe des exigences visant un niveau adéquat d'information du consommateur, tant avant la conclusion du contrat qu'après celle-ci.

Dans ce cadre, le considérant 21 de la directive 2002/65/CE indique que « *le consommateur devrait recevoir, avant la conclusion d'un contrat, les informations*

[147] Consid. 34 de la Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.
[148] Art. 6, parag. 1, Direc. 2011/83/UE.
[149] Art. 6, parag. 5, Direc. 2011/83/UE.
[150] Art. 6, parag. 9, Direc. 2011/83/UE.
[151] La directive 2002/65/CE du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE. JO n° L 271, du 9.10.2002, p. 16–24.
[152] La directive 2002/65/CE du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE.

préalables nécessaires afin de pouvoir apprécier convenablement le service financier qui lui est proposé et donc arrêter son choix en connaissance de cause. Le fournisseur devrait expressément indiquer combien de temps son offre éventuelle reste inchangée ».

Cette directive 2002/65/CE a consacré l'article 3 au recensement des informations que le fournisseur est tenu de communiquer au consommateur préalablement à la conclusion du contrat à distance. Ces informations doivent être transmises, en temps utile, et avant même que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre[153].

Le paragraphe 2 de l'article 3 de la Directive 2002/65/CE exige que ces informations doivent « *apparaître sans équivoque, sont fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, en tenant dûment compte, notamment, des principes de la bonne foi dans les transactions commerciales et de la protection de ceux qui, selon la législation des Etats membres, sont jugés incapables, comme les mineurs* ».

2 - L'information relative à l'offre

Le législateur européen impose au professionnel de fournir des informations claires et précises sur les éléments constituant l'offre électronique.

Ces informations sont relatives aux caractéristiques du produit ou du service, aux conditions de vente, à la durée de l'offre et du contrat, à la limitation éventuelle de la responsabilité, à l'existence ou non d'un droit de rétractation et aux modalités de son exercice et aux risques de certains produits financiers.

---

[153] Ces informations concernant : « *a) l'identité et l'activité principale du fournisseur, l'adresse géographique à laquelle le fournisseur est établi et toute autre adresse géographique à prendre en compte pour les relations entre le consommateur et le fournisseur ;*
b) l'identité du représentant du fournisseur établi dans l'État membre de résidence du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte pour les relations entre le consommateur et le représentant, lorsqu'un tel représentant existe ;
c) si le consommateur a des relations commerciales avec un professionnel autre que le fournisseur, l'identité de ce professionnel, le titre auquel il agit à l'égard du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte dans les relations entre le consommateur et le professionnel ;
d) lorsque le fournisseur est inscrit sur un registre commercial ou un registre public similaire, le registre du commerce sur lequel le fournisseur est inscrit et son numéro d'enregistrement ou un moyen équivalent d'identification dans ce registre ;
e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ; ». Art. 3 de la directive.

Il pèse sur le professionnel une obligation de mentionner dans son offre plusieurs informations particulières formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande.

En effet, selon l'article 10 de la section 3 relative aux Contrats par voie électronique de la Directive 2000/31/CE, l'offre doit comporter la connaissance des étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant au cybercontractant destinataire de l'offre de détecter ses erreurs dans la saisie des données et de les corriger, la langue du contrat, les modalités de l'archivage (s'il y en a un), et « *les règles professionnelles, déontologiques et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre* ».

Ces différentes informations qui doivent figurer dans l'offre ont donc trait à la connaissance par le cybercontractant du processus de formation du contrat électronique.

La Directive n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 qui est venue, de son côté, renforcer l'obligation d'information, pour imposer au professionnel de fournir au consommateur sous une forme claire et compréhensible, avant même que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance, les informations sur les principales caractéristiques du bien ou du service, le prix total des biens ou services et tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date de livraison des biens ou d'exécution de services et les modalités prévues pour le traitement des réclamations. Des informations sont aussi exigées pour le droit de rétractation, ses conditions, son délai et les modalités d'exercice ainsi que d'autres informations détaillées dans le paragraphe 1 de l'article 6 de la directive[154].

[154] Ces informations concernent, conformément au premier paragraphe de l'article 6 de la directive : « *m) le cas échéant, l'existence d'une assistance après-vente au consommateur, d'un service après-vente et de garanties commerciales, ainsi que les conditions y afférentes ; n) l'existence de codes de conduite applicables, tels que définis à l'article 2, point f), de la directive 2005/29/CE, et comment en obtenir une copie, le cas échéant ; o) la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat ; p) s'il y a lieu, la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat ; q) le cas échéant, l'existence d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur à la demande du professionnel, ainsi que les conditions y affé rentes ; r) s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de*

Les communications commerciales qui sont définies par la directive 2000/31/CE comme étant « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* », sont soumises aussi à l'obligation d'information préalable et doivent répondre au moins aux conditions suivantes : « *a) la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle ; b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable ; c) lorsqu'elles sont autorisées dans l'Etat membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ; d) lorsqu'ils sont autorisés dans l'Etat membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque* »[155].

Toutefois, l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel dans le cadre de l'offre et avant la conclusion de tout contrat par voie électronique, ne serait pas respectée lorsque les communications commerciales ne permettent que l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ou bien celles relatives « *aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière* »[156].

Comme on peut le constater, certaines obligations d'informations prévues par la directive la directive de 2011/83/UE sont imposées également par la directive

---

protection technique applicables ; s) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ; t) le cas échéant, la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation et de réparation à laquelle le professionnel est soumis et les modalités d'accès à celle-ci ».

[155] Article 6 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

[156] Article 2, paragraphe f de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur.

2000/31/CE. Comme l'estime Madame Castets-Renard « *il s'agit peut-être d'une faiblesse de la réglementation en matière d'information relative aux contrats de consommation. Le consommateur se retrouve avec une quantité importante d'informations, sans que l'on s'interroge véritablement sur leur pertinence et surtout leur efficacité* »[157].

Cependant, une hiérarchie est établie entre les deux textes concernant le contenu de l'information et ses modalités de fourniture. Si une disposition de la directive 2000/31/CE est contraire à une disposition de la directive 2011/83/UE, cette dernière prime[158].

En dehors de ces deux textes, une autre obligation d'information, particulière, est mise à la charge du professionnel s'engageant à recourir à une entité de règlement extrajudiciaire des litiges ou tenus d'y recourir pour résoudre les litiges avec les consommateurs. Cette obligation, issue de l'article 13 de la Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation[159], impose au professionnel de fournir des informations « *claires, compréhensibles et aisément accessibles* »[160] sur l'entité ou les entités de règlement des litiges dont il relève. Ces informations, portent notamment sur l'adresse du site Internet de l'entité concernée, doivent être accessibles sur le site Internet du professionnel, quand il en a un, ou, à défaut, dans les conditions générales des contrats de vente ou de services conclu entre ce dernier et les consommateurs[161].

Des obligations d'information similaires, avec quelques nuances, sont prévues au deuxième paragraphe de l'article 14 du Règlement n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation[162]. Ces obligations d'information incombent aux professionnels établis au sein de l'union européenne s'engageant ou tenus de recourir à une ou plusieurs entités de règlement extrajudiciaire des litiges.

---

[157] C. CASTETS-RENARD, « *Commerce électronique* », Répertoire de droit européen, juillet 2016.
[158] Parag. 8 de l'article 6 de la directive 2011/83/UE.
[159] Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), JO L 165 du 18.6.2013, p. 63-79.
[160] Art. 13, parag. 2, Direc. 2013/11/UE.
[161] J.-P. PIZZIO, « *Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : apport des nouveaux textes européens* », Revue Lamy droit des affaires, N° 85, 1er septembre 2013.
[162] Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), *JO L 165 du 18.6.2013, p. 1–12*.

Ces professionnels sont tenus, dans ces conditions, à informer les consommateurs de l'existence de la plateforme de règlement en ligne de litiges et de la possibilité de recourir à celle-ci pour trancher leurs différends. Ces informations doivent être accessibles *via* un lien électronique, aisément accessible, vers la plateforme concernée sur leur site Internet et par courrier électronique, dans le cas d'une offre faite par courrier électronique, et, le cas échéant, dans les conditions générales des contrats de vente ou de services en ligne. Le premier paragraphe du même article indique que ces professionnels doivent indiquer aux consommateurs leur adresse électronique. L'intérêt de communiquer une telle adresse réside, peut-être, dans la possibilité de prendre contact avec le professionnel avant toute décision de recourir à un mode de règlement en ligne de litiges[163]. Certainement parce que, aujourd'hui, plusieurs sites Internet mettent en place un service clientèle en charge de trouver un arrangement amiable ou tout simplement pour répondre à un mécontentement d'un client sans que cela puisse arriver jusqu'à l'intervention d'un intermédiaire pour trancher un litige de consommation. Le considérant 17 du règlement peut soutenir cette hypothèse étant donné qu'il précise qu' « *avant de soumettre leur plainte à une entité de REL au moyen de la plateforme de RLL, les consommateurs devraient être encouragés par les Etats membres à prendre contact avec le professionnel par tout moyen approprié, en vue de rechercher une solution amiable* ». L'expression « *être encouragés par les Etats membres à prendre contact avec le professionnel* », permettra de conclure que chaque Etat membre est tenu de mettre en place un dispositif visant à inciter le consommateur à prendre contact avec le professionnel, préalablement à tout règlement de litiges en ligne, afin de tenter une résolution amiable du litige[164].

---

[163] Sur le site de « *amazon.fr* », par exemple, on peut lire dans l'article 8 de ses Conditions générales de vente les mentions suivantes « *notre entreprise adhère à la Fédération du e-commerce et de la vente à distance (FEVAD) et au service de médiation du e-commerce (60 rue la Boétie, 75008 Paris – relationconso@fevad.com). La Commission Européenne met à disposition une plateforme en ligne de résolution des différends à laquelle vous pouvez accéder ici : http://ec.europa.eu/consumers/odr/. Si vous souhaitez attirer notre attention sur un sujet, merci de nous contacter* ». (Date de dernière connexion au site le 30 septembre 2017). D'une part, ce n'est pas une adresse électronique que le site met à la disposition de ses clients, mais un lien vers un formulaire de prise de contact avec Amazon, d'autre part, le lien est conçu pour, comme le précise le site, attirer l'attention sur un sujet et non pour une tentative préalable de résolution du litige, ce qui est regrettable. Toutefois, le site dispose bel et bien « *un service clients* » qui réponds à toutes réclamation sur le retour des articles, problèmes de non-conformité, etc.

[164] On peut prendre l'exemple de la société LA REDOUTE qui, contrairement à la société Amazon, semble manifester une bonne volonté de tenter la résolution des litiges avec ses clients par le contact direct avec celle-ci. L'article 10 (intitulé Médiation) de ses Conditions générales de vente stipule que « *Conformément aux*

On peut estimer qu'il y a des efforts européens importants d'encadrer les informations préalables à la conclusion du contrat électronique et de les rendre obligatoires ainsi que d'inciter, au même titre, les Etats membres à adopter dans leurs systèmes juridiques des dispositions plus favorables aux cyberconsommateurs. L'article 6, paragraphe 8 de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs dispose clairement que « *les exigences en matière d'information prévues par la présente directive […] n'empêchent pas les États membres d'imposer des exigences supplémentaires en matière d'information conformément aux directives précitées* », ce qui convient d'envisager dans les développements qui suivent.

B - Les perspectives de l'information précontractuelle dans les Etats membres : exemples français et belge

L'intrusion de l'Union européenne dans le droit des obligations s'explique par l'un des objectifs que poursuit l'Union : la réalisation d'un marché unique. Cet objectif n'est atteignable qu'avec une harmonisation maximale des législations des Etats membres qui devrait favoriser le développement du commerce électronique sans le risque de se trouver confronté à une législation nationale dans un Etat membre plus favorable qu'une autre dans un autre Etat membre. La Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs souligne, à ce propos, qu' « *une harmonisation complète de l'information des consommateurs et du droit de rétractation dans les contrats de vente à distance et hors établissement contribuera à un niveau de protection élevé des consommateurs et à un meilleur*

---

dispositions du Code de la consommation concernant le règlement amiable des litiges, LA REDOUTE adhère au Service du Médiateur du e-commerce de la FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance) dont les coordonnées sont les suivantes : 60 rue de la Boétie – 75008 Paris – http://www.mediateurfevad.fr/. Après démarche préalable écrite des consommateurs vis-à-vis de LA REDOUTE, le Service du Médiateur peut être saisi pour tout litige de consommation dont le règlement n'aurait pas abouti. Pour connaître les modalités de saisine du Médiateur, cliquer ici. Au niveau européen, la Commission Européenne met à votre disposition une plateforme de résolution en ligne des litiges ». Pour faciliter la démarche entre LA REDOUTE et ses consommateurs, celle-ci met à leur disposition une adresse électronique et un formulaire de contact : « *pour nous contacter par email (contact_serviceclients@redoute.fr) : cliquez ici* ». Lesdites informations sont accessibles sur le site Internet DE LAREDOUTE, dans ses conditions générales de vente. (Dernière consultation du site le 30 septembre 2017).

fonctionnement du marché intérieur sur le plan des relations entre entreprises et particuliers »[165].

Le droit positif français est longtemps resté inadapté face aux nouvelles technologies de l'informatique et aux nouveaux enjeux du commerce électronique[166]. Cette adaptation du droit à la formation du contrat électronique a enfin eu lieu grâce à plusieurs lois et ordonnances importantes. Malgré tout, ces modifications n'ont eu lieu qu'après l'intervention de l'Union européenne qui a pris l'initiative de légiférer en la matière.

Parmi les textes qui ont intronisé la figure du contrat électronique dans le paysage juridique français, l'ordonnance 2001-741 du 23 Août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation français[167], la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique entrée en vigueur le 10 juin 2004[168] et les dispositions de la loi Luc Chatel du 3 janvier 2008 dite « *loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* » qui est entrée en application le 1er juin 2008[169].

La loi sur la consommation dite « *Loi Hamon* »[170] va renforcer à son tour la protection du consommateur. Elle donne un cadre juridique à l'obligation d'information et réécrit le Chapitre I du titre Ier du Code de la Consommation sur les obligations d'information précontractuelle qui sont désormais d'ordre public[171].

La France a poursuivi ses efforts en adoptant le 10 février 2016 l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Cette ordonnance introduit dans le Code civil, dans le cadre

---

[165] Consid. 5, Direc. 2011/83/UE.

[166] M. GENTY, F. SUXE « *La conclusion du contrat électronique et l'incitation à contracter* », *in* Contrats Electroniques entre Particuliers (Contrats 3), publié le 24 janvier 2013, accessible en ligne :http://www.m2dc2en.fr/index.php?s=3&doc=La%20conclusion%20du%20contrat%20%E9lectronique%20et%20l'incitation%20%E0%20contracter%20par%20Maxence%20Genty%20et%20Florent%20Suxe&PHPSESSID=6vccp3q2lko9oe3c5gdupdemg0

[167] Ordonnance 2001-741 du 23 Août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n°196 du 25 août 2001, p. 13645.

[168] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168.

[169] Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 4 janvier 2008, p. 258.

[170] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014 p. 5400.

[171] Art. L.111- 8 C. consom. nouveau suite à l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n°0064 du 16 mars 2016. (Art. L.111-7 C. consom. ancien).

des obligations consacrées à la négociation précontractuelle, un devoir général d'information qui n'est pas en soi une nouveauté, puisqu'il est consacré par différents droits spéciaux et n'est pas inconnu du droit commun, mais que le législateur a estimé « *opportun de consacrer dans le Code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles* »[172]. Des nouvelles dispositions ont été également introduites dans le Code de la consommation par la Loi pour la République numérique du 7 octobre 2016. Celles-ci portent, spécifiquement, sur les plateformes en ligne et permettent de mettre en place certaines obligations d'information à la charge de tout opérateur de plateformes en ligne[173]. La liste des informations obligatoires qui incombent aux professionnels s'accroît avec l'adoption de l'Ordonnance n° 2015-1033 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, adoptée le 20 août 2015 par le Gouvernement[174]. Elle transpose la Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et complète le Livre 1er du Code de la consommation par un titre V intitulé « *Médiation des litiges de la consommation* »[175].

Mais le législateur français n'est pas le seul ayant marqué la sphère législative en matière d'information précontractuelle pour les contrats conclu par voie électronique. La Belgique a instauré aussi l'obligation précontractuelle d'information dans ses différentes législations, en ce qui concerne notamment les contrats conclus à distance ou plus particulièrement par voie électronique.

Le projet de la loi belge du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial est introduit par un exposé affirmant la valeur indéniable de l'information pendant la phase précontractuelle « *la phase précontractuelle, c'est-à-dire la phase qui précède la conclusion du contrat, n'est pas réglementée en tant que telle. Or, il est un fait que*

---

[172] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. *JORF n° 0035 du 11 février 2016.*

[173] V. sur cette ordonnance, J.-B. GOUACHE, « *Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation -. - L'ordonnance n° 2015- 15 en quelques lignes* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 37, 10 Septembre 2015, act. 680.

[174] Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF n°0192 du 21 août 2015, p. 14721.*

[175] Avec la recodification du Code de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, le Titre V du 1er Livre est remplacé par le Livre VI « *Règlement des litiges* » où il y figure la médiation des litiges de la consommation.

c'est à ce stade que certains déséquilibres entre parties peuvent apparaître. Un texte législatif contenant une obligation d'information précontractuelle pour ce type d'accord est dès lors utile, tout en prévenant le risque d'adopter une législation trop rigide et trop détaillée qui porterait atteinte à la liberté d'entreprise. La liberté contractuelle reste donc le principe : les contrats peuvent ainsi s'adapter le plus adéquatement aux activités commerciales qu'ils entendent viser. La liberté d'entreprendre est donc garantie mais est encadrée par des règles destinées à promouvoir l'équilibre entre les parties et l'éthique qui est le fondement de cette liberté »[176].

La Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, la Directive 2002/65/CE sur la commercialisation à distance de services financiers et la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs sont transposées en droit belge dans le nouveau Code de droit économique, aux Livres VI « *pratiques du marché et protection du consommateur, spécialement les règles en matière de contrats à distance* » et XII « *droit de l'économie électronique* ».

C'est ainsi que le 31 mai 2014, le volet « *Pratiques du marché et protection du consommateur* » du nouveau Code belge de droit économique est entré en vigueur. Il vise principalement « *la réglementation des pratiques du marché et la protection du consommateur* »[177]. Ce volet comprend de nouvelles règles concernant notamment l'information précontractuelle que le cybercommerçant est tenu de communiquer au cyberconsommateur.

Le manque de connaissance des éléments de fait permettant au cocontractant et au consommateur en particulier de conclure son contrat en ligne en connaissance de cause sur notamment l'identité du contractant, les caractéristiques des produits offerts, le prix, le droit de rétractation, garantie après-vente etc., a mené le législateur français au même titre que le législateur belge, à mettre en place divers mécanismes en vue de protéger le cocontractant supposé en

---

[176] P. DEMOLIN, « *L'origine et les buts de la loi* », Cabinet DBB Law, article disponible via le lien suivant : http://www.droitbelge.be/fiches_detail.asp?idcat=16&id=221

[177] V. Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI « *Pratiques du marché et protection du consommateur* » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique. Disponible en ligne :
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013122123&table_name=loi

position d'infériorité et lui permettre, en conséquence, d'émettre un consentement réfléchi.

Ces dispositifs imposent un certain nombre d'information propre à l'identification du professionnel en ligne et aux stipulations contractuelles. Toutefois, si ces informations ne cessent de s'alourdir en droit français au point parfois de devenir redondante (1), elles ont atteint le degré attendu par le législateur européen en droit belge (2).

1 - La redondance informative en droit français

Pour rétablir un équilibre informationnel permettant de contracter en connaissance de cause et de donner un consentement éclairé, une obligation d'information préalable à la conclusion du contrat électronique s'est imposée par le législateur français à travers l'affirmation d'une obligation générale d'information en droit commun (a) et une obligation d'information spécifique aux contrats conclu par voie électronique (b).

a - L'affirmation d'une obligation générale d'information en droit commun

Sur le terrain du droit commun, la récente Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016[178] a choisi de regrouper dans une sous-section 4 de la section 1 consacrée à « *la conclusion du contrat* » les textes de droit commun relatifs au contrat conclu par voie électronique, qui d'ailleurs ne sont pas nouveaux, et de regrouper ceux consacrés aux règles de formes spéciales au contrat électronique dans la sous-section 2 de la section 3 relative à « *la forme du contrat* ». Ainsi, les rédacteurs de l'ordonnance ont choisi de redistribuer les textes dans deux subdivisions[179]. Les textes propres au contrat électronique figurent désormais, d'une part, aux articles 1125 à 1127-6 du Code civil, reprenant les dispositions des anciens articles 1369-1 à 1369-9 et d'autre part, aux articles 1174 à 1177 du Code civil reprenant ainsi les dispositions des anciens articles 1369-1 à 1369-9[180]. Il

[178] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.

[179] N. MATHEY, « *Fasc. 20 : Contrat . – Formes du contrat. – Contrat conclu par voie électronique* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Civil Code > Art. 1174 à 1177, Lexis360, 1er Mars 2017.

[180] L'article 93 de Loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 (Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF n°0235 du 8 octobre 2016*) a étendu le champ d'application de l'envoi recommandé électronique et l'a fait sortir du cadre du Code civil par l'abrogation des articles 1127-4 et

ressort du Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance que ces textes « *reprennent quasiment à l'identique les textes actuels du Code civil, sous réserve de quelques modifications terminologiques et précisions* »[181].

L'ordonnance du 10 février 2016 intègre l'obligation précontractuelle d'information à l'article 1112-1. Autrefois inséré dans la partie sur la validité du contrat, l'obligation précontractuelle d'information retrouve sa place naturelle au stade des négociations de la sous-section I. Celle-ci doit être distinguée de l'obligation contractuelle d'information qui fait naître une responsabilité contractuelle[182]. Cette obligation légale d'information qui s'est développé en jurisprudence sur le terrain de la bonne foi[183] est d'ordre public[184], car il a vocation à s'appliquer à toute sorte de contrats, dés lors du moins qu'une disposition spéciale ne l'écarte pas[185].

Il convient, donc, d'examiner l'obligation générale d'information précontractuelle en se penchant d'une part, sur les conditions d'exigence de celle-ci (1°) et d'autre part, sur la preuve du respect de cette obligation (2°).

1° Les conditions d'exigence de l'obligation d'information

En comparaison des textes spéciaux importants qui comportent une grande quantité d'information précontractuelle avec une liste très détaillée de celle-ci, il

---

1127-5 du Code civil sur la lettre simple et la lettre recommandée électronique. On peut légitimement se demander pourquoi le texte de la loi, publié après le 1er octobre 2016, date de l'entrée en vigueur de l'Ordonnance du 10 février 2016, abroge à nouveau les articles 1369-7 et 1369-8 du Code civil ? En effet, l'envoi recommandé électronique (comme pour son équivalent papier) se trouve désormais régi par l'article L.100 du Code des postes et des communications électroniques. V. sur ce sujet, É. A. CAPRIOLI, « *Les envois recommandés électroniques dans la loi pour une République numérique* », Comm. Com. Elec. n° 1, Janvier 2017, comm. 8.

[181] Rapport au Président de la République, NOR : JUSC1522466P, *JO 11 févier 2016*.

[182] V. M. MEKKI, « *Droit des contrats* », Recueil Dalloz 2016, p.566.

[183] La Cour de cassation française a confirmé l'existence de l'obligation de contracter de bonne foi pour en déduire une obligation précontractuelle d'information. Ce devoir de contracter de bonne foi impose de révéler un certain nombre d'informations en fonction des circonstances (V. Cass. Civ. 1er, 16 mai 1995, n° 92-20.976 (Inédit), JCP 1996. II. 22736, V. également Cass. Civ. 1er, 15 mars 2005, n° 01-13.018, Bull. 2005, I, n° 136, p. 117).

[184] Art. 1112, al. 5 dispose que « *les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». Cette formule est jugée très large par M. Mekki qui s'interroge sur la portée de cette exigence et si un vendeur qui demande à l'acheteur, qui accepte, de faire son affaire personnelle de l'état du bien serait condamnable à l'aune de l'article 1112-1, al.4 ? V. M. MEKKI, « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », D. 2016. 494.

[185] C. GRIMALDI, « *Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon...* », D. 2016, p.1009.

semble que les rédacteurs de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ont fait le choix de la mesure.

L'information imposée par l'article 1112-1, al. 1 du Code civil suppose la réunion de trois conditions. Tout d'abord, l'information doit être celle dont « *l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* » et dont le champ recouvre toute information « *ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ». Cela nécessite de poser inlassablement la question : si le créancier de l'information en avait eu connaissance, aurait-il contracté ? La réponse sera du ressort du juge. Elle peut être déterminée en fonction des circonstances entourant la conclusion du contrat, comme elle peut être déterminée selon le niveau de confiance entre les parties. Ces informations qui doivent avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat, renvoie, semble-t-il, à la nouvelle exigence posée à l'article 1128 et détaillée aux articles 1162 et suivants sur le contenu du contrat, notamment que ce contenu a été substitué à l'objet et à la cause qui étaient visés par l'article 1110 de l'avant-projet Catala[186].

Le contenu des informations portera pour l'essentiel, et conformément à la jurisprudence, sur la prestation fournie, le prix, la licéité de l'opération, ou encore, si elle est connue de l'autre partie, à la finalité poursuivie par l'un des contractants (ex. : avantage fiscal escompté)[187]. Le législateur a exclu de l'obligation d'information « *l'estimation de la valeur de la prestation* »[188], en consacrant ainsi la jurisprudence *Baldus*[189] confirmée par un arrêt de 2007[190] selon laquelle

---

[186] V. en ce sens F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-Innovations-Perspectives* », 1ère éd. Dalloz, nov. 2016, n° 22.42, p. 35.

[187] F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-Innovations-Perspectives* », 1ère éd. Dalloz, nov. 2016, n° 22.42, p. 35 ; V. aussi sur ce point, L.-A. POLETTI, « *Mieux cerner le nouveau devoir précontractuel d'information de l'article 1112-1* », Bulletin du Cridon de Paris, sept. 2016, p. 17 s., apéc. n° 9-10.

[188] Art. 1112-1, al. 2 C. civ.

[189] Cass, 1ère civ., du 3 mai 2000, 98-11.381, Bull. 2000, I, n° 131, p. 88. A cet égard, l'arrêt *Baldus* a pu être interprété comme excluant la nullité du contrat en cas de simple réticence dolosive. Toutefois, une autre jurisprudence plus récente, présentée par deux arrêts de la Cour de cassation rendus les 17 juin 2008 (Cass. Com. 17 juin 2008, n° 07-15.398- Inédit) et 12 mai 2015 (Cass. Com. 12 mai 2015, n° 14-12.473- Inédit), laissait penser que l'erreur sur la valeur provoquée par la simple réticence dolosive pouvait être source de nullité. En espèce, la Cour de cassation a approuvé des Cours d'appel d'avoir annulé des cessions de parts sociales au motif que « *l'erreur du cessionnaire sur la valeur des titres sociaux, dès lors qu'elle a été provoquée par une manouvre du cédant, peut justifier l'annulation de l'acte de cession pour dol* ». V. en ce sens : B. FAGES, « *Provoquée par le dol, l'erreur sur la valeur peut donner lieu au prononcé de la nullité de l'acte* », RTD civ. 2008. 671.

l'acquéreur, même le professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information sur la valeur du bien acquis[191].

Ces informations doivent avoir également un lien direct et nécessaire avec la qualité des parties. On peut imaginer, de manière générale, que la qualité des parties ne peut atteindre une importance déterminante que dans les contrats conclus en considération de la personne (*intuitu personae*).

Ensuite, pour la seconde condition, l'information doit peser sur celui qui connaît l'information déterminante. Le nouvel article 1112-1, alinéa 1, réduit l'obligation à une information connue et non, comme le prévoyait le projet, à la suite de l'avant-projet Catala[192], à celle que la partie aurait dû connaître. Il n'y a donc plus aucune obligation de se renseigner pour informer, du moins en droit commun des contrats[193].

Enfin, cette obligation d'information ne profite qu'à celui qui « *légitimement, […] ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». L'ignorance doit être donc légitime, ce qui constitue, selon Monsieur Cyril Grimaldi, « *une limite au devoir d'information ; limite qui s'appréciera sans doute différemment selon l'intensité du lien de confiance entre les parties* »[194]. En jurisprudence, l'ignorance n'a été considérée légitime que dans deux hypothèses[195], celle où le créancier de l'information était dans l'impossibilité de découvrir par lui-même l'information celée

---

[190] Cass., 3ème civ., 17 janvier 2007, 06-10.442, Bull. 2007, III, n° 5, p. 3.

[191] En revanche, le Cour de cassation dans un arrêt récent du 30 mars 2016 a considéré le silence gardé sur des éléments essentiels qui rejaillissent sur la valeur du bien cédé est une cause de nullité. La Cour de cassation a conclu en ces termes que « *la nullité d'une convention ne peut être prononcée qu'en cas de dol principal ou déterminant, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté ; que dès lors, en retenant, pour prononcer la nullité du contrat de cession de parts sociales conclu entre les consorts X... et la société NUMP, que, selon les énonciations de l'expert qu'elle a reprises à son compte, si M. Y... avait eu connaissance de l'ensemble des faits reprochés à M. X... au moment de l'acquisition de l'entreprise, il en aurait certainement revu les modalités d'acquisition, la cour d'appel, qui a caractérisé un dol incident et non principal, n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a ainsi violé l'article 1116 du code civil* ». Cass. Com, 30 mars 2016, n° 14-11.684, Recueil Dalloz 2016, p.1300. V. également les commentaires de B. LECOURT, « *Cession de droits sociaux : nullité du contrat pour dol incident et application anticipée du nouveau droit des contrats* », Rev. Sociétés 2016. 590 ; B. LECOURT, « *Dol incident dans une cession de titres sociaux : une anticipation opportune de la réforme* », RTD com. 2016. 817.

[192] Art. 1110.

[193] M. MEKKI, « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », *op.cit.*

[194] C. GRIMALDI, « *Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon...* », *op.cit.*

[195] J. GHESTIN, G. LOISEAU ET Y.-M. SERINET, « *Traité de droit civil : la formation du contrat, T. 1 : Le contrat - Le consentement* », 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 1745 s., p. 1413 s.

et le cas d'une relation de confiance légitime qui unit la partie contractante à son cocontractant, l'amenant à espérer que ce dernier prenne l'initiative de l'informer.

Les conditions posées par le nouvel article 1112-1, alinéa 1 du Code civil se veulent l'exact reflet de la jurisprudence française. L'ordonnance du 10 février 2016 constitue aussi un prolongement des solutions adoptées par le législateur européen sur cette obligation précontractuelle d'information et par la législation consumériste française qui a inscrit cette obligation dans le Code de la consommation, en leur donnant davantage de prévisibilité et en traçant de façon assez précise le cadre de cette obligation d'information[196].

Toutefois, ces obligations précontractuelles de portée générale pour tous les contrats et tous les contractants[197] sont-elles évincées lorsqu'il existe une obligation spéciale d'information ? Le droit commun étant resté jusqu'à présent applicable à tous les contrats, c'est au droit spécial de définir le cadre propre à un contrat de domaine spécial qu'il régit.

Sans doute, c'est pour ces raisons précises que le législateur a éprouvé le besoin d'affirmer dans l'article 1105 que « *les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ».

Le premier élément sur lequel on peut s'appuyer pour définir la place des obligations précontractuelles d'information du droit commun par rapport aux obligations prévues par le droit spécial, en l'occurrence, le Code de la consommation est de savoir, comme le précise à juste titre M. Hugo Barbier, « *si la règle spéciale a réellement le même objet que la règle générale et si les deux sont incompatibles. A défaut, il n'y a pas dérogation mais enrichissement du droit commun par le droit spécial* »[198].

La question se pose aussi lorsqu'on agit à l'échelle des contrats internationaux. Est-ce que la nouvelle réforme des obligations précontractuelles

---

[196] Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Droit civil, Les obligations* », 15ème éd. 2017, Sirey LMD, p. 340.

[197] L'article 1105 du Code civil précise en ce sens que « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre* », c'est-à-dire, le sous-titre 1er relatif au Contrat.

[198] H. BARBIER, « *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016* », RTD Civ. 2016, p.247.

d'information, qui est d'ailleurs des règles d'ordre public, est édictée à titre de loi de police ou d'ordre public international ? Monsieur Hugo Barbier estime que la réponse à cette question est déterminée par en fonction de son degré d'impérativité, en précisant qu' « *au-delà du contenu même des nouvelles règles issues de la réforme, lequel a pu faire douter d'un réel gain d'attractivité du droit français, c'est aussi voire surtout leur caractère supplétif ou impératif, et dans ce dernier cas d'ordre public seulement interne ou international, qui déterminera ce gain. C'est dire que le juge, chargé de révéler ce degré d'impérativité, jouera un rôle fondamental dans la balance finale de l'attractivité de notre futur droit des contrats* »[199].

2° Consolidation de la preuve du respect de l'obligation d'information

Le législateur français a également déterminé le régime probatoire de l'obligation d'information. L'alinéa 4 de l'article 1112-1 précise la répartition de la charge probatoire « *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ».

Cet alinéa est la transcription exacte de l'article 33, alinéa 3, du projet Terré. Ce balancement de la charge de la preuve est également conforme à l'ancien article 1315 du Code civil, repris au nouvel article 1353 selon lequel « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». C'est donc une consécration de la jurisprudence de la Cour de cassation[200] qui n'est nullement remise en cause par le texte.

C'est donc une volonté du législateur de mettre fin à toutes initiatives de prévoir des clauses qui inversent la charge de la preuve de l'exécution de

[199] H. BARBIER, « *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016* », RTD Civ. 2016, p. 247.

[200] Cass. 1ère civ., du 25 février 1997, n° 94-19.685, Bull. 1997 I, n° 75, p. 49 : « *Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* », attendu de principe rendu au visa de l'ancien article 1315 du Code civil. Cass. civ. 1ère, du 15 mai 2002, n° 99-21.521, Bull. civ. I, n° 132, p. 101, selon lequel : « *le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* ».

l'obligation précontractuelle d'information par le débiteur, au point de rendre la preuve contraire impossible à l'autre contractant. De telles clauses créées, sans conteste, un déséquilibre significatif puisqu'elles ont pour effet de paralyser les droits du créancier[201].

Il faut souligner que c'est également à cette conclusion qu'amène la législation consumériste sur les clauses abusives. L'article R. 212-1 du Code de la consommation précise qu'elles sont présumées irréfragablement abusives, les clauses des contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs qui imposent à ces derniers « *[…] la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* ».

L'Ordonnance n° 2016-131 a, certes, instauré les nouvelles règles relatives à l'obligation générale d'information, mais le législateur français a pris également le soin de préciser ces obligations dans un cadre spécifique des contrats.

b - Une obligation spécifique d'information

Les contrats électroniques conservent une place de faveur dans la législation française. Celle-ci impose un certain nombre d'informations propres à l'identification du professionnel ou du commerçant en ligne (1°) et à l'offre (2°).

1° Obligations d'informations se rapportant au professionnel en ligne

Malgré le silence de la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques du commerce électronique quant à la définition du commerce électronique, la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant cette directive, a introduit cette définition dans son article 14 et dispose que « *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services*

Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données,

[201] G. LARDEUX, « *Le droit à la preuve : tentative de systématisation* », RTD civ. 2017. 1.

d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

Cette définition du commerce électronique dresse le cadre légal des obligations qui y sont issues. C'est ainsi que l'article 19 de la loi précitée, afin d'identifier le commerçant en ligne et de renforcer, ainsi, la confiance du consommateur en l'économie numérique, détermine la liste des informations, que toutes personnes exerçant une activité du commerce électronique sont tenues d'assurer « *à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services ».*

Il incombe, donc, au cyberprofessionnel d'assurer, en vertu de l'article 19*, « un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes : 1° S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ; 2° L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ; 3° Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ; 4° Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts, son numéro individuel d'identification; 5° Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ; 6° Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite ».* Parmi les décisions que l'article 19 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique a suscité, il convient de citer une ordonnance en référé du 17 octobre 2006. Celle-ci a ordonné à un site de commerce électronique, qui n'indiquait pas les coordonnées permettant d'identifier les annonceurs hébergés sur son site et proposant à la vente un jeu vidéo avant sa date de sortie officielle, la communication sans délai de ces coordonnées[202].

En matière de l'identification du site web professionnel ou marchand, l'article 6 III 1 de la Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie

[202] T. com., ord. réf., 17 oct. 2006, Comm. com. Elec. 2006, comm. 156, obs. L. Gryngogel.

numérique prévoit que l'éditeur du site web est tenu de mettre à la disposition du public, son nom, son adresse s'il s'agit d'une personne physique, sa dénomination et siège social s'il s'agit d'une personne morale ainsi que le nom du directeur de publication et, ou le cas échéant, celui du responsable de la rédaction[203]. Ces exigences ne concernent que l'éditeur professionnel.

Les informations légales sur le cybermarchand sont prévues, en outre, par l'article R123-237 du Code de commerce qui impose une indication sur le site internet de la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où la société est immatriculée, ainsi que les renseignements relatifs au numéro d'identification de la société, le lieu du siège social.

Dans le cas d'une société commerciale dont le siège est à l'étranger, elle doit indiquer sa dénomination, sa forme juridique et le numéro d'immatriculation dans l'Etat où elle a son siège, s'il en existe un. S'il s'agit d'un entrepreneur individuel, il est tenu de préciser l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté et la dénomination utilisée pour l'exercice de l'activité professionnelle incorporant son nom ou nom d'usage précédé ou suivi immédiatement des mots « *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* » ou des initiales « *EIRL* ».

Le respect de ces obligations d'information à la charge du cybermarchand et de l'éditeur de site peut être réalisé à travers l'insertion d'une notice légale figurant dans la page d'accueil du site marchand. Les informations légales sur le cybermarchand peuvent apparaître dans la page de présentation de l'entreprise dans la rubrique « *Qui sommes-nous* », dans la page « *mentions légales* » ou « *informations légales* »[204].

---

[203] L'article 6 III. LCEN dispose que « *1. Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert : a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ; b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ; c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ; d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I* ».

[204] V. R. GOLA, « *Droit du commerce électronique : Guide pratique du e-commerce* », Edition Gualino 2013, ISBN: 978-2-297-02478-5, p. 293.

Les principales modifications apportées par la Loi Hamon[205] au Code de la consommation français portent également sur l'obligation d'information précontractuelle.

Cette loi met à la charge du professionnel de fournir au consommateur de manière lisible et compréhensible, avant la conclusion du contrat de vente ou de fourniture de services[206], les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités[207].

Outre ces informations qui entrent dans le cadre de l'Obligation générale d'information précontractuelle, le professionnel doit communiquer, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services, « *de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat.* »[208], le statut et la forme juridique de l'entreprise, les coordonnées permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement avec lui et le cas échéant, le numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers[209].

Les articles R.111-1 et R.111-2 du nouveau décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 qui s'appliquent aussi bien aux contrats conclus sur le lieu de vente ou de prestation de services qu'à ceux conclus à distance, détaillent les informations à fournir au consommateur relatives à l'identité des professionnels et leurs activités.

Dans ce cadre, l'article R111-1 définit les informations exigées par l'alinéa 4 de l'article L. 111-1 du Code de consommation et met, en conséquence, à la charge du cyberprofessionnel l'obligation de communiquer au cyberconsommateur les informations relatives à « *son nom ou sa dénomination sociale, l'adresse*

---

[205] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400.

[206] Cette disposition s'applique aussi au Contrat conclu par voie électronique ou le Contrat à distance, puisque l'article L. 221-5 du Code de la consommation (art. L. 121-1 C. consom. ancien) relatif aux dispositions particulières applicables aux contrats conclus à distance (issue de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 qui a refondu la partie législative du Code de la consommation, en vigueur le 1er juillet 2016), renvoie à l'article L. 111-1 du code de la consommation quant au contenu des informations dont le professionnel est dans l'obligation d'assurer au consommateur.

[207] Art. L. 111-1, alinéa 4 du C. consom.

[208] V. parag. 1 de l'article L. 111-2 C. consom.

[209] V. parag. 1 de l'article R111-2 déc. n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation qui emporte nouvelle codification de la partie réglementaire du Code la consommation (ancien art. R111-2 déc. n°2014-1061 du 17 septembre 2014).

géographique de son établissement et, si elle est différente, celle du siège social, son numéro de téléphone et son adresse électronique ».

Les informations spécifiques aux contrats à distance relatives aux coordonnées du professionnel auxquelles fait référence l'alinéa 6 de l'article 221-5 du Code de consommation[210] sont définies par l'article R121-2 du Décret précité.

Ces informations portent en partie sur l'identification du professionnel et contiennent l'obligation de fournir «*1° L'adresse géographique où le professionnel est établi ainsi que son numéro de téléphone, son numéro de télécopieur et son adresse électronique ainsi que, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ; 2° Si elle diffère de l'adresse fournie conformément au 1°, l'adresse géographique du siège commercial du professionnel et, le cas échéant, celle du professionnel pour le compte duquel il agit à laquelle le consommateur peut adresser une éventuelle réclamation* ».

Quant à la preuve de l'obligation précontractuelle d'information, la Cour de cassation avait précisé que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »[211]. Le Code de la consommation a consacré cette jurisprudence et dispose à l'article L.111-5 qu' « *[…] il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations* ». L'article 1112-1, alinéa 4 du Code civil, à la suite de l'article 33 du projet Terré, a étendu le champ aux débiteurs non professionnels en disposant que s' « *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait* », c'est à cette autre partie qu'incombe la charge « *de prouver qu'elle l'a fournie* ».

Outre les informations requises pour l'identification du professionnel, d'autres sont prévues pour déterminer les conditions contractuelles avant la conclusion du contrat électronique.

[210] Art. L 121-17 C. consom (ancien).
[211] Cass. Civ. 25 février 1997, n° 94-19.685, Bull. 1997 I, N° 75, p. 49.

2° Le contenu des informations relatives aux conditions contractuelles

Le rôle de l'information précontractuelle dans les contrats électroniques est important pour rassurer le cybercontractant et notamment le cyberconsommateur et de lui donner envie de contracter par voie électronique.

Dans les contrats à distance ou plus particulièrement les contrats conclus par voie électronique, l'obligation d'information s'articule autour d'un arsenal juridique de plus en plus adapté aux spécificités du contrat électronique et en constante évolution en matière d'information précontractuelle.

Parmi les textes, la Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, la Loi Luc Chatel n° 2008-3 du 3 janvier 2008 dite « *Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* » et la Loi Hamon du 17 mars 2014.

Ces différentes lois, visant toutes à améliorer la confiance du cybercontractant et la fluidité du marché dans l'espace virtuel, ont apporté un renforcement desdites obligations d'information précontractuelles et notamment celles portant sur les conditions contractuelles.

L'article L.111-1 du code de la consommation, tel que modifié par l'article 6 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 dite « *Loi Hamon* » et par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, définit l'obligation précontractuelle d'information commune à la vente de biens et à la prestation de services. Le professionnel devra fournir au consommateur de manière lisible et compréhensible, avant la conclusion du contrat « *1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ; 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ; (….) 5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ; 6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI* ».

D'autres obligations d'information spécifiques aux contrats conclus par voie électronique sont prévues par l'article L.221-5[212] du Code de la consommation. Celui-ci renvoi, dans un premier temps, aux informations prévues L. 111-1 et L. 111-2 et précise que le professionnel est en charge de mettre à la disposition du consommateur, avant la conclusion du contrat de vente ou de fourniture de services, les informations relatives aux caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix du bien ou du service et, si le contrat ne sera pas exécuté immédiatement, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service, et toutes les autres conditions contractuelles permettant d'assurer une information efficace du consommateur sur quoi il sera engagé.

Il ajoute, dans un second temps, une série d'informations qui incombent au professionnel. Il s'agit d'assurer l'information sur l'existence ou non du droit de rétractation et s'il existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit ainsi que le formulaire type de rétractation[213]. Lorsque ce droit ne peut être exercé, « *l'information selon laquelle le consommateur ne bénéficie pas de ce droit ou, le cas échéant*, les circonstances dans lesquelles le consommateur perd son droit de rétractation »[214]. En outre, le professionnel est tenu d'informer sur le coût de renvoi du bien lorsque celui-ci, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste et, le cas échéant, les coûts de l'utilisation de la technique de communication à distance, à l'existence de codes de bonne conduite, et les cautions et garanties, modalités de résiliation, modes de règlement des litiges et d'autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu renvoient au décret en Conseil d'Etat.

Ladite liste est révélée par l'article R 221-2 du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016[215] et contient les informations requises suivantes « *3° Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance pour la conclusion du contrat, lorsque ce coût est calculé sur une base autre que le tarif de base ; 4° L'existence de codes de conduite applicables et, le cas échéant, les modalités pour en obtenir une copie; 5° Le cas échéant, la durée minimale des obligations contractuelles du*

[212] Art. L.121-17, I C. consom. (ancien).
[213] Art. L.221-5, al. 2 C. consom.
[214] Art. L.221-5, al. 5 C. consom.
[215] R121-2, I, al. 1 à 7 du décr. n° 2014-1061 du 17 sept. 2014 (ancien).

consommateur ; 6° Le cas échéant, l'existence d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur à la demande du professionnel ainsi que les conditions y afférentes ».

Par ailleurs, l'article L.221-14[216] du Code de la consommation comporte des dispositions plus spécifiques sur les informations exigées du cyberprofessionnel dans les contrats conclus par voie électronique. Ces informations portant sur les caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat, les moyens de paiement acceptés, les éventuelles restrictions de livraison, l'acceptation expresse par le consommateur de son obligation de paiement[217], sont à la charge du professionnel avant que le consommateur passe sa commande.

La Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a renforcé l'obligation d'information sur les prix pesant sur le cyberprofessionnel. Même en l'absence d'offre de contrat, la personne exerçant une activité de commerce électronique doit indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment préciser si les taxes applicables et les frais de livraison sont inclus. L'article 19 de la loi susvisée indique que « *toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus »*.

En outre, le législateur impose au cyberprofessionnel, conformément au nouvel article 1127-1 du code civil, de mettre à disposition les stipulations contractuelles, lesquelles doivent pouvoir être conservées et reproduites.

---

[216] Art. L121-19-3 C. consom. (ancien), créé par loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V).

[217] L'article L. 221-14 du Code de la consommation dispose que « *le professionnel rappelle au consommateur, avant qu'il ne passe sa commande, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article 221-5.*
Le professionnel veille à ce que le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement. Les sites de commerce en ligne indiquent clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de commande, les moyens de paiement acceptés par le professionnel et les éventuelles restrictions de livraison ».

Ces stipulations contractuelles doivent mentionner les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, les langues proposées pour la conclusion du contrat et, en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé, les moyens électroniques de consulter les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

Certes l'information précontractuelle constitue le premier pilier vers un équilibre contractuel fort recherché en France, notamment avec la naissance des nouvelles technologies d'information, mais il faut dire aussi que la jurisprudence française a tendance à rechercher un lien entre l'information et la décision du consommateur, c'est à dire, si l'omission de ces informations sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen[218].

C'est en ce sens que la Cour de cassation a cassé et annulé la décision rendue par la Cour d'appel de Grenoble le 21 octobre 2010 qui a considéré que « *la société Kelkoo poursuit une pratique trompeuse et déloyale au sens des articles L. 121-1 et L. 120-1 du code de la consommation en omettant de s'identifier comme site publicitaire, de mettre à jour en temps réel les prix, d'indiquer les périodes de validité des offres, d'indiquer les frais de port et/ou d'enlèvement, d'indiquer les conditions de la garantie des produits, de mentionner les caractéristiques principales des produits ou services offerts, et lui enjoint sous astreinte de mettre fin à ces pratiques en s'identifiant comme site publicitaire et en indiquant les éléments manquants* ».

L'arrêt de la Cour de cassation a retenu les dispositions de la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, lesquelles subordonnent expressément la qualification de pratique commerciale trompeuse ou déloyale à la vérification concrète de ce que la pratique contestée « *est susceptible d'altérer de manière substantielle le*

[218] Cass., ch. comm., n° 10-27402 (Cass. partielle), Bull. 2011, IV, n°195.

comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse »[219], et puisse ainsi compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause, en l'amenant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Ici, il ne s'agit pas d'un cumul de la condition d'information préalable à celle d'altération substantielle du comportement économique du consommateur moyen pour qualifier de trompeuse ou déloyale la pratique commerciale de la société Kelkoo. Il s'agit plutôt de prendre en considération les mesures prises par la société Kelkoo pour mettre les informations à la disposition du consommateur, puisque la Cour de cassation a retenu « *que ni l'absence d'indication sur son site Internet de la durée de validité des offres, des frais de ports, des caractéristiques essentielles et des conditions de garantie des produits, ni l'absence de mise à jour instantanée des offres sur ce site, n'était de nature à altérer le consentement de l'utilisateur du site Kelkoo.fr, dès lors qu'un simple « clic » sur un lien hypertexte, préalable obligé pour pouvoir passer commande, lui permettait instantanément de se rendre sur le site commercial du vendeur, de s'assurer de l'actualité de l'offre ayant retenu son attention et de disposer de tous les éléments d'information précontractuelle requis pour se déterminer en connaissance de cause* » [220].

Cette position de la Cour de cassation, ce n'est qu'une transposition de l'article 7 de la directive 2005/29 CE du 11 mai 2005 qui énonce dans l'alinéa 3 que « *lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens* ».

Etant donné que le site Internet de la société Kelkoo « *fournissait aux utilisateurs des liens hypertextes leur permettant instantanément, par un simple « clic », de se rendre sur les sites commerciaux des marchands, de s'assurer de*

[219] Art. 5, parag. 2 sous (b), Directive 2005/29/CE du parlement européen et du conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, dite « *directive sur les pratiques commerciales déloyales* ».
[220] Cass., ch. comm., n° 10-27402 (Cass. partielle), Bull. 2011, IV, n°195.

l'actualité des offres ayant retenu leur attention et de disposer ainsi de tous les éléments d'information précontractuelle requis pour se déterminer en connaissance de cause »[221], il n'était pas question de qualifier la pratique commerciale de ladite société de trompeuse ou déloyale, ni de l'accuser d'avoir omis de fournir des informations précontractuelles aux cyberconsommateurs.

Il reste, néanmoins, à retenir de cette décision de la Cour de cassation que l'obligation d'information précontractuelle est un important concept, un principe de droit qui revêt un poids non négligeable, et dont l'exécution peut se faire par tous les moyens, à la condition que l'information requise soit fournie avant de contracter quoi que ce soit sur internet.

Ce positionnement de la Cour de cassation n'est qu'un renforcement de l'obligation d'information précontractuelle et une harmonisation entre l'objectif recherché par la directive de l'union européenne et la loi nationale en assurant, ainsi, une protection plus élevée au cyberconsommateur et au Contrat électronique.

Cette protection apparaît, à nouveau, au centre des préoccupations du législateur français, au regard du développement des sites Internet, à travers la Loi pour la République numérique du 7 octobre 2016[222]. Celle-ci comporte des obligations d'information à la charge de tout opérateur de plateforme en ligne[223] et les sites Internet qui permettent aux cyberconsommateurs de donner des avis sur les biens vendus ou les services proposés. Ces obligations sont intégrées au premier chapitre du premier Livre du Code de la consommation qui se rapporte à l' « *obligation générale d'information précontractuelle* ».

Ainsi, la loi pour la République numérique prévoit que tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de communiquer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur « *1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de*

[221] Cass., ch. comm., n° 10-27402 (Cass. partielle), Bull. 2011, IV, n°195.
[222] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.
[223] La notion d'opérateur de plateforme numérique a été intégrée dans le Code de la consommation à l'article 111-7, I par l'article 49 (V) de la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique qui dispose que « *est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ».

classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels »[224]. Les sites Internet « *dont l'activité consiste, à titre principal ou accessoire, à collecter, à modérer ou à diffuser des avis en ligne provenant de consommateurs* »[225] sur les biens vendus ou les services proposés sont tenus de délivrer à ces derniers un ensemble d'information visant plus de transparence, notamment sur la publication des avis en ligne[226]. Ils doivent fournir, conformément à l'article 111-7-2 du Code de la consommation « *une information loyale, claire et transparente sur les modalités de publication et de traitement des avis mis en ligne » et de préciser « si ces avis font ou non l'objet d'un contrôle* » et si c'est le cas d' « *indique les caractéristiques principales du contrôle mis en œuvre* ». Ces sites sont tenus d'afficher, en outre, la date de l'avis, ses mises à jour éventuelles et les raisons de non publication d'un avis en justifiant son rejet. Ils leur incombent également de mettre en place un dispositif gratuit permettant aux responsables des produits ou des services faisant l'objet d'un avis en ligne de signaler au site « *un doute sur l'authenticité de cet avis, à condition que ce signalement soit motivé* ». Sans doute, ces obligations d'information reflètent l'importance que peuvent revêtir les avis émis par les consommateurs sur les produits vendus et les services fournis. L'encadrement législatif des activités des sites en charge de la gestion de ces avis contribue à assurer la transparence et encourage tout consommateur d'avertir, par référence à ses propres expériences, d'autres consommateurs sur les biens et services déconseillés. Ces avis constituent, sans conteste, un facteur important dans la prise de décision finale du consommateur qui prend le soin de consulter les avis avant de contracter en ligne.

---

[224] L.111-7, II C. consom.
[225] L. 111-7-2 C. consom.
[226] V. Etude Cahier pratique rédigé par : Inforeg (service d'appui juridique aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de- France), « *Commerce électronique* - . - *L'incontournable obligation d'information* », Cahiers de droit de l'entreprise, Novembre 2016, n° 6. prat. 26.

Par ailleurs, l'article L. 616-1 du Code de la consommation[227] exige de tout professionnel qu'il informe les consommateurs des coordonnées des médiateurs dont il relève et l'article L. 616-2 du même Code[228] impose aux professionnels s'engageant ou tenus de recourir à une ou plusieurs entités de règlement extrajudiciaire de litiges en ligne d'informer les consommateurs des dispositions prises pour mettre en œuvre l'article 14 du Règlement n° 524-2013 du 23 mai 2013 relative au règlement en ligne des litiges de consommation[229]. Le groupe de travail dirigé par Monsieur Emmanuel Constans précisait que « *l'accès à une telle information participe de l'adoption par le consommateur de nouveaux réflexes qui doivent lui permettre de le rendre autonome quant à l'application effective de ses droits* »[230].

De ce qui précède, il y a donc lieu de constater que l'obligation d'information précontractuelle mise à la charge du cyberprofessionnel ne cesse de s'alourdir au point parfois de devenir redondante. L'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique établit la liste des informations que le professionnel exerçant une activité de commerce électronique est tenu de fournir sur son identité, ses coordonnées et son activité. Ces informations, qui n'ont pas fait l'objet de codification particulière, sont cependant pour la plupart imposées par le Code de la consommation à tous les professionnels au sein de l'article L.111-1 du Code de la consommation et aux professionnels qui concluent des contrats à distance dans l'article 221-5 du Code de la consommation. Par ailleurs, à cette redondance s'ajoute un phénomène d'arborescence[231] dans la mesure où le contrat électronique se trouve soumis*, primo*, comme tout contrat aux règles du Code civil sur le droit commun des contrats, *secundo*, comme contrat de consommation aux dispositions générales du Code de la consommation, *tertio*, en tant que contrat à distance aux règles générales du Code de la consommation sur les contrats

[227] Art. L156-1 C. consom. (ancien).
[228] Art. L156-2 C. consom. (ancien).
[229] V. également J.-B. GOUACHE, « *Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, L'ordonnance n° 2015- 15 en quelques lignes* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 37, 10 Septembre 2015, act. 680.
[230] Groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation – Rapport du Président et Recommandations – ss resp. d'E. CONSTANS (Médiateur des ministères économiques et financiers), mai 2014. Accessible en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000374.pdf
[231] J.-M. BRUGUIERE, « *Commerce électronique et protection du consommateur* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Commercial, LexisNexis, 18 Mai 2009, Fasc. 860.

conclus à distance et *quarto*, comme contrat électronique, aux règles spécifiques du Code civil relatives aux contrats conclus par voie électronique. Ce phénomène ne facilitera pas l'appréhension de ces obligations d'information.

2 - Le droit belge sur les obligations d'information précontractuelle

Le législateur belge a mis en place divers mécanismes relatifs à l'obligation d'information précontractuelle. Ces mécanismes se rapportant à l'identité du contractant professionnel (a) et les conditions contractuelles (b) vise à protéger la partie qui contracte en ligne, supposée en position d'infériorité, en lui permettant d'émettre un consentement réfléchi.

a - Obligation d'information contractuelle se rapportant à l'identification du contractant

L'un des mécanismes de protection mobilisés par le législateur belge consiste à renforcer les obligations d'information relatives à l'identité du prestataire d'un service de la société de l'information.

En vertu de l'article XII.6, § 1er, du Code de droit économique belge, tout prestataire d'un service de la société de l'information[232] doit assurer un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service (et pour les autorités compétentes) à certaines informations spécifiques relatives au prestataire d'un service de la société de l'information et à son activité professionnelle, telles que son nom, son adresse géographique d'établissement, les coordonnées permettant d'entrer en contact direct et d'une façon efficace avec lui et notamment de mettre à disposition une adresse électronique. Cette obligation d'information préalable vient s'ajouter à celle qui s'impose au prestataire en vertu du droit commun ou de dispositions particulières.

Des obligations d'information résultent également du Livre VI du Code de droit économique belge qui énumère une longue liste de renseignements qui doivent être fournis au cyberconsommateur avant qu'il ne soit lié par un contrat à

[232] Le service de la société de l'information est défini par l'Art. I.18 du Code de droit économique comme étant « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service* ».

distance. C'est ainsi que l'article VI. 45 § 1er du Chapitre 2 relatif aux « *Contrats à distance* » détermine un ensemble des informations qui doivent être fournies au cyberconsommateur avant le processus de commande.

Ces informations portent, en ce qui concerne l'identité du cybercommerçant, sur « *[…] 2° l'identité de l'entreprise, notamment son numéro d'entreprise, son nom commercial ; 3° l'adresse géographique où l'entreprise est établie ainsi que son numéro de téléphone, son numéro de télécopieur et son adresse électronique, lorsqu'ils sont disponibles, pour permettre au consommateur de la contacter rapidement et de communiquer avec elle efficacement et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité de l'entreprise pour le compte de laquelle elle agit ; 4° si elle diffère de l'adresse fournie conformément au point 3°, l'adresse géographique du siège commercial de l'entreprise et, le cas échéant, celle de l'entreprise pour le compte de laquelle elle agit, à laquelle le consommateur peut adresser une éventuelle réclamation ».*

Selon le même article, ces informations « *font partie intégrante du contrat à distance et ne peuvent être modifiées, à moins que les parties contractantes n'en décident autrement de manière expresse* ».

La charge de la preuve que les obligations d'information préalable à la conclusion du contrat incombent, comme dans toutes les législations précédentes, au professionnel.

L'article VI. 46 § 1er énonce que ces informations sont mises à disposition « *sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée dans un langage clair et compréhensible* ».

Le livre VI du Code de droit économique prévoit une protection similaire visant à identifier le fournisseur pour les contrats à distance portant sur des services financiers[233]. A ce titre, le consommateur d'un service financier à distance doit être clairement informé sur le fournisseur du service financier.

En Belgique, la protection des données à caractère personnel est aussi venue pour renforcer la portée des informations précontractuelles communiquées à

[233] La notion de « *services financiers* » est définie au Livre I art 8, 18 du Code de droit économique comme étant « *tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements* ».

distance. Principalement régie par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, cette loi impose diverses obligations au responsable du traitement[234].

Ces exigences de cette loi doivent être observées lorsque le processus contractuel donne lieu à des traitements de données à caractère personnel soumis à la loi. Elles invitent également à examiner les principes directeurs et les institutions classiques de la théorie générale des contrats sous un autre angle, en ce qu'elles mobilisent ceux-ci dans le contexte particulier de la protection des données, et leur donne ainsi une signification fonctionnellement adaptée au contexte envisagé[235].

b - Informations sur les conditions contractuelles

L'obligation de transparence qui repose sur le prestataire du service de la société de l'information, s'applique également aux prix qui doivent être indiqués de manière claire et non ambiguë et qui doivent préciser notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Au stade précontractuel, il incombe au prestataire de services d'informer le destinataire sur divers éléments parmi lesquels figurent les langues proposées pour la conclusion du contrat ou les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat.

L'article VI. 45, §1er du Code de droit économique sur les « *Contrats à distance* » spécifie les informations générales à fournir au cyberconsommateur avant la passation de la commande. Ces informations portent sur : « *1° les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné ; [...] 5° le prix total des biens ou services toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul du prix et, le cas échéant, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels ou,*

[234] Il s'agit de l'information de la personne concernée, déclaration auprès de la Commission de protection de la vie privée, exigence d'un motif de licéité du traitement, tel que le consentement de la personne concernée ou le respect d'une obligation légale ou réglementaire, interdiction du traitement de certaines données sensibles, etc.
[235] H. JACQUEMIN, R. STEENNO, « *Contrat et Immatériel : rapport pour la Belgique* », le 30 Déc. 2013. Disponible en ligne : http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Belgique_1.pdf

lorsque de tels frais supplémentaires ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention qu'ils peuvent être exigibles. Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat assorti d'un abonnement, le prix total inclut le total des frais par période de facturation. Lorsque de tels contrats sont facturés à un tarif fixe, le prix total inclut également le total des coûts mensuels. Lorsque le coût total ne peut être raisonnablement calculé à l'avance, le mode de calcul du prix est communiqué; 6° le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance pour la conclusion du contrat, lorsque ce coût est calculé sur une base autre que le tarif de base; 7° les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle l'entreprise s'engage à livrer les biens ou à exécuter les services et, le cas échéant, les modalités prévues par l'entreprise pour le traitement des réclamations; 8° lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit [...] ; 9° le cas échéant, le fait que le consommateur devra supporter les frais de renvoi du bien en cas de rétractation et si le bien, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste, le coût de renvoi du bien; 10° au cas où le consommateur exercerait le droit de rétractation après avoir présenté une demande conformément à l'article VI.46, § 8, l'information selon laquelle le consommateur est tenu de payer des frais raisonnables à l'entreprise [...] ; 11° lorsque le droit de rétractation n'est pas prévu conformément à l'article VI.53, l'information selon laquelle le consommateur ne bénéficiera pas de ce droit ou, le cas échéant, les circonstances dans lesquelles le consommateur perd son droit de rétractation ; 12° un rappel de l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens ; 13° le cas échéant, l'existence d'une assistance après-vente au consommateur, d'un service après-vente et de garanties commerciales, ainsi que les conditions y afférentes ; 14° le cas échéant, l'existence de codes de conduite applicables et comment en obtenir une copie ; 15° la durée du contrat, le cas échéant, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat ; 16° le cas échéant, la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat ; 17° le cas échéant, l'existence d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur à la demande de l'entreprise, ainsi que les conditions y afférentes ; 18° le cas échéant, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ; 19° le cas échéant, toute

interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ; 20° le cas échéant, la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de réclamation et de réparation à laquelle l'entreprise est soumise et les modalités d'accès à celle-ci ».

L'article VI. 46, § 1er, par référence à l'article VI. 45, § 1er du Code de droit économique, apporte une précision lorsque le contrat à distance devant être conclu par voie électronique oblige le cyberconsommateur à payer. Dans ce cas précis, le cyberprofessionnel est tenu de communiquer à ce dernier d'une manière claire et apparente et avant que ce dernier ne passe sa commande les informations énumérées à l'article VI. 45, § 1er et qui sont prévues spécialement au points 1°, 5°, 15° et 16°. A moins pour remplacer l'expression « *sous une forme claire et compréhensible* » de l'article VI. 45, § 1er du code précité par « *d'une manière claire et apparente* » de VI. 46 § 1er, on peut se demander l'utilité de cette précision dans la mesure où les dispositions de l'article VI. 45, § 1er s'appliquent également aux contrats par voie électronique qui constituent une forme du contrat à distance.

L'alinéa 2 de l'article VI. 46, § 1er du Code de droit économique impose, en outre, à toute entreprise de veiller « *à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible "commande avec obligation de paiement" ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande* ».

Il ajoute que « *les sites de commerce en ligne indiquent clairement et lisiblement, au plus tard lors du début du processus de commande, si des restrictions de livraison s'appliquent et quels moyens de paiement sont acceptés. Si le contrat est conclu selon une technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, l'entreprise fournit, sur la technique en question et avant la conclusion du contrat, au minimum les informations précontractuelles concernant les principales*

caractéristiques des biens ou des services, l'identité de l'entreprise, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat, [...]. L'entreprise fournit au consommateur les autres informations visées à l'article VI. 45, § 1er, sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1er du présent article ». L'article XII.6 du Code de droit économique précise que les prix mentionnés par les services de la société de l'information doivent être indiqués de manière claire et non ambiguë et qu'ils doivent mentionner notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

Le livre VI du Code de droit économique prévoit une protection similaire sur l'information préalable pour les contrats à distance portant sur des services financiers et impose au fournisseur d'un service financier de communiquer au consommateur d'un service financier à distance les caractéristiques et le prix de ce service, la possibilité ou non de disposer d'un droit de rétractation et les éventuels moyens de recours extrajudiciaires[236].

Dans le cas d'une communication téléphonique, une diffusion d'informations plus limitée est possible, à condition que le consommateur marque expressément son accord à ce propos.

Dans tous les cas, le consommateur doit recevoir, outre les informations ci-dessus, toutes les conditions contractuelles avant qu'il soit lié par un contrat à distance ou par une offre[237]. Il convient en outre et dans ce cadre de relever qu'il incombe au fournisseur des services financiers de prouver que l'obligation d'information a été respectée[238].

Il y a lieu de souligner que l'article XII.7 du Code de droit économique apporte, de son côté, des exigences à tout prestataire de services de la société de l'information, avant que le destinataire de ce service ne passe commande par voie électronique. Ces prestataires sont tenus de communiquer de façon claire, compréhensible et non équivoque, au moins, les informations sur les langues proposées pour la conclusion du contrat, sur les différentes étapes techniques à suivre nécessaire à la conclusion du contrat, sur les moyens techniques pour

[236] V. livre VI, art. 55, C. de droit économique.
[237] V. livre VI, art. 57, C. de droit économique.
[238] V. livre VI, art. 62, C. de droit économique.

identifier et corriger les erreurs et, enfin, sur l'archivage ou non du contrat et sur la façon d'y accéder ou non.

Pour un accès facile, direct et permanent à ces informations, les travaux préparatoires de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information[239] suggéraient au prestataire de placer en bas de chacune des pages du site Web un hypertexte vers une page contenant ces informations[240]. C'est un moyen simple à mettre en place par le prestataire, mais les sites web ne sont pas les seuls concernés par ce dispositif. Les voies électroniques par lesquelles un service de la société de l'information peut être fourni sont variées et ne se prêtent pas toujours à une information correcte du destinataire.

Si on peut relever que le législateur belge, comme son analogue français, a pris le soin de mettre à la charge du professionnel, contractant en ligne, un certain nombre d'obligations d'informations précontractuelles en vue de permettre au consommateur de consentir par voie électronique en pleine connaissance de cause, il convient de s'interroger si de telles informations sont prévues en dehors de l'Union européenne.

II - Les perspectives du devoir d'information précontractuelle en droit comparé

Le contrat électronique a supprimé les frontières internationales en imposant de nouvelles approches et une nouvelle façon de communiquer et de contracter. Ce développement a exigé une réforme du cadre juridique qui régit les relations contractuelles, une raison pour laquelle des grandes institutions à travers le monde, comme la CNUDCI et l'Union européenne, se sont mobilisées pour élaborer des textes opérant une reconnaissance générale de l'échange électronique des actes juridiques, de la signature électronique et, en tout, la conclusion du contrat par voie

[239] Loi abrogée au 31 mai 2014 par la Loi du 15 écembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit *de l'économie électronique* » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, publiée au Moniteur belge le 14 janvier 2014, n° 2013011667, p. 1524.

[240] E. MONTERO, M. DEMOULIN, C. LAZARO, « Analyse *de la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information* », Journal des tribunaux 123ème année - n° 6125 du 31 janvier 2004, Ed. Larcier, Juin 2003.

électronique. Cette reconnaissance était un préalable nécessaire à la mise en place d'un régime spécifique de l'obligation précontractuelle d'information qui vise à fournir à la partie qui souhaite passer une transaction par voie électronique, le droit d'être informée pour pouvoir mesurer les conséquences de ses décisions avant de s'engager. Si une partie au contrat électronique n'obtient pas les avantages espérés du contrat, c'est généralement parce qu'il a conclu en méconnaissance de ses principaux éléments et de leurs effets.

Parallèlement, avant ou après, des lois nationales des Etats tiers à l'Union européenne ont vu le jour procédant à mettre en place un cadre légal de l'information précontractuelle.

Conscient de l'importance du commerce électronique dans le développement économique du pays, le Royaume du Maroc a introduit un système légal réglementant l'échange en matière électronique. Ce système ne date que du 30 novembre 2007, date de la promulgation de la loi n°53-05 relative à l'échange électronique de données juridique. Une nouvelle loi édictant les mesures de protection du consommateur est adoptée également en 2011, laquelle s'est alignée à la réalité du commerce électronique au Maroc en encadrant les contrats conclus à distance.

Mais, contrairement au Maroc, aucune disposition spécifique au commerce électronique n'est adoptée en Suisse. Le droit Suisse n'est certainement pas le plus protecteur pour les cyberconsommateurs, malgré les efforts introduits par les récentes dispositions de la loi fédérale contre la concurrence déloyale se rapportant à l'obligation d'insertion de mentions légales. Le droit marocain, dans ce cadre, avec ses modestes dispositions en la matière mérite d'être salué par rapport à son homologue Suisse (A).

Sur le continent américain, le cadre juridique avance au rythme du commerce électronique. Le droit canadien ne cesse d'adopter son système législatif aux nouvelles technologies en accordant un cadre particulier à l'obligation précontractuelle d'information. Les Etats-Unis, de son côté, avancent vers la consolidation de cette obligation, mais toujours avec des démarches prudentes (B).

A - L'état de la question en droits marocain et suisse

Sur les cent quatre-vingt-dix-huit pays recensés par le site internetlivestats.com, le Maroc est classé le vingt-septième pays le plus connecté au monde. Il est ainsi premier au Maghreb, deuxième juste après l'Egypte dans le monde arabe, et quatrième pays le plus connecté dans le continent. Le podium continental se compose du Nigéria (huitième), de l'Egypte (quatorzième) et de l'Afrique du Sud (vingt quatrième)[241].

Conscient, donc, qu'Internet est un outil indispensable au quotidien, dans le souci de disposer de moyens juridiques permettant de faire face aux difficultés pouvant être soulevées par l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, pour répondre aux pressions internationales des investisseurs étrangers souhaitant un cadre légal et précis aux nombreuses transactions dans l'espace virtuel qu'ils souhaitent effectuer au Maroc, le législateur marocain a adopté la loi n° 53-05 sur l'échange électronique de données juridiques, promulguée par le Dahir du 30 novembre 2007[242] qui reprend, à cet effet, les principes généraux de la loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques de 2001, ainsi que ceux de la directive n° 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

C'est ainsi que le Dahir des Obligations et des Contrats (D.O.C) du 12 août 1913 a été amendé par l'introduction de nouveaux articles dont certaines portent sur la reconnaissance de la voie électronique comme moyen de communiquer des informations sur l'identité des personnes, sur les biens et les services.

La loi n° 53-05 reconnaît la possibilité d'émettre des offres au public par voie électronique ou de mettre à leur disposition des informations sur des biens et services en vue de la conclusion d'un contrat. De même, les informations nécessaires à la conclusion d'un contrat ou à son exécution peuvent être transmises par voie électronique si ce mode de transmission est accepté. Le formulaire électronique est également reconnu. En outre, une nouvelle loi édictant les mesures de protection du consommateur est adoptée le 7 avril 2011, laquelle

[241] R. BENSAOUD, « *Le Maroc, 27ème pays le plus connecté au monde* », article publié le 09/10/2014, en ligne : http://www.quid.ma/societe/maroc-27eme-pays-connecte-au-monde/
[242] BO n° 5584.

s'est alignée à la réalité du commerce électronique au Maroc en réglementant les contrats conclus à distance, auxquels elle consacre le deuxième chapitre du titre quatre qui impose aux professionnels un certain nombre d'obligations.

Ce retard législatif est injustifié au regard de la spécificité du marché marocain essentiellement orienté vers le commerce électronique[243]. Toutefois, ces efforts législatifs marocains méritent d'être salués, en comparaison à l'état législatif actuel en suisse.

Contrairement au Maroc et à l'Union européenne, la Suisse ne possède aucune loi spécifique au commerce électronique, hormis la loi fédérale contre la concurrence déloyale, première loi en Suisse à mentionner explicitement le commerce électronique, entrée en vigueur le 1er avril 2012. Des règles du Code des obligations Suisse applicables aux contrats de vente traditionnelle sont donc également applicables au contrat de commerce électronique. Cette réforme législative qui a introduit une obligation générale d'insertion de mentions légales pour le commerce électronique se fonde sur les dispositions de la directive européenne sur le commerce électronique, mais n'en reprend que certaines parties.

De ce qui précède, il convient de mettre la lumière sur les législations des deux pays, en se focalisant sur le contenu du devoir d'information précontractuelle en droit marocain (1) et en droit suisse (2).

1 - L'obligation précontractuelle d'information en droit marocain

Avec le développement du marché commercial virtuel, le consommateur marocain est devenu de plus en plus confronter à des offres d'achat sur le réseau électronique. La protection du cyber consommateur est devenue une priorité absolue dans l'espace virtuel, d'autant plus que la confiance aux commerces électroniques et au contrat conclu par voie électronique se trouvaient au cœur des débats juridiques au Maroc.

[243] Le Maroc est classé 75ème sur les 130 pays de l'Indice du commerce électronique B2C établi par la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) en vue de mesurer la capacité des pays à faciliter les achats électroniques des consommateurs. V. art. dispo. en ligne : http://www.egov.ma/fr/communiques/le-commerce-%C3%A9lectronique-le-vent-en-poupe-au-maroc

C’est dans ce contexte que le législateur marocain a mis à la charge du professionnel une obligation d’information précontractuelle se rapportant à l’identité (a) et à l’offre de contracter par voie électronique (b).

a - Les obligations d’information relatives à l’identité du cybercommerçant

La loi 31-08 édictant les mesures de protection du consommateur, adopté le 7 avril 2011, s’est alignée à la réalité des nouvelles pratiques commerciales en réglementant les contrats conclus à distance, auxquels elle consacre tout un chapitre qui impose aux fournisseurs un certain nombre d’obligations. Il s’agit du deuxième chapitre du titre quatre de ladite loi.

L’article 29 du Chapitre 2 relatif aux contrats conclus à distance exige un certain nombre des informations qui incombent à la charge du cybercommerçant et portent sur le nom et la dénomination sociale du fournisseur, ses coordonnées téléphoniques qui permettent de communiquer effectivement avec lui, son adresse et s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, s’il s’agit d’une personne autre que le fournisseur, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre.

Au même titre, l’article 29 de la loi 31-08 impose au cybercommerçant de faire apparaître son numéro d’identité fiscale lorsque ce dernier est assujetti à la taxe sur la valeur ajoutée. Ce même article prévoit pour le cybercommerçant qui exerce une activité soumise au régime de la licence, de faire apparaître la licence, le numéro de licence et l’autorité qui l’a délivrée. Dans l’hypothèse où le cyber commerçant appartient à une profession réglementée, il est tenu de fournir la référence des règles professionnelles applicables, sa qualité, professionnelle, le pays où il a obtenu cette qualité, ainsi que le nom de l’ordre ou l’organisation professionnelle où il est inscrit.

Selon le même article, « *ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée* ».

Le droit marocain de la consommation combine une approche préventive et une approche curative. La première approche s’avère nécessaire à créer un

équilibre contractuel, fort recherché dans les contrats électroniques, et consiste en l'obligation d'information préalable du cyberconsommateur et impose le contenu du contrat. La seconde approche permet d'organiser des recours en justice afin d'ordonner, par le juge, la réparation d'un dommage causé au cyberconsommateur du fait du manquement à l'obligation d'information préalable[244].

C'est ainsi que le cybercommerçant se verra, en cas de non-respect des obligations prévues à l'article 29 de la loi précitée, contraint de verser une amende allant de 1200 à 10 000 dirhams. En cas de récidive cette amende est portée au double[245].

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication sont en plein essor au Maroc et imposent au droit de suivre l'évolution en élaborant un cadre juridique adéquat afin de faire face aux nouvelles problématiques juridiques[246]. Dans ce contexte, le Maroc s'est doté de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel[247], promulguée par le Dahir n° 1-09-15 du 18 février 2009 puis publié au Bulletin Officiel n° 5714 du 05 mars 2009.

L'esprit de cette loi se lit dès le premier article qui dispose « *l'informatique est au service du citoyen et évolue dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit pas porter atteinte à l'identité, aux droits et aux libertés collectives ou individuelles de l'Homme. Elle ne doit pas constituer un moyen de divulguer des secrets de la vie privée des citoyens* ».

Cette loi s'est inspirée des Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à

---

[244] A. LFERKLI, « *L'équilibre contractuel vu à travers le droit de la consommation »,* Revue marocaine d'administration locale et de développement, N. 115, Ed. REMALD 2014, p. 143.

[245] L'Article 177 de la loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur dispose que « *les infractions aux dispositions des articles 29, 30 et 32 sont punies d'une amende de 1200 à 10.000 dirhams. En cas de récidive, l'amende est portée au double. Est en état de récidive l'auteur qui commet l'infraction dans les cinq ans suivant une condamnation ayant la force de chose jugée pour des faits similaires* ».

[246] S. BENCHEKROUN, « *La loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel* », Paru le 05.06.2012. En ligne : http://www.cabinetbassamat.com/actualite-sv.0.html?&tx_ttnews[pointer]=1&tx_ttnews[tt_news]=977&tx_ttnews[backPid]=17&cHash=ec41fb3bab.

[247] Les données à caractère personnel sont définies par l'article premier de la loi 09-08 comme étant « *toute information, de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image, concernant une personne physique identifiée ou identifiable dénommée par la loi « personne concernée* » ». Cette loi s'applique aux données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie mais également aux données traitées permettant d'identifier une personne dans des fichiers manuels (Art. 2 de la loi op.cit.).

l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ainsi que de la Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Une personne est identifiable par son nom, son prénom, son adresse, son numéro de carte nationale, sa photographie, son courriel, son empreinte digitale, son relevé d'identité bancaire, en somme par toute information qui constitue une donnée à caractère personnel. Le traitement de ses données peut constituer un danger pour les citoyens lorsque leurs données personnelles sont divulguées à une tierce personne, et afin de protéger les citoyens la loi 09-08 est entrée en vigueur et a mis en place un cadre juridique réglementant la matière.

L'objectif recherché par cette loi consiste, donc, au développement de la confiance, en exigeant au cybercommerçant la protection des renseignements à caractère personnel dans le cadre d'une relation commerciale souvent éloignée et ponctuelle.

Dès lors, le cybercommerçant est tenu, en vertu de cette loi, d'expliquer ses engagements en matière de renseignements personnels, ainsi que la manière dont il entend garantir la confidentialité des données qu'il détient et ce, avant même la collecte de ces informations, soit bien évidement, avant la conclusion du contrat par la voie électronique.

Afin de contrôler ce type de données, le décret n° 2-09-165 du 21 mai 2009 pris pour l'application de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel, publié au Bulletin Officiel n° 5744 du 18 juin 2009, est venu mettre en place la Commission Nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel (CNDP)[248] qui veille permanence au respect de ces obligations d'ordre légal.

[248] M.-E.-A. EL HAMMOUMI IDRISSI « *Les contraintes et les opportunités juridiques liées au développement des réseaux de distribution électronique au Maroc* », publié le 2 novembre 2010. En ligne : http://www.jurilexblog.com/les-contraintes-et-les-opportunites-juridiques-liees-au-developpement-des-reseaux-de-distribution-electronique-au-maroc-3-262806

b - Les obligations d'information relatives à l'offre

Le contenu des contrats électroniques est généralement un ensemble des documents standardisés, unilatéralement établis par les professionnels et soumis à l'adhésion des consommateurs, sans qu'aucune modification ne leur soit permise[249].

Dans le but de minimiser l'impact négatif d'adhésion imposée au contenu de ces contrats, le législateur met à la charge de cybercommerçant l'obligation de mettre à la disposition du cyberconsommateur un certain nombre d'information précontractuelle lui permettant de constituer une idée claire sur le contrat qu'il sera amené à contracter sur l'espace virtuel.

Les informations relatives aux principales caractéristiques des produits, biens ou services objets de l'offre constituent les premiers éléments qui doivent apparaitre. La durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci, ainsi que les délais et frais de livraison sont également des informations que le législateur a jugées obligatoires pour que le cyberconsommateur puisse faire son choix en connaissance de cause.

A cet effet, l'article 3 de la loi 31-08 a édicté les informations que le cybercommerçant est tenu de fournir au cyberconsommateur, et « *par tout moyen approprié* ». Il s'agit de toutes « *les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, et les renseignements susceptibles de permettre au cyberconsommateur de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens* »[250].

Ledit article impose « *notamment par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix des produits et biens et tarifs des services, et lui fournir le mode d'emploi et le manuel d'utilisation, la durée de garantie et ses conditions ainsi que les conditions particulières de la vente ou de la réalisation de la prestation, et le cas échéant, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle* ».

---

[249] A. LFERKLI, « *L'équilibre contractuel vu à travers le droit de la consommation* », Revue marocaine d'administration locale et de développement, n° 115, Ed. REMALD 2014, p. 141.
[250] Art. 3, Loi 31-08 édictant les mesures de protection des consommateurs.

En outre, les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, la durée de la validité de l'offre et du prix ou tarif de celle-ci, le coût de la technique de communication à distance utilisée doivent apparaître de façon claire et précise[251].

L'existence du droit de rétractation prévu par l'article 36 et les éventuelles exclusions de ce droit de rétractation sont également des informations obligatoires.

L'article 30 de la loi 31-08 impose, aussi, au cybercommerçant de permettre au consommateur d'accéder facilement aux conditions contractuelles applicables à la fourniture des produits et biens ou à la prestation de services à distance. Ce dernier doit, en effet, permettre cet accès soit sur la page d'accueil du site électronique, soit sur un support de communication comportant une offre du cybercommerçant afin que le cyberconsommateur accepte l'offre en toute connaissance de cause[252].

Par ailleurs, le décret n° 2-12-503[253] promulgué le 11 septembre 2013 pris pour l'application de certaines dispositions de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

Ce nouveau texte vise à préciser les modalités d'application de la loi 31-08 notamment en matière d'information du consommateur et de la constatation des infractions. Il a fixé les modalités d'information du consommateur par le fournisseur sur les prix des biens ou des produits ou tarifs des services. Dans la section I, II, III et VI du premier chapitre du Titre II, on trouve les indications à respecter concernant les prix des biens ou les produits vendus au détail, ainsi que les tarifs des services.

Comme on peut le relever, le législateur a accordé, dans la définition du contenu de l'obligation d'information, une place importance à la phase

---

[251] Art. 29 de la loi op.cit.

[252] S. BENCHEKROUN, « *Les Obligations du cyber commerçant à la lumière des dispositions de la loi 31-08 édictant les mesures de protection des consommateurs* », Publié le 05.06.2012. en ligne : http://www.cabinetbassamat.com/actualite-sv.0.html?&tx_ttnews[pointer]=1&tx_ttnews[tt_news]=976&tx_ttnews[backPid]=17&cHash=27d144d51b

[253] Le nouveau décret est publié au Bulletin Officiel n° 6192 du 03 Octobre 2013 en version arabe et au B.O n° 6192 dans l'édition de traduction officielle. Ses dispositions du chapitre I, II, III et IV du titre II relatives à l'information du consommateur n'est intervenues qu'au mois d'avril 2014, soit six mois de sa publication au bulletin officiel, le reste des dispositions est subordonné à la date d'effet des arrêtés nécessaires à l'application du nouveau décret.

précontractuelle, tant pour les contrats à distance que dans le cadre de l'obligation générale d'information. Mais, comme nous allons examiner ci-dessous, l'exécution de cette obligation est de nature à générer des difficultés.

2 - La faible valeur ajoutée du droit suisse aux l'obligation précontractuelle d'information

Le commerce électronique est régi, en Suisse, essentiellement par la nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) de 2012 et l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP). Par ailleurs, les dispositions du Code suisse des obligations (CO), valables pour les contrats de vente traditionnels, s'appliquent.

La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale est intervenue suite à une conscience des autorités suisses que la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 était insuffisamment efficace pour lutter contre des pratiques trompeuses ou abusives, en intégrant dans le nouveau texte des dispositions propres au commerce électronique[254]. Il convient de relever, cependant, que cette nouvelle réglementation ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par l'échange de courriers électroniques ou de moyens de communications équivalentes individuelles[255].

Une des nouvelles dispositions de cette loi concerne l'article 3, *littera* s. Une comparaison avec l'avant-projet du Conseil fédéral sur le commerce électronique de 2001[256], abandonné en 2005, permet de constater qu'il s'agit d'une reprise partielle de ce projet et d'une transposition autonome et partielle de l'article 10 de la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000.

Afin d'appréhender le régime spécial du droit suisse relatif aux informations requises dans le cadre du commerce électronique, nous nous référons aux apports de l'article 3 de la loi contre la concurrence déloyale et de l'ordonnance sur

[254] J. JEHL, « *Suisse : entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la concurrence déloyale* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 15, 9 Avril 2012, 458.
[255] Art. 3 de la Loi fédérale suisse contre la concurrence déloyale.
[256] V. Projet de la loi fédérale sur le commerce électronique (révisions partielles du Code des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), janvier 2001, disponible en ligne : https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/e-geschaeftsverkehr/vn-ve-f.pdf

l'indication des prix (a). Toutefois, les dispositions actuelles sont loin de combler les lacunes du cadre légal du commerce électronique en Suisse (b).

a - Les informations requises

La loi fédérale contre la concurrence déloyale définit à l'article 3, al. 1, *littera* s les informations devant obligatoirement être fournies par celui qui « *propose des marchandises, des œuvres ou des prestations au moyen du commerce électronique* ».

Tout d'abord, ces fournisseurs sont tenus d' « *indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact, y compris pour le courrier électronique* ». Cette obligation permet au cyberconsommateur de localiser son cocontractant par une adresse physique, comme par une adresse électronique. Elle permet également d'obtenir l'identité de celui qui contracte en ligne au moyen du commerce électronique. En effet, cette localisation permettra au moins de pouvoir recouvrer les montants prépayés en cas d'un manque de livraison ou de résiliation du contrat en raison d'un produit défectueux.

Ensuite, le fournisseur est tenu d' « *indiquer les différentes étapes techniques conduisant à la conclusion d'un contrat* », et de « *fournir les outils techniques appropriés permettant de détecter et de corriger les erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande* ». Sa teneur est identique à l'article 10, alinéa 1, a de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique[257].

Cette information doit permettre au consommateur de déterminer clairement, durant le processus de commande, à quelle étape de la commande il se situe, notamment, sur le moment de conclusion définitive du contrat, s'il est obligé à payer le prix ou s'il peut encore mettre fin, sans risque, au processus de commande. Certes, le moment de l'engagement figure, d'une manière générale, dans les conditions générales de vente en ligne, mais il est serait plus claire et accessible au consommateur de clarifier directement sur les pages qui s'affichent, le processus

[257] L'article 10, al. 1, a, dispose que « *1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande : a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat* ».

lors de la commande et combiner ce fait avec la possibilité de détecter et de corriger les erreurs de saisie.

En plus, la correction des erreurs de saisie n'est possible que si le consommateur est en mesure de voir un récapitulatif de sa commande avec de boutons permettant de revenir en arrière. Même si le texte reste muet sur un récapitulatif possible à la fin du processus et avant la confirmation de la commande, il semble légitime et répond aux exigences liées à la détection et correction des erreurs le fait de pouvoir contrôler du contrat qui n'est possible que si le consommateur puisse visualiser les détails de la commande, en particulier la quantité et le type de produit, le prix total de la commande et ses coordonnées de facturation et de livraison.

Enfin, il incombe au fournisseur de « *confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique* ». Il s'agit là d'une information requise du professionnel permettant au consommateur d'obtenir un justificatif de la confirmation de sa commande et qu'il a été pris en charge par son contractant. Toutefois, ni le contenu ni les effets de cette confirmation ne sont identifiés par l'article 3, *littera* s. de la loi contre la concurrence déloyale. Nous avons tendance à dire que cette confirmation est d'abord un récapitulatif définitif de la commande incluant les principaux éléments du contrat, mais qui prête à confusion si nous interrogeons sur ses effets pour les parties. Est-ce qu'il s'agit simplement d'un accusé de réception de la commande ou bien d'une confirmation de son acceptation ?

La réponse à cette question ne trouvera pas refuge dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale dont l'objectif est de réprimer avant tout la concurrence déloyale, chose qu'on peut relever même du titre de l'article 3 de cette loi, intitulé : « *Méthodes déloyales de publicité et de vente et autres comportements illicites* ». La loi contre la concurrence déloyale n'est pas l'endroit approprié pour une telle question d'ordre contractuel qui devrait trouver sa place dans le Code des obligations Suisse, lequel, en référence à ses dispositions, l'article 6 précise que « *lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable* ». En

appliquant cette règle à la confirmation de la commande par le fournisseur, il semble cohérent de qualifier la confirmation de la commande à une acceptation, si cela n'a pas été refusée « *dans un délai convenable* ».

Une autre lecture peut être accordée à ces articles tenant compte de la réalité de l'internet. En effet, c'est le professionnel qui propose ses produits et services sur le site de commerce électronique et l'offre émane de lui et non de l'internaute. Ce dernier, s'il est intéressé par les produits et services offerts, ne fait qu'accepter l'offre du professionnel sans avoir la moindre possibilité de la négocier et de la modifier. Cette logique dans le processus de la commande mène à une conclusion que la confirmation qui intervient en fin de ce processus n'est qu'un accusé de réception de la commande et, par ordre de conséquence, l'information requise du professionnel se limite à accuser réception de la commande du consommateur.

Outre les informations requises mentionnées plus haut, l'ordonnance sur l'indication des prix règle la forme sous laquelle les prix doivent être indiqués et tout ce qu'un prix doit inclure. Cette ordonnance s'applique aux offres d'achat et aux offres assimilables à un achat qui sont faites à des consommateurs et non aux offres *B to B*.

b - Les lacunes du cadre légal

Certes l'article 3, *littera* s. de la loi fédérale contre la concurrence déloyale améliore la transparence du processus de formation du contrat et protège le cyberconsommateur contre le risque des erreurs lors de la commande, mais il ne garantit pas à ce dernier de disposer les informations essentielles pour contracter en connaissance de cause.

Contrairement à l'article 6, alinéa 1, e). de la Directive n° 2011/83/UE qui tient compte de la nécessité d'avertir les consommateurs, avant qu'ils soient liés par un contrat, du prix total des biens ou services et lorsque le prix ne peut pas être raisonnablement calculé à l'avance, le mode de calcul du prix ainsi que tous les frais supplémentaires et éventuels ou à défaut la mention qu'ils peuvent être exigibles, l'article 3 *littera* s. est muet à ce sujet. Quant à l'ordonnance sur

l'indication des prix, il indique dans l'article 3, alinéa 1 que « *le prix à payer effectivement pour les marchandises offertes au consommateur doit être indiqué en francs suisses (prix de détail)* » et ajoute dans l'article 4, alinéa 1 que « *les taxes publiques, les redevances de droits d'auteur, les contributions anticipées à l'élimination et les suppléments non optionnels de tous genres, reportés sur le prix de détail, doivent être inclus dans ce prix* ». En effet, il y a bien une nuance entre l'indication du prix avec ses accessoires (taxes, frais de dédouanement, etc.) et l'obligation d'inclure ces éléments dans le prix. Un cybercommerçant peut afficher des prix de produit avec la mention que ce prix inclura d'autres frais exigibles. Du moment que le texte n'impose pas clairement l'obligation d'apporter les informations sur le prix de manière claire et lisible avant que le consommateur ne soit lié par un contrat, le cybercommerçant ne reste lié que des exigences tenant aux éléments à inclure dans le prix de vente, lesquels peuvent être communiqués à la phase finale de conclusion du contrat en ligne et non au début de la transaction.

En outre, il semble que ces exigences d'affichage du prix en francs suisse avec les frais et taxes en sus, ne couvrent que le seul consommateur agissant dans le cadre du territoire suisse. Un e-commerçant domicilié à l'étranger n'est pas tenu par un affichage d'un prix incluant les taxes et les frais supplémentaires suisse, d'où l'intérêt d'exiger une information à l'avance destinée aux consommateurs sur les éventuels frais supplémentaires.

Par ailleurs, il semble qu'aucune exigence d'information n'a été prévue sur les modalités de l'exécution du contrat. Si la directive 2011/83/UE accorde un droit au consommateur à des informations sur les modalités de paiement, de livraison et d'exécution[258], aucune obligation similaire n'existe en droit Suisse, alors qu'il s'agit d'informations essentielles pour le cyberconsommateur.

Comme pour les modalités d'exécution du contrat, le législateur suisse n'a accordé aucun droit à l'information préalable sur la garantie légale de conformité, comme c'est le cas en droit européen[259]. Cette information a un intérêt majeur depuis la modification de l'article 210 du Code des obligations suisse qui régit la prescription applicable pour garantie des défauts de la chose. Cette révision du

[258] Art. 6, al. 1, g), Direc. 2011/83/UE.
[259] Art. 6, al. 1, l), Direc. 2011/83/UE.

Code, entrée en vigueur le 1er janvier 2013, prévoit un délai de deux ans obligatoire pour la garantie des défauts de la chose vendue, dans l'objectif d'améliorer ainsi la protection des consommateurs. Toutefois, ces nouvelles dispositions étant de droit dispositif, les parties peuvent y déroger notamment par des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, ce qui démontre l'importance d'informer sur l'existence ou non de cette garantie pour éclairer le consommateur et lui permettre de mesurer les conséquences découlant de son engagement contractuel.

L'information sur les risques de perte et de détérioration pendant le transport fait également défaut. Eu égard aux dispositions de l'article 185 du Code des obligations Suisse *« les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières* ». Ce sont ces stipulations particulières qui intéressent un consommateur ayant conclu un contrat de vente à distance, car le risque d'une perte ou de détérioration est transféré à ce dernier même si le professionnel a pris en charge le transport. Une telle information permettra de décider, selon les circonstances entourant la livraison de la chose vendue, si un achat en ligne avec les responsabilités consécutives qui peuvent être encourues par le consommateur, constitueraient ou non une difficulté pour se lancer dans le processus de confirmation de la commande.

Il serait souhaitable que la Suisse s'aligne sur les dispositions de l'article 20 de la Directive n° 2011/83/UE qui pose le principe selon lequel « *pour ce qui est des contrats prévoyant que le professionnel expédie les biens au consommateur, le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur et autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens* ». Le transfert du risque du transport au professionnel est une solution appropriée ; elle correspond aux attentes légitimes des consommateurs, notamment, ceux qui contractent par voie électronique.

Une autre information qui est absente de la liste des informations requises en droit suisse, est celle relative au droit de rétractation. Cela s'explique par l'absence même de ce droit dans le droit suisse qui ne prévoit, pour le commerce

électronique, aucun délai de rétractation une fois que la commande est passée. Le professionnel peut prévoir de clause particulière, mais il n'en est nullement obligé.

Le Code des obligations prévoit de tel droit ainsi qu'une obligation d'informer par écrit l'acheteur de son droit de révocation, de sa forme et du délai à observer pour le faire valoir, mais ces dispositions sont prévues en cas de démarchage à domicile ou de contrats semblables traités par les articles 40 et suivants du Code des obligations. En effet, suite au rejet du droit de révocation des achats sur Internet, le Conseil des Etats a tacitement adopté dans ses délibérations du 5 mars 2015 une version simplifiée du projet de loi issu de l'initiative parlementaire (06.441) visant à inscrire dans le Code des obligations un droit de révocation applicable à tous les contrats conclus à distance.

En pratique, des efforts remarquables sont menés par certaines entreprises et associations pour gérer ce manque. Le Code de déontologie de l'Association suisse de vente à distance, par exemple, prévoit un droit de retour de dix jours qui engage les membres de cette associations[260]. Par ailleurs, certains sites de commerce électronique intègrent dans leurs conditions de vente, un droit de retour. C'est le cas de la société IKEA Suisse qui accorde 365 jours pour retourner un achat[261] et la société l'*Online-Shop* qui permet un retour du produit dans un délai de 30 jours « *à compter du retrait auprès de la filiale ou de la date du cachet de la poste ou de la confirmation de livraison ou de réception. Si le client n'est pas en*

[260] En référence à l'article 3.4 du Code de déontologie de l'Association Suisse de vente à distance (ASVAD), il est prévu que « *par principe, le client bénéficie d'un droit de retour pendant au moins 10 jours calendaires après réception de la marchandise. Il ne peut être fait explicitement état d'exceptions à la règle des retours ni dans les CGV ni lors de la commande* ».

[261] Les droits de retour se présentent chez la société Ikea de la manière suivante « *tu disposes de 365 jours pour nous retourner ton achat. Conserve bien ton ticket de caisse pour faciliter le retour. L'important pour nous, c'est que tu sois contente de tes achats IKEA. Si tu n'es pas pleinement satisfaite, ou simplement si tu as changé d'avis, il te suffit de nous retourner les produits dans un délai de 365 jours. Sur présentation d'une preuve d'achat et, si possible, de l'emballage, nous te remboursons la totalité du prix d'achat.*
IKEA te remboursera avec le même mode de paiement que celui utilisé pour l'achat. Tu peux nous retourner tout produit, même assemblé, dans la mesure où il n'a pas été utilisé et est en parfait état. Si la marchandise ne satisfait pas aux critères ci-dessus, nous nous réservons le droit de refuser le retour ou de proposer un échange ou un bon d'achat.
Cette politique s'applique aux retours de marchandises suite à un changement d'avis. Elle s'ajoute à tes droits statutaires ainsi qu'aux garanties commerciales IKEA.
Cette politique s'applique aux retours de produits IKEA que tu as achetés dans un magasin IKEA ou dans l'IKEA Online Shop. Les services proposés par IKEA (la livraison, le montage, etc.) ne sont pas couverts par la politique de retour. Ce sont, en l'espèce, les Conditions générales qui s'appliquent ». Version consultable en ligne à l'adresse : http://www.ikea.com/ms/fr_CH/customer-service/about-shopping/return-policy/index.html (dernière visite du site le 02 oct. 2017).

mesure de présenter une confirmation de livraison ou de réception, le délai de 30 jours commence à courir dès l'envoi de la commande »[262].

On peut conclure de ce qui précède que le manque d'obligation d'informer touche les caractéristiques essentielles du contrat. Les clauses contractuelles peuvent bien y remédier, mais ce n'est pas l'hypothèse sur laquelle on peut compter pour assurer une sécurité juridique nécessaire à l'évolution du commerce électronique en Suisse. La marge de liberté laissée au professionnel par les dispositions légales suisse peut parfaitement jouer en défaveur du cyberconsommateur.

Le pouvoir législatif suisse ne semble pas vouloir suivre ses voisins européens et compléter le droit suisse avec une législation spécifique au commerce électronique. Il serait souhaitable et appréciable que la Suisse continue ses efforts de modifications de ses règles afin d'instaurer un langage commun dans une sphère virtuelle marquée par la méconnaissance des frontières étatiques.

B - L'approche des pays Nord-américains

Encore une fois, la règle est logique : « *l'obligation d'information ayant pour but de compenser l'inégalité dans l'accès à l'information, seul peut s'en prévaloir celui que sa situation dispensait de s'informer lui-même* »[263]. En effet, cette idée se retrouve dans la contractualisation par l'électronique, car sur le réseau Internet « *s'informer lui-même* » est une question compliquée pour ceux qui sont en situation de faiblesse par rapport à leur cocontractant et lorsqu'aucune information ou peu d'informations sont disponibles en ligne. La période précontractuelle demeure une source d'insécurité dans ce monde virtuel à travers lequel les transactions passent en quelques minutes et entre des parties qui se trouvent dans des endroits séparés et souvent éloignés. Sans des informations claires et précises avant la conclusion du contrat électronique, aucun équilibre contractuel ne peut être garanti. L'exigence d'informations précontractuelles est un préalable indispensable à un consentement éclairé sur le contenu et les conséquences de l'engagement.

[262] Art. 13 des Conditions générales des Online-Shops de la Fédération des coopératives Migros, version consultée le 25/04/2017, en ligne à l'adresse : https://www.melectronics.ch/cms/fr/agb/

[263] V. M. FABRE-MAGNAN, « *De l'obligation d'information dans les contrats* », Essai d'une théorie : LGDJ, 1992, n° 259.

On peut bien consentir à l'idée que « *l'obligation de renseigner apparaît quand disparaît l'obligation de se renseigner* »[264]. La liberté contractuelle ne doit pas permettre de créer un déséquilibre contractuel. Le droit canadien se montre conscient de l'importance de l'information précontractuelle. Cette conscience se manifeste à travers les règles qui ont été mises en place pour s'adapter au contexte des contrats conclus par voie électronique. Pour le droit américain, la période précontractuelle se heurte aux concepts longuement développés dans ce pays qui appartient à la famille des systèmes de *common law*. Il convient, à ce titre, d'examiner les deux approches américaine (1) et canadienne (2).

1 - L'approche américaine[265]

Le gouvernement américain, représentait par Monsieur Bill Clinton, a élaboré le 1er juillet 1997 un rapport intitulé « *Framework for Global Electronic Commerce* »[266], préconisant un développement du commerce électronique sans entrave, aussi bien pour les Etats-Unis que pour le reste des pays du monde. Selon Monsieur Ira C. Magaziner[267], le conseiller du Président américain, « *the approach we took was a pragmatic one. We did not start with any ideological position. We accepted in the beginning that nobody, uncluding ourselves, was going to fully understand where this medium was headed because it was too new, too complex and too fast changing* »[268]. Le gouvernement a répondu, à travers ce document, à l'euphorie Internet et à la promesse d'un commerce électronique par la privatisation, en accordant une plus grande liberté aux acteurs économiques et à l'autorégulation des activités de réseaux[269]. Cela a été justifié par le fait « *qu'une régulation*

---

[264] C. LUCAS DE LEYSSAC, « *L'obligation de renseignement dans les contrats* », *in* L'information en droit privé : LGDJ, 1978, 305, n° 36.

[265] Par référence aux Etas-unis d'Amérique.

[266] Accessible en ligne à l'adresse : https://clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/read.html.

[267] I. C. MAGAZINER, A. GRIER CUTTER AND L. A. COSTA, « *Technology and International Policy: Essays on the Information Age* », *Journal of International Affairs*, Vol. 51, No. 2, (Spring 1998), p. 527.

[268] Notre Tra. « *L'approche que nous avons adoptée était pragmatique. Nous n'avons commencé par aucune position idéologique. Nous avons accepté au début que personne, y compris nous-mêmes, n'allait bien comprendre où ce moyen de communication était dirigé parce qu'il était trop nouveau, trop complexe et en évolution trop rapide* »

[269] J. R. REIDENBERG, « *Les Etats et la régulation d'Internet* », Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2004, étude 11. Le « *Framework* » souligne que « *parties should be able to enter into legitimate agreements to buy and sell products and services across the Internet with minimal government involvement or intervention. Unnecessary regulation of commercial activities will distort development of the electronic marketplace by decreasing the supply and raising the cost of products and services for consumers the world over (...). Accordingly, governments should refrain from imposing new and unnecessary regulations, bureaucratic procedures, or taxes and tariffs on commercial activities that take place via the Internet* ». Notre

législative trop stricte des Etats n'entrave démesurément le développement du commerce électronique global »[270].

L'approche américaine ne vise une régulation législative que dans quelques domaines. Le « *Framework* » contient une liste de secteurs de régulation sur laquelle ne figure pas la protection du consommateur[271]. En matière contractuelle, le « *Framework* » se réfère uniquement à la nécessité d'un code uniforme de droit commercial pour le commerce électronique « *Uniform Commercial Code for Eletronic Commerce* » et préconise que les relations contractuelles établies *via* Internet devraient être régis par le principe de l'autonomie des parties[272]. Sans doute, cette approche entre en conflit avec l'approche européenne qui vise la protection du consommateur sur Internet par des règles strictes.

En effet, cette approche américaine qui accorde une grande liberté aux parties et ne prévoit pas de cadre spécifique aux obligations précontractuelles d'information ne constitue pas l'apanage du « *Framework* ». En principe, le droit américain d'obédience *common law*[273] ne reconnaît pas de droit à l'information non plus. C'est également le cas du droit anglais, plus attentif à la recherche par chacune des parties de son propre intérêt qu'à leur protection, qui maintient toujours le principe connu sous le nom de *Caveat emptor*[274]. Par ailleurs, une espèce, dont les deux parties sont des professionnels, a donné lieu aux Etats-Unis

---

Trad. : « *les parties devraient pouvoir conclure des accords légitimes pour acheter et vendre des produits et des services sur Internet avec une participation ou une intervention minimale du gouvernement. La réglementation inutile des activités commerciales va fausser le développement du marché électronique en réduisant l'offre et en augmentant le coût des produits et des services pour les consommateurs du monde entier. En conséquence, les gouvernements devraient s'abstenir d'imposer des réglementations nouvelles et inutiles, des procédures bureaucratiques ou des taxes et tarifs sur les activités commerciales qui se déroulent par Internet* ». Framework For Global Electronic Commerce, Principles 2, accessible en ligne : https://clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/read.html.

[270] J. DREXL, « *Le commerce éléctronique et la protection des consommateurs* », Revue internationale de droit économique 2002/2 (t. XVI), p. 411.

[271] *Ibid.*

[272] Le « *Framework* » pose le principe selon lequel « *in general, parties should be able to do business with each other on the Internet under whatever terms and conditions they agree upon* », (Notre Trad. « *En général, les parties devraient être en mesure de faire des affaires entre elles sur Internet sous les termes et conditions qu'ils acceptent* »). Il affirme, en outre, que « *parties should be free to order the contractual relationship between themselves as they see fit* », (notre Trad. « *Les parties devraient être libres gérer la relation contractuelle entre eux comme bon leur semble* »). Framework For Global Electronic Commerce, II., 3. Accessible en ligne : https://clintonwhitehouse4.archives.gov/WH/New/Commerce/read.html,

[273] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, « *Les grands systèmes de droit contemporains* », 12ème Ed. Dalloz 2016, n° 367, p. 332 ; R. LEGEAIS, « *Grands systèmes de droit contemporains : Approche comparative* », 3ème Ed. LexisNexis 2016, p. 116.

[274] M. FABRE-MAGNAN, « *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 20 Juin 2016, 706.

à une décision de justice très célèbre sur l'obligation d'information. Il s'agit de l'affaire *Laidlaw v. Organ*[275] qui constitue l'un des premiers cas dans lequel la Cour suprême a adopté le principe de *Caveat emptor*[276]. Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé qu'il n'existait pas d'exigence liée à une quelconque obligation d'information préalable[277].

Toutefois, cette préférence pour le principe de *Caveat emptor* ne semble pas créer d'obstacles à la prolifération des règles propres aux transactions électroniques visant à s'adapter au contexte numérique et à adopter des exigences en matière d'informations précontractuelles.

En 1999, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a promulgué la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA)[278]. Cette loi uniforme des Etats-Unis du 29 juillet 1999 représente le premier effort fédéral de création de règles uniformes pour les transactions commerciales électroniques et visait de garantir la sécurité des opérations accomplies par voie électronique, en s'inspirant

---

[275] U.S. Supreme Court, Laidlaw v. Organ, 15 U.S. 2 Wheat. 178 178 (1817). En ligne https://supreme.justia.com/cases/federal/us/15/178/case.html

[276] J. KAYE, « *Disclosure, Information, the Law of Contracts, and the Mistaken Use of Laidlaw v. Organ* », Unpublished. 2007, p. 2. Art. accessible *via* le lien : https://web.archive.org/web/20070930153630/http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=joshua_kaye

[277] En résumé, le juge déclarait que «The question in this case is whether the intelligence of extrinsic circumstances, which might influence the price of the commodity and which was exclusively within the knowledge of the vendee, ought to have been communicated by him to the vendor. The Court is of opinion that he was not bound to communicate it. It would be difficult to circumscribe the contrary doctrine within proper limits where the means of intelligence are equally accessible to both parties. But at the same time, each party must take care not to say or do anything tending to impose upon the other *», Trad. de Madame* MAHI-DISDET (Thèse D. MAHI-DISDET, « *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique* », Droit. Université d'Avignon, 2011. https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00911671/document) « *la question dans ce cas est de savoir si les informations sur des circonstances extrinsèques de nature à influencer le prix des marchandises, connues exclusivement de l'acheteur, auraient dû être transmises par lui au vendeur. La Cour a estimé qu'il n'était pas tenu de les communiquer. Il serait difficile de circonscrire la solution inverse dans des limites convenables, lorsque les moyens de connaître l'information sont également accessibles aux deux parties. Mais dans le même temps, chaque partie doit veiller à ne pas dire ou faire quoi que ce soit dans le but d'influencer l'autre partie* ». Pour des informations détaillées sur cette affaire, V. Thèse D. MAHI-DISDET, « *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique* », Droit. Université d'Avignon, 2011. https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00911671/document ; J. KAYE, « *Disclosure, Information, the Law of Contracts, and the Mistaken Use of Laidlaw v. Organ* », Unpublished. 2007, p. 2. Art. accessible via le lien : https://web.archive.org/web/20070930153630/http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=joshua_kaye

[278] L'UETA est adopté par 49 Etats (V. le site officiel de *l'Uniform Law Commission* http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act).
Le texte de l'UETA se trouve sur le site :
http://www.uniformlaws.org/shared/docs/electronic%20transactions/ueta_final_99.pdf

largement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996[279]. Une règle obligatoire destinée à protéger toute personne contre les erreurs qui peuvent être commises avant la passation de la commande sur Internet se trouve dans l'UETA[280]. Une règle similaire limitée à la protection du consommateur pour les prestations de données électroniques, tel qu'une livraison d'un logiciel par Internet, figure dans la section 214 de l'UCITA (*Uniform Computer Informatique Transactions Act*). Cette règle vise une protection du cyberconsommateur contre les erreurs qu'il risque de commettre lors de la commande s'il ne dispose pas de techniques appropriées pour identifier et corriger ces erreurs[281].

Par ailleurs, les Etats-Unis, étant membres de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique plus connue sous l'acronyme « *l'OCDE* »[282], ont plaidé en faveur des lignes directrices diffusait par cette organisation internationale en décembre 1999 régissant la protection des consommateurs sur Internet[283]. Parmi ces lignes directrices figurent l'information relative aux entreprises, les biens ou services ainsi que les modalités et les conditions de toute transaction. Les lignes directrices soulignent que « *les entreprises engagées dans des activités de commerce électronique avec les consommateurs devraient fournir des informations exactes, claires et facilement accessibles les concernant, qui soient suffisantes pour permettre, au minimum : i) L'identification de l'entreprise […]*[284] *; ii) Une communication rapide, aisée et efficace avec l'entreprise ; iii) Un règlement*

---

[279] H. D. GABRIEL, « The *New United States Uniform Electronic Transactions Act : Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNICITRAL Model Law on electronic commerce* », Rev. dr. unif. 2000, p. 651.
[280] Sec. 10 (2), UETA.
[281] J. DREXL, « *Le commerce électronique et la protection des consommateurs* », *op.cit.*
[282] L'Organisation de Coopération et de Développement Economique a pour mission de promouvoir les politiques qui améliorent le bien-être économique et social dans le monde. Les pays membres originaires de l'Organisation sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996) et la Corée (12 décembre 1996). V. le site officiel de l'OCDE http://www.oecd.org/fr/apropos/
[283] J. DREXL, « *Le commerce électronique et la protection des consommateurs* », *op.cit*.
[284] Ces informations portent notamment sur « *la raison sociale et le nom commercial de l'entreprise, l'adresse géographique de l'établissement principal, son adresse électronique ou les autres moyens permettant de la contacter par voie électronique ou son numéro de téléphone ; et, le cas échéant, une adresse aux fins d'enregistrement et tout numéro utile d'enregistrement ou de licence officiel* ». Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, OCDE 2000, p. 31-32, en ligne : http://www.oecd.org/internet/consumer/34023811.pdf

approprié et efficace des litiges ; iv) La signification des actes de procédure ; v) La localisation de l'entreprise et de ses administrateurs par les autorités en charge de la réglementation et du contrôle de l'application des lois ».

Concernant les biens et services, l'OCDE préconise que « *les entreprises qui prennent part au commerce électronique avec les consommateurs devraient fournir des informations exactes et facilement accessibles qui décrivent les biens ou services offerts, qui soient suffisantes pour permettre aux consommateurs de décider en connaissance de cause de s'engager ou non dans la transaction et présentées d'une manière permettant aux consommateurs d'en conserver une trace appropriée* ». Enfin, pour les transactions, l'organisation internationale édicte aux pays membres à ce que les entreprises opérant dans le domaine du commerce électronique communiquent « *des informations suffisantes sur les modalités, les conditions et les coûts associés à la transaction pour permettre aux consommateurs de décider en toute connaissance de cause de s'engager ou non dans la transaction* »[285].

La réglementation fédérale impose, en outre, une information claire quant à la marchandise et aux garanties offertes aux consommateurs. Le *Federal Trade Commission Act* réprime les pratiques déloyales et trompeuses relatives au prix ou aux caractéristiques des produits[286].

Au niveau des Etats fédéraux, il semble que la croissance exponentielle d'Internet a conduit à un intérêt accru de protéger les consommateurs qui achètent des produits et sollicitent des services en ligne. La réglementation de l'Etat de la Californie, par exemple, va dans ce sens. En 1996, l'Etat de la Californie a modifié

---

[285] Les lignes directrices comportent une liste des informations préalables que les professionnels exerçant une activité de commerce électronique sont tenus de fournir, lesquelles « *selon les besoins et si cela est approprié compte tenu de la transaction, ces informations devraient comprendre les éléments suivants : i) Le détail de l'ensemble des coûts perçus et/ou imposés par l'entreprise. ii) L'indication de l'existence d'autres coûts normalement dus par le consommateur, non perçus par l'entreprise et/ou non imposés par celle-ci. iii) Les conditions de livraison ou d'exécution. iv) Les modalités, conditions et modes de paiement. v) Les restrictions, limitations ou conditions liées à l'achat, telles que l'accord obligatoire du parent ou du tuteur, ou les restrictions géographiques ou dans le temps. vi) Le mode d'emploi et notamment les mises en garde relatives à la sécurité et à la santé. vii) Les renseignements relatifs au service après-vente disponible. viii) Le détail et les modalités en matière de rétractation, dénonciation, renvoi, échange, annulation et/ou remboursement. ix) Les dispositions en matière de garantie commerciale et autres* ». Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, OCDE 2000, p. 33, en ligne : http://www.oecd.org/internet/consumer/34023811.pdf

[286] B. BORDAS, « *Les aspects juridiques de l'exportation via Internet* », Bibliothèque numérique du droit de l'administration électronique, 12 avril 2004, Disponible en ligne : http://www.univ-paris1.fr/

l'article 17538 du *Business and Professions Code* (BPC) afin d'intégrer certaines exigences en matière d'information précontractuelle à tout professionnel exerçant des activités de commerce électronique[287]. Selon les rédacteurs du projet de cet amendement, l'Etat de la Californie applique une « *gentle approach* » à travers la mise en place de « *basic, minimum protections* » pour les consommateurs qui souhaitent acheter sur Internet[288]. C'est ainsi que l'amendement de 1996 a ajouté les expressions « *the Internet or other electronic means of communication* » aux dispositions qui existaient régissant les ventes par correspondance[289]. L'article 17538 comporte deux catégories d'exigences qu'il y a lieu de préciser. Tout d'abord, il impose à tout vendeur exerçant une activité de commerce électronique sur Internet ou par tout autre moyen de communication de fournir un certain nombre d'informations lorsque la transaction implique un acheteur situé dans l'Etat de la Californie[290]. Le *Business and Professions Code* utilise le terme « *acheteur* » pour désigner « *a person who seeks or acquires, by purchase or lease, any goods or services for any purpose* »[291]. *A priori*, cette définition n'exclut pas les acheteurs professionnels du champ d'application du Code Californien. Rappelant, dans ce cadre, que la définition adoptée par la Directive 2011/ 83/UE relative aux droits des consommateurs désigne par le terme consommateur « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »[292].

Les informations exigées par l'article 17538 doivent être communiquées aux acheteurs avant l'acceptation du paiement ou le transfert de fonds, par écrit ou par voie électronique tel qu'un courrier électronique ou un affichage à l'écran. Ces informations portent sur la politique de remboursement et de retour ainsi que le nom

---

[287] V. B. FRASER « *Regulating the Net : Case Studies in California and Georgia Show How Not to Do It* », 9 Loy. Consumer L. Rev. 230 (1997). Accessible *via* le lien : http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol9/iss3/13

[288] Floor Analysis, Assembly Bill 3320, California Senate Rules Committee (Aug. 7, 1996), cité *in* B. FRASER « *Regulating the Net : Case Studies in California and Georgia Show How Not to Do It* », 9 Loy. Consumer L. Rev. 230 (1997). Accessible *via* le lien : http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol9/iss3/13

[289] B. FRASER « *Regulating the Net : Case Studies in California and Georgia Show How Not to Do It* », 9 Loy. Consumer L. Rev. 230 (1997). Accessible *via* le lien : http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol9/iss3/13

[290] Art. 17538. (d), BPC.

[291] Notre Trad. « *une personne qui cherche ou acquiert, par achat ou location, des biens ou des services à quelque fin que ce soit* ». Art. 17538. (f), (3), BPC.

[292] Art. 2, parag. 1, Direc. 2011/83/UE.

de l'entreprise et son adresse complète[293]. Dans l'hypothèse où les informations précitées sont fournies au consommateur par un affichage à l'écran, le professionnel doit se conformer aux exigences suivantes : 1/ les informations doivent apparaître sur le premier écran affiché lorsque le site du professionnel est accessible ; à l'écran sur lequel les produits ou services sont offerts pour la première fois ; à l'écran sur lequel le consommateur peut passer la commande de biens ou de services, à l'écran sur lequel l'acheteur peut entrer les données de paiement en ligne[294]. Ces informations ne doivent pas se présenter en caractères moins lisibles que le texte de l'offre des produits ou des services[295].

En jurisprudence Californienne, l'exigence d'identification a été approuvée dans l'affaire *Fergusson v. / Friendfinders Inc* [296] à travers laquelle le juge a précisé que la loi locale de l'Etat de la Californie, exigeant l'identification des messages publicitaires par l'insertion de la mention « *ADV* », ne viole pas la clause de commerce dans la mesure où elle sert un intérêt local légitime.

Il semble à travers ces morceaux choisis que l'approche américaine, tout en accordant une grande liberté contractuelle aux parties, tend à promouvoir une protection spécifique aux internautes à travers la mise en place des exigences d'informations préalable à la conclusion des transactions électroniques. Ces exigences sont également exprimées en droit canadien.

2 - L'approche canadienne

Le Canada est un Etat fédéral formé de dix provinces et trois territoires fédéraux qui ont chacun leur propre compétence en matière contractuelle et en matière de protection du consommateur. Ils ont un statut qui est presque un statut d'indépendance et les transactions entre provinces, même à l'intérieur du territoire canadien sont donc des transactions transfrontières[297]. Ce statut indépendant

---

[293] Art. 17538. (d), (1) BPC.
[294] Art. 17538. (d), (2), A, BPC.
[295] Art. 17538. (d), (2), A, BPC.
[296] V. Affaire de la Cour d'appel de l'Etat de Californie, Fergusson v. / Friendfinders, Inc, n° A09 2653, du 2 jan. 2002, http:/news-findlaw.com/hdocs/docs/cyberlaw/frgsfrndfdrs10202opn.PDF. V. A. ELLOUMI, « *Le formalisme électronique* », Centre de publication universitaire, 2011, p. 298.
[297] R. LEGEAIS, « *Grands systèmes de droit contemporains : Approche comparative* », 3ème Ed. LexisNexis 2016, p. 129.

nécessite des règles harmonisées pour faciliter les échanges par voie électronique et pour le développement du commerce électronique à l'échelle du Canada. Le respect des règles d'une province emportera, en général, celui des règles de la province avec laquelle ces règles sont harmonisées.

Pour limiter l'impact de ces frontières, les premiers ministres canadiens ont signé un Accord sur le commerce intérieur (ACI) qui a pris effet le 1er juillet 1995[298]. Cet accord, qui est remplacé le 1er juillet 2017 par l'Accord de libre-échange canadien (ALEC)[299], visait à réduire les obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des investissements au Canada. En vertu du chapitre huit de cet Accord, le Comité des mesures en matière de consommation (CMC)[300] a été mis sur pied. Il se compose de l'administration fédérale et d'un représentant de chaque province et de chaque territoire et vise la coopération au niveau national pour améliorer le marché au profit des consommateurs canadiens à travers l'harmonisation des lois, des règlements et des pratiques sur l'ensemble du territoire canadien. C'est dans ce cadre que le Comité a élaboré le Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet, lequel a été ratifié en 2001 par le fédéral, les provinces et les territoires[301]. Ce modèle

---

[298] L'Accord sur le commerce intérieur (ACI) est un accord intergouvernemental signé par les premiers ministres des provinces et territoires du Canada qui est entré en vigueur en 1995. Son but est de favoriser un commerce interprovincial amélioré en traitant les obstacles liés à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des investissements à l'intérieur du Canada. Cet accord est conclu entre Les gouvernements du Canada, de Terre-Neuve-et-Labrador1, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon. Accord disponible en ligne : http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm.

[299] Accord accessible en ligne *via* le lien : https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2017/06/CFTA-Consolidated-Text-Final-Print-Text-French-.pdf

[300] Pour en savoir plus sur ce Comité, visiter le site https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/fra/accueil

[301] Le Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet, et qui a été approuvé en mai 2001 par les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables de la consommation, a consacré une partie à la « *Divulgation des renseignements* » et prévoit, à ce titre, que « *Avant la conclusion d'un contrat de vente par Internet avec un consommateur, le commerçant doit : a) divulguer les renseignements suivants au consommateur : (i) le nom du commerçant et, s'il diffère, le nom sous lequel le commerçant exploite son entreprise, (ii) l'adresse de l'entreprise du commerçant et, si elle diffère, l'adresse postale du commerçant, (iii) le numéro de téléphone du commerçant et, s'il y a lieu, son numéro de télécopieur et son adresse électronique, iv) une description valable et exacte des biens et services vendus au consommateur, incluant toutes les caractéristiques et spécifications techniques, (v) une liste détaillée du prix des biens et des services vendus au consommateur, ainsi que des frais connexes payables par le consommateur, y compris les frais d'expédition et les taxes, (vi) une description de tous les frais supplémentaires susceptibles de s'appliquer au contrat, comme les droits de douanes et les frais de courtage, dont les montants ne peuvent raisonnablement être calculés par le commerçant, (vii) le montant total du contrat ou, lorsque le contrat vise des biens et des services dont l'acquisition est prévue pour une période indéterminée, le montant des versements périodiques fixés par le contrat, (viii) la monnaie dans laquelle les montants exigibles aux termes du contrat sont payables, (ix) les clauses, les conditions et le mode de paiement, (x) la date de la livraison des biens ou du*

d'harmonisation, qui vise de concilier les mesures qui seront prises par les législateurs canadiens en matière de commerce électronique, prévoit à son article 3 sur la « *Divulgation des renseignements* », des obligations d'informations avant la conclusion d'un contrat de vente par Internet. Ces obligations incombent à tout commerçant qui exerce une activité de commerce électronique et englobent des renseignements sur l'identité du cybercommerçant, son adresse et ses coordonnées, les biens et services, le prix et le mode de paiement, la livraison, les politiques d'annulation, de retour, d'échange ou de remboursement et sur toutes les autres restrictions ou conditions susceptibles de s'appliquer aux achats par Internet.

L'encadrement des contrats électroniques dans les provinces canadiennes s'est fondé en grande partie sur ce Modèle d'harmonisation ainsi que sur les Lignes directrices de l'OCDE[302].

C'est ainsi qu'afin d'éviter que les règles traditionnelles continuent à régir un domaine spécifique des contrats à distance, les législateurs des provinces et territoires canadiens ont été mobilisés pour mettre en place un cadre pour le commerce électronique.

Dans son ouvrage sur le droit de la consommation, Madame Nicole L'Heureux a souligné l'importance accrue de l'information précontractuelle. Elle indique que « *sans une information utile et complète, le consommateur ne peut faire un libre choix. L'obligation que le Code civil du Québec impose à l'acheteur de se renseigner avant de contracter est irréaliste* »[303].

---

commencement de la prestation des services, (xi) les dispositions prises par le commerçant quant à la livraison, notamment l'identité du transporteur, le mode de transport et le lieu de la livraison, (xii) la politique du commerçant en matière d'annulation, de retour, d'échange ou de remboursement, s'il y a lieu, (xiii) toutes les autres restrictions, limitations ou conditions susceptibles de s'appliquer aux achats; b) donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser le contrat et d'en corriger les erreurs immédiatement avant de le conclure ». V. Bureau de la consommation du Canada (BC), « *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet* » (29 mai 2001), en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/ $FILE/Sales_Template_fr.pdf> [BC, « Modèle d'harmonisation de 2001 »].

[302] I. DELAPETA (ss dir. de Marcel Boucher), « *La réglementation des contrats à distance : le temps d'un bilan* », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, publié par Union des consommateurs, Juin 2014, p. 23 et 28. En ligne : http://uniondesconsommateurs.ca/docu/rapports2014/04-Contrats-a-distance-f.pdf ; S. KABLAN, A. OULAÏ, « *La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise* », Revue de droit de McGill, Volume 54, numéro 4, hiver 2009, p. 630.

[303] N. L'HEUREUX, « *Droit de la consommation* », 5ème Ed. Cowansville, Yvon Biais, 2000, p. 19.

Le droit québécois qui a contribué depuis longtemps à l'originalité du droit au Canada[304], s'est aligné donc à la réalité électronique en adoptant le 14 décembre 2006 un amendement portant en grande partie sur les contrats à distance[305]. Il s'agit du projet de loi n° 48, s'intitulant Loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et la loi sur le recouvrement de certaines créances[306]. Monsieur Vincent Gautrais a commenté cette initiative en soulignant que « *la loi sur la protection du consommateur s' « électronise » donc, en adoptant ce qui constitue l'une des toutes premières et réelles mises à jour de ce texte de près de trente ans* » [307]. Cet amendement met fin à un certain oubli dans le droit de la consommation et permet d'alléger le rapport de force forcément défavorable au cyberconsommateur[308].

L'un des objectifs de cette loi est l'introduction d'un régime de protection particulier pour le contrat conclu à distance, notamment les contrats de cyberconsommation. Elle est fondée, comme nous avons vu, sur le modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet[309] arrêté par

---

[304] R. LEGEAIS, « *Grands systèmes de droit contemporains : Approche comparative* », *op.cit*., p. 128.

[305] La Note explicative du Projet de loi n° 48, Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, indique clairement que « *ce projet de loi modifie la Loi sur la protection du consommateur afin d'y prévoir un nouveau régime à l'égard des contrats conclus à distance, sur la base du Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet convenues par les provinces à la suite de l'Accord sur le commerce intérieur. Ainsi, le projet de loi introduit de nouvelles règles relatives aux informations que le commerçant est tenu de transmettre au consommateur avant la conclusion d'un contrat à distance, aux délais de transmission du contrat au consommateur, aux cas donnant ouverture à la résolution du contrat par le consommateur et au mécanisme de rétrofacturation en cas de défaut par le commerçant de rembourser le consommateur* ». Doc. dis. Sur le site officiel de l'Assemblée Nationale du Québec : http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-48-37-2.html

[306] Pour une vision critique sur cette loi, V. V. GAUTRAIS, A. PORCIN, « *Les 7 péchés de la L.p.c.: actions et omissions applicables au commerce électronique* », (2009) 43 R.J.T. 559, En ligne : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/18343_gautrais.pdf

[307] V. GAUTRAIS, « *Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur* », *in* Pierre-Claude Lafond (dir.), « *Droit de la consommation sous influences* », Cowansville, Ed. Yvon Blais, 2007, p. 105-137.

[308] V. GAUTRAIS, *ibid*.

[309] Le Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet, et qui a été approuvé en mai 2001 par les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables de la consommation, a consacré une partie à la « *Divulgation des renseignements* » et prévoit, à ce titre, que « *Avant la conclusion d'un contrat de vente par Internet avec un consommateur, le commerçant doit : a) divulguer les renseignements suivants au consommateur : (i) le nom du commerçant et, s'il diffère, le nom sous lequel le commerçant exploite son entreprise, (ii) l'adresse de l'entreprise du commerçant et, si elle diffère, l'adresse postale du commerçant, (iii) le numéro de téléphone du commerçant et, s'il y a lieu, son numéro de télécopieur et son adresse électronique, iv) une description valable et exacte des biens et services vendus au consommateur, incluant toutes les caractéristiques et spécifications techniques, (v) une liste détaillée du prix des biens et des services vendus au consommateur, ainsi que des frais connexes payables par le consommateur, y compris les frais d'expédition et les taxes, (vi) une description de tous les frais supplémentaires susceptibles de s'appliquer au contrat, comme les droits de douanes et les frais de courtage, dont les montants ne peuvent raisonnablement*

les provinces et territoires canadiens et le gouvernement fédéral à la suite de l'Accord sur le commerce intérieur[310].

Selon M. le Professeur Jobin l'information spécifique recherchée par le législateur est celle qui est « *jugée essentielle à un consommateur moyen pour prendre une décision éclairée, dans un type de contrat particulier* »[311].

Dans ce contexte, l'article 54.4 de la Section I.1 de la loi sur la protection du consommateur se rapportant au contrat conclu à distance impose au cybercommerçant à fournir au cyberconsommateur, préalablement à la conclusion du contrat, une série d'informations. Celles-ci permettent l'identification du cybercommerçant, de se renseigner sur l'objet du contrat et les modalités d'exécution de l'obligation contractuelle.

Conformément à cet article, le cybercommerçant est tenu de présenter « *de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur* » et ce, avant même la conclusion du contrat à distance, les informations suivantes : « *a) son nom et tout autre nom qu'il utilise dans l'exploitation de son entreprise ; b) son adresse ; c) son numéro de téléphone ainsi que, le cas échéant, son numéro de télécopieur et son adresse technologique; d) une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques ; e) un état détaillé du prix de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, des frais connexes qu'il exige, de même que du coût de tout droit exigible en vertu d'une loi ; f) une description de tous les frais supplémentaires qui pourraient être exigibles par un tiers et dont le montant ne peut être raisonnablement calculé, notamment les droits*

être calculés par le commerçant, (vii) le montant total du contrat ou, lorsque le contrat vise des biens et des services dont l'acquisition est prévue pour une période indéterminée, le montant des versements périodiques fixés par le contrat, (viii) la monnaie dans laquelle les montants exigibles aux termes du contrat sont payables, (ix) les clauses, les conditions et le mode de paiement, (x) la date de la livraison des biens ou du commencement de la prestation des services, (xi) les dispositions prises par le commerçant quant à la livraison, notamment l'identité du transporteur, le mode de transport et le lieu de la livraison, (xii) la politique du commerçant en matière d'annulation, de retour, d'échange ou de remboursement, s'il y a lieu, (xiii) toutes les autres restrictions, limitations ou conditions susceptibles de s'appliquer aux achats; b) donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser le contrat et d'en corriger les erreurs immédiatement avant de le conclure ». V. Bureau de la consommation du Canada (BC), « *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet* » (29 mai 2001), en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/ $FILE/Sales_Template_fr.pdf> [BC, « Modèle d'harmonisation de 2001 »].

[310] S. KABLAN, A. OULAÏ, « *La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise* », *op.cit.*, p. 630.

[311] KABLAN ET OULAÏ, *Ibid*, p. 633.

de douane et les frais de courtage ; g) le total des sommes que le consommateur doit débourser en vertu du contrat et, le cas échéant, le montant des versements périodiques, le tarif applicable pour l'utilisation d'un bien ou d'un service accessoire de même que les modalités de paiement ; h) la devise dans laquelle les montants exigibles sont payables, lorsque cette devise est autre que canadienne; i) la date ou les délais d'exécution de son obligation principale ; j) le cas échéant, le mode de livraison, le nom du transporteur et le lieu de livraison ; k) le cas échéant, les conditions d'annulation, de résiliation, de retour, d'échange ou de remboursement; l) toutes les autres restrictions ou conditions applicables au contrat ».

Avec cette exigence en matière d'informations précontractuelles, la province du Québec rejoint le reste des provinces dont le corpus législatif en matière consumériste comprend désormais des règles substantielles spécifiques à l'information précontractuelle applicables au contrat à distance en général et au contrat de cyberconsommation en particulier. Il s'agit, principalement, du cadre législatif de la Colombie-Britannique à travers l'adoption du *Business Practices and consumer protection Act* de 2004[312], de l'*Internet Sales Contracts Regulation* d'Alberta de 2001[313], de la Loi sur la protection du consommateur de Manitoba[314], Loi de 2002 sur la protection du consommateur d'Ontario[315], du *Consumer protection and business practices Act* de Terre-Neuve-et-Labrador de 2009[316] et de l'*Internet sales contracts regulations* de la Nouvelle Écosse[317].

Selon le Rapport final présenté au Bureau de la consommation d'Industrie du Canada en juin 2014[318], « *les encadrements mis en place par les différentes provinces sont, sinon identiques, du moins largement équivalents* ». Les

---

[312] *Business Practices and consumer protection Act*, [SBC 2004], Part. 4, C 2, Division 4, 46 (1). En ligne : http://www.bclaws.ca/civix/document/id/lc/statreg/04002_04#part4

[313] *Internet Sales Contracts Regulation*, Alberta Reg 81/2001 (With amendments up to and including Alberta Regulation 140/2016), 4(1). En ligne : http://www.qp.alberta.ca/documents/Regs/2001_081.pdf

[314] Loi sur la protection du consommateur, C.P.L.M. c. C200, Partie XVI. En ligne : https://www.canlii.org/fr/mb/legis/lois/cplm-c-c200/derniere/cplm-c-c200.html#history

[315] Loi de 2002 sur la protection du consommateur, L.O. 2002, C 30, Partie IV. En ligne https://www.canlii.org/fr/on/legis/lois/lo-2002-c-30-ann-a/derniere/lo-2002-c-30-ann-a.html#art45_smooth

[316] Consumer protection and business practices act, SNL2009 c C-31.1 Part V, Division 2. En ligne https://www.canlii.org/en/nl/laws/stat/snl-2009-c-c-31.1/latest/snl-2009-c-c-31.1.html#history

[317] *Internet sales contracts regulations*, O.I.C. 2002-327 (June 28, 2002, effective December 19, 2003), N.S. Reg. 91/2002, (3). En ligne : https://www.canlii.org/en/ns/laws/regu/ns-reg-91-2002/49741/ns-reg-91-2002.html

[318] I. DELAPETA (ss dir. de M. BOUCHER), « *La réglementation des contrats à distance : le temps d'un bilan* », *op.cit*., p. 23 et 28.

informations identifiées comme étant communes aux lois de toutes les provinces sont les suivantes : « *nom du commerçant et nom sous lequel il exploite son entreprise, s'il diffère ; Adresse de l'entreprise et l'adresse postale du commerçant, si elle diffère ; Numéro de téléphone et s'il y a lieu, de télécopieur et de courriel ; Description des biens/services vendus, incluant toutes les exigences/spécifications techniques ; Liste détaillée des prix y compris les frais connexes (frais d'expédition et taxes) ; Frais supplémentaires susceptibles d'être ajoutés au prix du produit, ou description de ces frais si le commerçant ne peut établir le montant ; Montant total du contrat ou montant des versements périodiques ; Devise ; Clauses, conditions, modes et modalités de paiement ; Données sur la livraison (date, identité du transporteur, mode et lieu de livraison) ; Politiques d'annulation, retour, échange et remboursement, s'il y a lieu ; Toutes restrictions / conditions / limitations susceptibles de s'appliquer à l'achat* »[319].

Il y a lieu également d'insister sur le jumelage cumulatif de l'obligation d'information spécifique au contrat électronique de consommation et l'obligation générale d'information[320].

Cette obligation générale d'information a, en effet, une place de valeur dans le droit canadien. Selon la Cour suprême[321] « *l'apparition de l'obligation de renseignement est reliée à un certain rééquilibrage au sein du droit civil. Alors qu'auparavant il était de mise de laisser le soin à chacun de se renseigner et de s'informer avant d'agir, le droit civil est maintenant plus attentif aux inégalités informationnelles, et il impose une obligation positive de renseignement dans les cas où une partie se retrouve dans une position informationnelle vulnérable, d'où des dommages pourraient s'ensuivre. L'obligation de renseignement et le devoir de ne pas donner de fausses informations peuvent être conçus comme les deux facettes d'une même médaille […]. Cependant, j'ajouterais qu'il ne faut pas donner à l'obligation de renseignement une portée telle qu'elle écarterait l'obligation fondamentale qui est faite à chacun de se renseigner et de veiller prudemment à la conduite de ses affaires* ».

---

[319] *Ibid*.
[320] KABLAN ET OULAÏ, *op.cit*.
[321] V. Arrêt de la Cour suprême du Canada, *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554, 1992 CanLII 71 (CSC), disponible en ligne : http://canlii.ca/t/1fs9f.

Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada[322] a retenu trois paramètres essentiels de l'information précontractuelle. En premier lieu, la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement. En deuxième lieu, la nature déterminante de l'information en question. En dernier lieu, l'impossibilité du créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur.

L'article 1401, alinéa 2 du Code civil du Québec se présente comme la codification de l'obligation générale d'information. Cette disposition fait référence au dol et statue que ce vice du consentement « *peut résulter du silence ou d'une réticence* ».

Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence majoritaires au Québec considèrent que le dol commis pendant la phase précontractuelle constitue une faute civile susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur[323]. Le dol est considéré, pendant la phase précontractuelle, comme étant un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi et d'informer convenablement son contractant.

La doctrine québécoise a appuyé cette obligation de bonne foi avant la conclusion d'un accord entre les parties, en estimant que « *la tendance générale de mieux assurer un consentement éclairé a certes été renforcée par la réforme du Code civil. D'une part, le législateur a codifié, à un niveau très général, l'obligation de toute personne d'agir conformément au principe de la bonne foi lors de la formation du contrat ; ce principe sert justement de fondement, dans les circonstances appropriées, à la reconnaissance d'une obligation de fournir au cocontractant certaines informations avant la conclusion définitive d'un accord* »[324].

L'obligation d'agir de bonne foi est plus significative lorsque l'un des contractants occupe une position privilégiée en raison de ses connaissances. A cet égard, Monsieur Baudouin et Monsieur Jodin estiment que « *lorsqu'il s'agit d'identifier le fondement de l'obligation précontractuelle de renseignement, la*

---

[322] *Ibid.*
[323] V. Arrêt de la Cour Suprême du Canada, *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, 28 février 2012. Dossier n° 33554. Arrêt disponible en ligne : http://citoyens.soquij.qc.ca/php/decision.php?ID=C0A6CC962D3F6516ECBD1A4F6DD20BD6&page=1.
[324] J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, « *Les Obligations* », 5ème Ed., Éditions Yvon Blais, 1998, p. 260.

disposition du second alinéa de l'article 1401 C.c., touchant la réticence dolosive et le silence dolosif, peut s'appliquer aujourd'hui. Cette règle n'est elle-même qu'une application particulière du principe de la bonne foi dans la formation du contrat, énoncé à l'article 1375. Lorsque l'un des futurs contractants occupe une position privilégiée par rapport à l'autre, soit en raison de la connaissance qu'il a de certaines informations, soit en raison de la possibilité d'y avoir accès, il doit parfois, pour ne pas tromper la confiance légitime de l'autre, prendre l'initiative de fournir à ce dernier certains renseignements cruciaux. L'obligation précontractuelle d'information se fonde donc, soit sur les articles 6 et 1375, soit, plus précisément, sur l'article 1401 du Code civil du Québec » [325]. L'obligation d'information précontractuelle est d'ailleurs reconnue aussi au Code civil de Québec aux articles 1469[326] et 1473.

Sur la position privilégiée d'une partie en raison de ses connaissances, la Cour du Québec a considéré dans une décision du 30 juin 2010 statuant sur un litige opposant une voyageuse à la compagnie aérienne Royale Air Maroc que « *RAM a l'obligation d'informer BM de façon raisonnable et réaliste relativement aux chances de cette dernière d'arriver à destination à l'heure désirée le 19 décembre 2007 au matin, ce que RAM a omis et/ou négligé de faire. Son défaut d'informer adéquatement BM fait en sorte que RAM a violé son obligation de bonne foi prévue au Code civil du Québec commettant ainsi un dol par réticence ».*

En considération de l'ensemble de ce qui précède, le Tribunal conclut que *« l'omission d'informer adéquatement BM sur les chances réelles d'arriver à destination finale le 18 décembre 2007 ainsi que les représentations inadéquates ou erronées relativement aux chances réelles de BM de prendre le transfert à Casablanca pour un vol en destination de la Tunisie étaient pour le moins incertaines voire fausses, d'autant plus que RAM n'avait pas reçu la confirmation d'une place réservée au nom de la demanderesse, le cas échéant, sur le vol Tunis AIR TU712, avant le départ de la demanderesse de Montréal le 17 décembre 2007 en soirée »,* ce qui constitue, de l'avis du Tribunal, *« une faute de la part*

[325] J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, « *Les Obligations* », *Ibid.*, n° 306, p. 265.
[326] L'article 1469 du Code civil du Québec considère que le défaut de sécurité du bien se présente dans le cas « *de l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et dangers qu'il comporte ou quant aux moyens de s'en prémunir* ». On peut en déduire que la nature même de ces informations requière qu'elles soient mises à la disposition de l'utilisateur avant même l'utilisation du bien.

de RAM entraînant la responsabilité civile de cette dernière à l'égard de la demanderesse »[327].

Il convient, en conséquence, de conclure que la théorie globale de l'obligation générale d'information repose, dans le système juridique canadien, sur l'obligation de bonne foi dans le domaine précontractuel.

Le Code civil du Québec ne prévoit pas d'obligation spécifique au contrat conclu par voie électronique, mais pose un principe général portant sur l'obligation d'information préalable à la conclusion du contrat. Toutefois, l'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement.

En effet, le comportement négligent, naïf ou crédule d'un acheteur est considéré comme une erreur inexcusable par la Cour supérieure[328]. Celle-ci a conclu qu'un acheteur « *doit prendre les moyens raisonnables pour se renseigner et faire une vérification diligente des informations* » et de ne pas agir de façon imprudente et insouciante[329].

Dans cette affaire, le Tribunal conclut que l'acheteur n'a pas été victime de fausses représentations mais plutôt de son inexpérience et de sa naïveté.

De l'avis du Tribunal, l'acheteur « *n'a pas été victime de fausses représentations quant aux caractéristiques des machines. Il avait pris soin de les photographier et de relever les numéros de série afin de faire ses propres vérifications avant de conclure le contrat. Il les a amorcées sur Internet en vue de confirmer que le vendeur était bel et bien propriétaire des machines […]. Il n'a fait aucune autre vérification alors qu'il lui était loisible de le faire à peu de frais et rapidement […] Rien n'empêchait que cette vérification ait lieu avant la signature du*

---

[327] Cour du Québec du 30 juin 2010, *M'Hamed c. Royal Air Maroc*, 2010 QCCQ 5491 (CanLII). Dossier : 500-32-112050-085. Disponible en ligne : http://canlii.ca/t/2bdfx

[328] Cour supérieure, affaire *Distributeur MDR inc. c. Blanchette*, 2014 QCCS 2204 (CanLII), jugement du 26-05- 2014 (Dossier : 500-17-068881-112), en ligne sur : <http://canlii.ca/t/g70nd>

[329] Il s'agit ici d'une affaire de vente aux fins d'exploitation des machines qui distribuent des boissons, de la nourriture et des confiseries. Après avoir conclu le contrat de vente des machines, l'acheteur constate que celles-ci sont souvent défectueuses et que les coûts des pièces sont plus importants que prévu et qu'il doit faire appel à des distributeurs spécialisés pour l'aider avec les réparations, et surtout, il ne réussit pas à obtenir les revenus anticipés. Il en parle au vendeur qu'il lui répond qu'il va vérifier ses états financiers et lui revenir. Ce dernier réitère que ses chiffres sont bons mais il ne communique pas davantage d'informations. L'acheteur n'est plus intéressé à continuer. Il a perdu des clients qui ne voulaient plus de machines défectueuses. Il demande au vendeur de reprendre ses machines, ce que ce dernier refuse. En conséquence, l'acheteur refuse de payer le solde du prix de vente et réclame des dommages en alléguant qu'il a fait l'objet des fausses représentations quant à la valeur des machines, leur âge et leur condition et aux ventes générées par les machines.

contrat et en aucun temps le vendeur n'a découragé l'acheteur de faire une telle vérification. Il aurait ainsi su rapidement quels étaient la valeur marchande des machines et leur âge »[330].

Mais quant aux ventes générées par les machines, le Tribunal a considéré que l'acheteur a été victime d'un dol par réticence. De l'avis du Tribunal, il n'est pas question ici de naïveté ou de négligence puisque l'acheteur ne pouvait vérifier les informations reçues qu'auprès du vendeur. Aucune preuve n'a été apportée par le vendeur quant aux ventes passées générées par les machines.

Selon le Tribunal « *en lui transmettant ce tableau, il a laissé croire à l'acheteur que de telles ventes étaient réalisables et avaient été réalisées. La réalité est tout autre puisque dès les premières semaines, l'acheteur n'a jamais obtenu plus de 1 100 $ par semaine avec les mêmes machines, chez les mêmes clients* »[331]. Le Tribunal a conclu que le vendeur n'a pas été transparent quant aux ventes alors que l'acheteur avait clairement communiqué des demandes d'information à ce sujet. Les réticences à dénoncer les ventes réelles portaient sur un point déterminant et ont induit en erreur l'acheteur dans sa décision d'acheter.

Par ces motifs, le Tribunal considère que cette mésaventure est attribuable aux deux parties, à l'acheteur qui a été naïf et imprudent et au vendeur qui a manqué à son obligation d'informer.

Sous-section II - Exécution de l'obligation précontractuelle d'information

L'existence d'une obligation légale d'information permet, comme le précise Madame Fabre-Magnan, de faciliter au moins les questions de preuve. Mais reste à dire que les textes destinés à assurer ce droit d'informations précontractuelles doivent atteindre les objectifs pour lesquelles elles ont été établies.

On se pose la question de savoir, si c'est l'obligation d'informer qu'il faut rechercher ou l'obligation d'informer utilement. En d'autres termes, qu'est-ce que le

[330] Cour supérieure, affaire *Distributeur MDR inc. c. Blanchette*, *Ibid*.
[331] *Ibid*.

cocontractant dans un contrat conclu dans un espace virtuel est sensé connaître par sa position ? Qu'est ce qu'il doit savoir ou qu'est ce qu'il en a besoin ?

L'objectif final et indiscutable de fournir des informations avant de conclure un contrat se résume à ce que précise Madame Fabre-Magnan[332] à savoir « *si le créancier de l'obligation d'information avait connu l'information, il aurait émis le même consentement qui est, par hypothèse, parfait. Il en aurait cependant obtenu ce qui était prévu au contrat, c'est à dire que l'exécution de celui-ci aurait été satisfaisante pour lui* ».

De passer du contenu de l'obligation d'information précontractuelle à son exécution, permet, à notre avis, de mettre le point sur les difficultés qu'on peut tirer, notamment, de l'application de cette obligation. Si elle n'est pas aisée en raison du peu de précision des textes (I), les sanctions de manquement à ces obligations d'information préalable à la conclusion du contrat sont variantes (II).

I - Un manque de précision regrettable

Selon Madame Fabre-Magnan, il est utile dans des matières relativement techniques qu'un texte indique d'une manière très précise quelles sont les informations pertinentes pour chaque contractant[333], d'autant plus que ces textes visent des contrats conclus par voie électronique, là où le manque de précision se joue en faveur de la partie la plus forte.

La ressemblance fondamentale entre toutes les obligations d'information que nous avons constatée plus haut réside dans leur objectif commun de créer un équilibre contractuel, d'assurer un consentement éclairé, et donc une formation satisfaisante du contrat, et une confiance dans l'économie numérique.

Toutefois, est ce que les informations requises sur l'identification sont toutes indispensables ? Sont-elles essentielles au cocontractant lors de la formation du contrat électronique et plus particulièrement le contrat de cyberconsommation ? (A). Quant aux informations sur les conditions contractuelles, qui sont les éléments essentiels déterminants dans la prise de décision de contracter ? (B). Enfin, quel est le moment de la fourniture de ces informations ? (C). En effet, ces questions

[332] *Ibid*.
[333] M. FABRE-MAGNAN, « *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* », L.G.D.J, 1992, pp. 321-322.

sont pertinentes dans la mesure où le défi réel à relever pour le législateur est de trouver le juste équilibre entre, d'une part, les informations essentielles qu'une partie au contrat électronique doit recevoir au bon moment, sans qu'elle soit noyée dans une mer de données périphériques, et d'autre part, d'éviter à ce que la partie qu'on lui impose de fournir ces informations ne soit pas dans l'impossibilité à remplir une corvée.

A - Sur les informations relatives à l'identification

La directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur dite « *directive sur le commerce électronique* » précise que les informations contractuelles doivent être fournies « *de manière claire, compréhensible et non équivoque* » et que pour l'identification de l'auteur de l'offre il faut un « *accès facile, direct et permanent* ».

La Directive n° 2011/83/UE exige au professionnel de fournir au consommateur des informations claires et exhaustives avant la conclusion d'un contrat à distance sur son identité, l'adresse géographique, son numéro de téléphone, son numéro de télécopieur et son adresse électronique, lorsqu'ils sont disponibles, pour permettre au consommateur de le contacter rapidement et de communiquer avec lui efficacement.

La loi Hamon met à la charge du professionnel de fournir au consommateur de manière lisible et compréhensible, avant la conclusion du contrat de vente ou de fourniture de services, les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités.

L'article 19 de la loi LCEN de 2004 impose au professionnel de communiquer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert à certaines informations dont celles relatives à son adresse de courrier électronique, son numéro de téléphone et son capital social ainsi que l'adresse de son siège social.

Les mêmes dispositions sont prévues par la loi marocaine 31-08 en exigeant au cybercommerçant de communiquer le nom, sa dénomination sociale du fournisseur, ses coordonnées téléphoniques qui permettent de communiquer

effectivement avec lui, son adresse et s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, s'il s'agit d'une personne autre que le fournisseur, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre.

Les premières exigences relatives au nom ou à la dénomination sociale, nous paraissent un minimum requis permettant d'identifier un cocontractant qui se trouve quelque part dans la planète et d'alléger la distance physique qui sépare les deux parties.

Cette identification permet, sans doute, de se rassurer sur la personne avec laquelle il est fort envisageable de contracter à distance et par voie électronique. Toutefois, les textes de loi ne précisent pas les modalités d'application de ces obligations et comment l'information exigée doit être communiquée. Les informations doivent être fournies « *de manière claire, compréhensible et non équivoque* » sans plus de précision.

En pratique, on peut retrouver ces informations sur le site web du professionnel, dans des rubriques spécifiques ou dans les conditions générales de vente. Il est recommandé que les informations transmises soient lisibles et à accès facile à son destinataire.

Dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de rappel de la réglementation en France, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a estimé que les informations précontractuelles requises par la loi devaient figurer non seulement sur le site Web du professionnel, mais aussi sur ses pages correspondantes au sein des réseaux sociaux (Facebook, Twitter, etc.), ce qui soulève évidemment une difficulté pratique en raison du faible espace parfois disponible. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes semble néanmoins avoir admis que, dans une telle hypothèse, le renvoi par un lien hypertexte aux informations figurant sur le site Web permet de satisfaire à l'obligation légale d'identification[334].

Le rapport du 30 août 2007, établi par un groupe de travail désigné par le Forum des droits sur l'Internet, a ressorti un certain nombre des recommandations

[334] V. VARET, A. DESPOISSE, « *Obligations d'identification en ligne : contenu, risques et sanctions* », chronique publié le 13/09/2013 au JDN « *Journal Du Net* ». Dis. en ligne : http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/55196/obligations-d-identification-en-ligne---contenu--risques-et-sanctions.shtml

et des bonnes pratiques qui fournissent aux consommateurs et aux professionnels des illustrations des meilleures pratiques pouvant être mises en œuvre dans le cadre du commerce électronique. Parmi ses recommandations utiles à rappeler dans cette étude, on relève le mode de présentation des informations liées à l'identification du cyberprofessionnel.

Le forum incite, dans ce cadre, à une centralisation des informations légales dans une seule page. Selon le forum, « *l'utilisation de l'expression "Mentions légales" ou "Informations légales" devrait être préférée à un intitulé " Qui sommes-nous ?", afin de refléter clairement le caractère obligatoire des mentions y figurant* »[335].

Dans ce sens, Monsieur Romain V. Gola précise qu'une attention particulière devra être portée à la rédaction des informations sur l'identification du professionnel. Pour cet auteur, ces informations permettent d'instaurer un climat de confiance et de transparence entre le commerçant et le consommateur[336]. Une notice légale figurant sur la page d'accueil du site web, s'avère pour l'auteur, un bon moyen pour tenir à la disposition du public les informations obligatoires.

La facilité d'accès aux informations légales requises par loi sur l'identité du professionnel a, aussi, un intérêt pratique. Monsieur Gautrais indique que l'écran, selon les spécialistes de communication électronique, est moins lisible que le papier et de ce fait, il assure une moindre compréhension que le papier, une capacité de faire des erreurs plus grandes et une mémorisation moindre[337]. Cet auteur ajoute que « *ce constat n'est pas sans incidence sur les contrats en ligne, le lecteur, adhérent, étant selon nous, moins apte à prendre connaissance du contenu contractuel que le consommateur traditionnel* »[338].

A propos des exigences relatives au numéro de téléphone, la question se pose pour des cybermarchands de faible importance et qui ne sont pas toujours en

---

[335] Forum des droits sur l'internet, « *Droit de la consommation appliqué au commerce électronique* » (31 août 2007) à la p. 14, en ligne : Forum des droits sur l'internet <http://www.foruminternet.org/IMG/pdf/reco-conso-20070831.pdf> [Forum des droits sur l'internet]. A souligner, toutefois, que le 7 décembre 2010 le Forum des droits sur l'Internet est disparu faute de subventions publiques.

[336] R. V Gola, « *Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce* », Gualino 2013, p. 291.

[337] V. GAUTRAIS, Rapport canadien « *La Cyber protection des consommateurs et la concurrence loyale (pratiques de la concurrence déloyale) et commerce électronique / Cyber Consumer Protection and Fair Trading (Unfair Commercial Practices) in E-Commerce* », Utrecht, Juillet 2006, p. 6. Disponible en ligne : http://www.gautrais.com/fichiers/2014/02/rapportcanadienUTRECHT.pdf

[338] *Ibid.*

mesure d'offrir un service clientèle téléphonique. Cette difficulté entraîne, soit l'absence d'affichage d'un numéro, soit l'affichage d'un numéro erroné ou l'affichage d'un numéro auquel aucun opérateur ne répond, rapporte le forum[339]. Toutefois, le numéro de téléphone reste un moyen de communication très facile et efficace et rapide pour, justement répondre au critère « *d'accès facile, direct et permanent* » à l'information.

Quant à l'adresse de messagerie électronique, généralement elle est très rarement affichée sur les sites internet. Le forum des droits sur l'internet précise, dans ce contexte, que la solution privilégiée consiste à mettre en place des formulaires de contact masquant le destinataire. Il estime que « *le refus d'afficher une adresse électronique correspond notamment au besoin de limiter la réception de courriers électroniques non sollicités (« spam ») par les entreprises ou bien de voir celle-ci collectée par des moteurs et utilisée à des fins parasitaires* ».

En effet, la recommandation du Forum à ce sujet se rapporte à la rédaction choisie de l'article 5 de la directive « *commerce électronique* » : « *les coordonnées permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec le professionnel* ».

Une telle formulation large est, selon le forum des droits sur internet, susceptible d'être employée aussi bien pour la vente à distance et le commerce électronique. Cette recommandation s'inscrit dans une perspective d'assouplir les textes et d'éviter toute référence à un mode de communication particulier ou spécifique.

En effet, cette approche permet de laisser au professionnel un large choix de moyen de communication des informations légales requises, sans être contraint de répondre au mode imposé par la loi, lequel peut constituer un obstacle majeur à la communication fiable de l'information.

Un professionnel qui ne souhaite pas communiquer sa messagerie électronique (pour par exemple les raisons évoquées ci-dessus par le forum), peut bien répondre à cette exigence en la forme, mais derrière, cette adresse pourrait être fictive ou non fonctionnelle.

[339] Forum des droits sur l'internet, p. 17

D'autres exigences légales sont liées à la communication du capital social et le numéro du registre de commerce.

Cette mention du capital social qui n'est imposée par aucune directive européenne, est introduite par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique[340]. Bien que le capital social ne constitue pas un élément suffisant pour déterminer la solvabilité d'une personne morale[341], il reste, néanmoins, comme le précise Monsieur Léger, un reflet de la situation financière de l'entreprise.

Le capital est une action dont la valorisation est la perception de l'entreprise, qui au-delà de sa valeur économique, dispose une valeur immatérielle constitué d'un ensemble objectif (la valeur financière) mais aussi subjectif (la valeur image) « *qui fait que les actionnaires et les investisseurs ont envie d'acheter ou de garder leurs titres de capital* »[342].

Sur sa valeur image, Monsieur Léger précise que celle-ci « *complète la valeur économique et ses caractéristiques techniques, […] le titre a une valeur image, une valeur immatérielle, qui par analogie comptable pourrait se traduire par la notion de goodwill ou de survaleur. Cette valeur immatérielle renvoie aux notions de notoriété, de sympathie, de confiance, de proximité, de différenciation, de prestige même* »[343].

Quant au numéro du registre de commerce, il est vrai que cette information est très utile car elle permet un accès direct à un nombre important d'informations sur le cybercommerçant. Il est même possible d'obtenir gratuitement en ligne des informations pertinentes sur la situation financière de l'entreprise, sur ses associés ou actionnaires, sur son ou ses dirigeants, le siège social, etc. ce numéro unique permet l'identification claire de l'entreprise.

L'obligation de communiquer le numéro de registre de commerce s'avère donc indispensable. L'intérêt des mentions portées au registre de commerce réside,

---

[340] Art. 19, Loi 2004-575 du 21 juin 2004.

[341] Le forum sur les droits de l'internet considère que « *des sociétés à faible capital peuvent être très profitables et solvables alors que des sociétés avec un capital important peuvent se trouver au bord de la liquidation. L'information n'a donc qu'une pertinence limitée* » et estime, en conséquence, que « *le capital social est une information peu utile pour les consommateurs* », p. 16.

[342] J.-Y. LEGER, « *La communication financière* », Dunod 2010, p. 11.

[343] *Ibid*, p. 33.

dans la fiabilité des renseignements qu'elles comportent pour les tiers[344], d'autant plus que l'obligation légale de signaler tout changement dans la situation de l'entreprise renforce encore plus cette fiabilité des informations sur l'entreprise et son existence.

Le numéro d'inscription au registre du commerce étant une information importante et utile donnant notamment accès à des informations relatives à la situation financière des entreprises, nous regrettons l'absence de cette mention dans d'autres législations comme celle du Québec ou du Maroc où aucun équivalent de ce numéro n'est requis. Il eut été appréciable de le prévoir comme complément à l'exigence relative au nom ou à la dénomination sociale.

En effet, au Québec, il reste « *possible d'apprécier la fiabilité du cybercommerçant avant la naissance d'un lien contractuel. Cette démarche informelle de précaution pourrait reposer sur les registres électroniques publics, par exemple celui du Registraire des entreprises du Québec ou la base de données de l'Office de la protection du consommateur du Québec, dont la consultation diligente permet de glaner des renseignements de base fort utiles sur les entreprises qui font des affaires au Québec* » [345].

Au Maroc, les informations sur l'entreprise peuvent être accessibles à partir de la dénomination sociale de la société.

Sauf que, d'une manière générale, le numéro du registre de commerce associé à la dénomination sociale permet d'accéder en ligne rapidement et facilement aux informations requises sur l'entreprise, alors que la dénomination sociale seule pourrait générer un nombre illimité d'entreprise ayant une dénomination sociale similaire, et même dans certains cas la dénomination sociale ne parait même pas dans les sites publics d'informations en ligne, ce qui rend le numéro de registre de commerce un élément efficace à l'accès rapide et certaine à l'information légale en ligne sur le futur cocontractant.

---

[344] A. BRAUD, « *Mémento LMD- Droit commercial 2013-2014* », Gaualino 2013, p. 97.

[345] S. KABLAN, A. OULAÏ, « *La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise* », dans Revue de droit de McGill, Vol. 54, n° 4, hiver 2009, p. 637.

B - Sur les informations relatives aux conditions contractuelles

L'objectif d'assouplir certains effets défavorables au cyberconsommateur en raison de l'immatérialité et de la distance qui caractérisent l'environnement électronique[346] a amené le législateur des différents pays à renforcer les textes relatifs aux informations précontractuelles, lesquels sont dans leur essor très prudents quant au contenu de l'information que le professionnel est tenu de fournir préalablement à la conclusion du contrat électronique.

C'est dans ce contexte que, par exemple, l'article 54.4 de la Loi québécoise sur la protection du consommateur impose « *une description détaillée* » de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques, alors que le Modèle d'harmonisation de 2001[347] évoque une « *description valable et exacte* ». Certaines provinces, comme la Colombie-Britannique[348] et la Terre-Neuve-et-Labrador[349] exigent, de leur côté, une description détaillée, ce qui semble malheureux dans un univers où il est possible de communiquer une énorme quantité de détails et de données.

L'expression « *description détaillée* » s'il est vrai qu'elle est de nature à laisser comprendre que la description doit porter sur l'ensemble des caractéristiques d'un produit ou d'un service sans ignorer le moindre détail, cette description, dont les critères de validité restent aussi répandus dans tous les sens, risque de noyer les caractéristiques essentielles du bien. Certains auteurs soutiennent, à cet égard, qu'à force de donner une multitude de détails, on « *risque de noyer les caractéristiques essentielles du bien dans un extraordinaire amalgame d'informations pouvant altérer [le] consentement* »[350].

C'est peut-être qu'en raison de la variété des biens et des services offerts dans le cyberespace que le législateur canadien a cherché à se prémunir contre les risques de l'ignorance. Toutefois, en le faisant, il semble qu'il est tombé

---

[346] Puisque le bien acheté ne peut être palpé par lui qu'après la conclusion du contrat électronique.

[347] Bureau de la consommation du Canada (BC), « *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet* » (29 mai 2001), en ligne : Industrie Canada <http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/ $FILE/Sales_Template_fr.pdf> [BC, « *Modèle d'harmonisation de 2001*»].

[348] *Business Practices and consumer protection Act*, [SBC 2004], Part. 4, C 2, Division 4, 46 (1), c).

[349] *Consumer protection and business practices act*, SNL2009 c C-31.1 Part V, Division 2, art. 29 (1), c).

[350] S. KABLAN, A. OULAÏ, « *La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise* », *op.cit.,* p. 640.

parallèlement dans une situation d'imprécision, et de manière incidente, dans l'illusion attachée à une éventuelle standardisation de leur description. Comme l'affirment certains auteurs, « *un consommateur trop informé est aussi un consommateur mal informé. Les formulaires électroniques peuvent comporter des dizaines de pages, truffées de liens hypertextes, ressemblant un ensemble de conditions, de clauses d'exonération, sans qu'une personne raisonnable ne puisse s'y retrouver* »[351].

La question qui semble aussi utile à se pose est celle de savoir quel sera le moyen adéquat permettant de s'assurer que le cybercommerçant remplit son obligation d'information, et notamment a bien renseigné le cyberconsommateur sur le produit ou le service en ligne ? Est-ce que la « *description détaillée* » d'un bien suffit-elle pour considérer que l'information fournie est suffisante pour que le cyberconsommateur prenne sa décision en connaissance de cause ? Que peut-on dire des caractéristiques exactes, mais non essentielles, d'un bien ?

Dans ce cadre, l'expression utilisée par le législateur français, marocain et belge paraît plus appropriée.

L'article L. 221-14 du Code de la consommation français[352], spécifique aux contrats conclus par voie électronique dispose, en effet, que « *le professionnel rappelle au consommateur, avant qu'il ne passe sa commande, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande* ».

L'expression *« caractéristiques essentielles »* est employée aussi par l'article 3 de la loi marocaine 31-08, laquelle a édicté que les informations que le cybercommerçant est tenu de fournir au cyberconsommateur, portent, entre autres, sur « *les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service* » en ajoutant que tous « *les renseignements susceptibles de permettre au cyberconsommateur de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens* ».

---

[351] C. BOUCHARD, M. LACOURSIERE, « *Les enjeux du contrat de consommation* », *in* Hein Online, 33 Rev. Gen. 373 2003, p. 395.
[352] Art. L121-19-3 C. consom. (ancien).

Le Code de droit économique belge prévoit, de son côté, dans l'Article VI.45. § 1er du Chapitre 2 qu'avant la conclusion d'un contrat à distance, le professionnel doit mettre à la disposition du consommateur les informations suivantes « *les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné* ».

En la matière, il est incontestable que ces différentes législations mettent l'accent sur la connaissance des caractéristiques essentielles du bien ou du service faisant l'objet du contrat, plutôt que sur sa « *description détaillée* » ou sa « *description valable et exacte* ». Il parait plus convaincant d'informer sur ce qui est essentiel ou principale pour pouvoir constituer une conviction si le bien ou le service conviendra ou non aux besoins du cyberconsommateur, que de mettre à la charge de cybercommerçant une variété d'information susceptible d'altérer le consentement de son auteur.

Nous nous interrogeons, dans ce cadre, sur l'utilité pour un cyberconsommateur de connaître le poids ou la profondeur du boîtier d'un ordinateur pour arrêter sa décision sur l'achat de celui-ci ?[353]. En effet, la description de manière détaillée les biens ou services offerts ne constituent pas le point déterminant dans la prise de décision de contracter en ligne. Par contre, le modèle, le processus et la mémoire d'un ordinateur, par exemple, sont des critères de choix très importants.

Monsieur Guy Audigier résume pertinemment ce qui pourrait être considéré comme un produit adéquat aux yeux des consommateurs. Pour cet auteur, « *un bon produit est celui qui se vend avec profit (pour le vendeur et pour l'acheteur), en d'autres termes celui dont les caractéristiques correspondent aux attentes des consommateurs du segment de marché choisi* »[354].

Les caractéristiques d'un produit peuvent être définies à trois niveaux. Le premier niveau correspond aux services rendus, c'est à dire le gain de temps, les déplacements, distraction, communication, etc. ; le second est relatif aux attributs, c'est-à-dire aux qualités perçues ou attendues par le consommateur comme le

[353] Même question a été posée par les auteurs Kablan et Oulaï. V. Serge Kablan et Arthur Oulaï, « *La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise* », *op.cit*., p. 640.
[354] G. AUDIGIER, « *Marketing et action commerciale* », Gualino 2010, p. 59.

poids, les performances, la composition, etc. et le dernier niveau se rapporte au contenu symbolique qui correspond au prestige, liberté, simplicité, robustesse, à la mode, puissance, etc.[355].

Il convient de souligner que le souci majeur d'un consommateur moyen ayant choisi de contracter par voie électronique est de recevoir un produit ou service qui répond tout juste aux critères, parmi ceux définis par l'auteur, qui ont été l'origine de sa décision de conclure son contrat.

Les informations essentielles est une notion subjective dépend de la nature du produit ou service, lesquelles sont jugées nécessaires à la conclusion d'un contrat non altéré de vice de consentement. Il semblerait logique et indispensable une concordance entre le bien ou service acheté et la description qui apparaît au moment de l'offre.

Les formulations de l'obligation d'information relative au produit et service doit avoir une attention particulière par le législateur afin de se prémunir contre tout déficit d'information pouvant altérer le consentement. Sans ignorer l'un des éléments importants en matière contractuelle consiste à s'engager en connaissance de cause.

Outre l'information relative au produit et service, d'autres mentions sont exigées par les différents textes exposés plus haut. Ces exigences portent notamment sur les conditions contractuelles de vente : les frais de livraison, les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ainsi que l'existence éventuelle d'un droit de rétractation, ses limites voire son absence, etc.

La directive « *commerce électronique* » se contente de préciser, dans ce cadre, que le professionnel doit mettre le client en état de conserver et reproduire les conditions contractuelles qui lui sont proposées, sans éclairer sur les modalités de l'acceptation des conditions contractuelle de vente du professionnel et sans déterminer dans quelle mesure ces conditions lui sont opposables, ce qui est regrettable.

La même disposition est reproduite par l'article 1127-1 du Code civil français[356] qui impose au cybervendeur professionnel de mettre à la disposition du

[355] *Ibid.*

cyberconsommateur ses conditions générales de ventes qui doivent pouvoir être conservées et reproduites.

Toutefois, l'article 30 de la loi marocaine 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur semble plus précis sur ce point, au moment où il impose au cybercommerçant de permettre au consommateur d'accéder facilement aux conditions contractuelles applicables à la fourniture des produits et biens ou à la prestation de services à distance et d'en prendre connaissance, sur la page d'accueil du site électronique du fournisseur du produit ou du prestataire de service ou sur n'importe quel support de communication comportant une offre du fournisseur.

Ladite loi exige que ces conditions soient expressément acceptées par le consommateur, avant la confirmation de l'acceptation de l'offre.

Une solution pourrait consister pour le professionnel à préciser l'existence de ces conditions sur la commande et à en permettre la consultation par le biais d'un lien hypertexte[357].

Si les importantes lacunes concernant l'exécution de l'obligation précontractuelle d'information devaient être soulignées, il faut également déterminer le moment de la fourniture de l'information afin de renforcer l'obligation précontractuelle d'information et pour assurer une meilleure protection du cyberconsommateur.

C - Le moment de la fourniture de l'information

Le trait commun entre les différents textes étudiés ci-dessus quant au moment auquel il faut délivrer ces informations, c'est qu'ils insistent tous sur une communication préalable à la conclusion du contrat.

La directive sur le commerce électronique précise qu'elles doivent être fournies avant la passation de la commande tout comme celle relative aux services

---

[356] Art. 1369-1 C. civ. – art. 25-II LCEN-, (anciens).

[357] V. Mémoire de N. MOREAU, « *La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.)* », DEA Droit des contrats, Année universitaire 2002/2003, document téléchargé sur : http://edoctorale74.univ-lille2.fr

financiers à distance qui précise que ces informations doivent être transmises « *en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance* ».

L'article L.111-1 du Code de la consommation précise, quant à lui, qu'elles doivent être accessibles avant que le consommateur soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services. Au même titre que l'article L.221-5 du Code de la consommation, applicable aux dispositions propres aux contrats à distance, l'article L.221-14 du même code, spécifique aux contrats conclus par voie électronique, affirme le caractère préalable à la conclusion du contrat ou à la passation de la commande. En outre, l'article 54.4 de la Loi Québécoise sur la protection du consommateur impose la communication de ces informations avant la conclusion du contrat.

L'article 17538 du *Business and Professions Code* de l'Etat de la Californie indique que la communication des informations obligatoires doit intervenir avant l'acceptation du paiement ou le transfert de fonds.

Le Code de droit économique belge oblige, quant à lui, le professionnel à délivrer un certain nombre d'informations avant la conclusion d'un contrat à distance.

Quant au législateur marocain, il s'est contenté, à travers l'article 29 de la loi 31-08 de mettre à la charge du professionnel « *avant la conclusion du contrat* » l'obligation de « *rappeler au consommateur ses différents choix et lui permettre de confirmer sa demande ou la modifier selon sa volonté* ».

Il serait souhaitable que le législateur marocain fût plus clair sur le moment de transmission des informations citées au même article 29 de cette loi. L'article 30 de la loi précitée est plus précis sur le moment d'accéder aux conditions contractuelles applicables à la fourniture des produits et biens ou à la prestation de services à distance, lesquelles « *doivent être acceptées expressément par le consommateur, avant la confirmation de l'acceptation de l'offre* ».

II - La sanction de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle

L'effectivité du dispositif législatif lié à l'obligation précontractuelle d'information ainsi mis en place doit être renforcée par des dispositions sanctionnant tout éventuel manquement à ces dispositions.

Les directives européennes laissent une assez grande marge de manœuvre aux Etats membres en matière de sanctions applicables.

C'est dans cette perspective que les Directives n° 2011/83/UE et n° 2000/31/CE renvoient, toutes les deux, aux législations nationales des pays européens et préviennent, dans ce sens, respectivement dans l'article 24 de la Directive n° 2011/83/UE et l'article 20 de la Directive n° 2000/31/CE que « *les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer la mise en œuvre de celles-ci. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* ».

La CNUDCI, quant à elle, estime que la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ne pouvait pas indiquer les conséquences que pourrait avoir tout manquement d'une partie à cette obligation[358] et considère que « *étant donné que ces questions sont traitées dans la plupart des systèmes juridiques, elles seraient régies par la loi applicable en dehors de la Convention sur les communications électroniques* »[359].

Quelles sont, donc, et de quels types ou catégories, eu égard aux lois nationales examinées ci-dessus, les sanctions en cas de manquement à l'obligation précontractuelle d'information ?

Généralement, l'inobservation par un professionnel de l'obligation d'information auquel il est contraint, entraîne la nullité du contrat. Des sanctions pénales restent possibles dès lors qu'un texte le prévoit.

---

[358] V. la Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, p.49. Consultable en ligne sur : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf

[359] *Ibid*.

A l'examen des conséquences aux manquements à l'obligation précontractuelle d'information, les sanctions sont, donc, de nature civile (A), pénale ou administratives (B).

A - Sanctions civiles

Certaines sanctions civiles sont formellement prévues en cas d'omission de tout ou partie des informations précontractuelles d'information.

En droit français, le manquement aux dispositions prévues relatives à l'obligation d'information du consommateur qui conclut un contrat électronique notamment celles liées « *aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat* »[360], est sanctionné aux termes de l'article L.242-2 du Code de la consommation[361] par la « *nullité du contrat conclu par voie électronique* ».

Le législateur canadien sanctionne la non divulgation au cyberconsommateur, avant la conclusion du contrat, de tous les renseignements énumérés à l'article 54.4 de la loi québécoise sur la protection du cyberconsommateur par la résolution de celui-ci[362]. La même sanction s'applique si les informations divulguées ne sont pas conformes à l'article susvisé.

Une fois la résolution du contrat est prononcée, et dans les quinze jours qui suivent, le cybercommerçant est tenu de rembourser le consommateur de toutes les sommes payées par ce dernier en vertu du contrat résolu et de tout contrat accessoire, y compris les sommes payées à un tiers[363].

Le cyberconsommateur est tenu, quant à lui, de restituer au cybercommerçant dans les quinze jours suivant la résolution du contrat, ou la livraison si celle-ci est postérieure à la résolution, les biens faisant l'objet du contrat dans l'état où il les a reçus. Pour ce faire, la loi met à la charge du cybercommerçant l'obligation d'assumer les frais raisonnables de restitution[364].

---

[360] Art. L. 221-14 C. consom. (ancien art. L. 121-19-3).
[361] Art. L.121-19-3, alinéa 2, C. consom. (ancien).
[362] Art. 54.8, Loi québécoise sur la protection du consommateur.
[363] Art. 54.13, Loi québécoise sur la protection du consommateur.
[364] Art. 54.13, Loi québécoise sur la protection du consommateur.

Dans la même logique de paiement des frais par le cybercommerçant l'article L. 221-6 du Code de consommation français[365] prévoit qu'en cas de non-respect de l'information sur les frais supplémentaires, le cyberconsommateur ne sera pas tenu de payer ces frais.

En droit belge, aussi, le professionnel qui ne respecte pas les obligations d'information relatives aux frais supplémentaires et aux autres frais liés au transport, à la livraison ou l'affranchissement et tous les autres frais éventuels ou aux frais de renvoi du bien en cas de rétractation (*si le bien, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste*), le coût de renvoi du bien ; le consommateur ne supporte pas ces frais[366].

La transposition par le droit français et belge de la Directive n° 2011/83/UE est parfaite. Les dispositions relatives aux frais supplémentaires sont édictées initialement par l'article 6 de la Directive n° 2011/83/UE relatif aux frais supplémentaires susceptibles d'être supportés par le cyberconsommateur dans le cadre de la conclusion du contrat électronique qui dispose, dans ce cadre, que « *si le professionnel n'a pas respecté les obligations d'information relatives aux frais supplémentaires et aux autres frais visées au paragraphe 1, point e), ou aux frais de renvoi du bien, visées au paragraphe 1, point i), le consommateur ne supporte pas ces frais »*[367].

Toutefois, le droit français semble plus clair que le droit belge sur la sanction en cas de manquement à l'obligation d'informer le consommateur que la passation de la commande implique son paiement.

A la différence du droit français[368], le législateur belge qui reprend mot pour mot le texte de la Directive n° 2011/83/UE[369], ne prévoit pas la nullité du contrat en

---

[365] Art. L.121-17-II, C. consom. (ancien).
[366] Art. VI.45 §5 du Code de droit économique belge.
[367] Art. 6, parag. 6, Direc. 2011/83/UE.
[368] L'article L.242-2 du code de consommation français prévoit la nullité du contrat conclu par voie électronique si le professionnel ne rappel pas au consommateur « *[...] avant qu'il ne passe sa commande, de manière lisible et compréhensible, les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article L. 221-5* » et s'il ne veille pas à ce que « *le consommateur, lors de sa commande, reconnaisse explicitement son obligation de paiement. A cette fin, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande comporte la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement. Les sites de commerce en ligne indiquent clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de commande, les moyens de paiement acceptés par le*

cas de ce manquement. Il dispose simplement que si le professionnel n'a pas veillé à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaisse explicitement que celle-ci implique une obligation de paiement, le consommateur n'est pas tenu par le contrat[370]. C'est une sanction lourde certes, mais ses conséquences restent incertaines. En effet, on peut comprendre du texte que le consommateur ne serait pas tenu au paiement, alors que le vendeur reste tenu de livrer le bien ou de fournir le service. Cette interprétation semblerait quand même très excessive et plus lourde que si la nullité était clairement prononcée. Le plus logique à penser est de considérer que le consommateur pourra annuler le contrat et récupérer ce qu'il a déjà payé en restituant le bien, sans frais, si, bien évidemment, cela serait possible.

En Suisse, par contre, puisque les obligations d'informations sont étroitement limitées à ce que prévoit, de manière explicite pour les contrats du commerce électronique, l'article 3, *littera* s. de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, les sanctions figurent naturellement dans la même loi aux articles 10 et 23. Outre les sanctions pénales prévues à l'article 23 de cette loi, l'article 10 accorde aux consommateurs[371] « *dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale* » et par renvoi à l'article 9 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, la possibilité de demander au juge d'interdire l'acte de concurrence déloyale, de faire cesser l'acte, si elle dure encore et d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste. Il est clair que ces trois demandes n'apporteront aucun intérêt pratique pour un consommateur qui a conclu un contrat de commerce électronique sans bénéficier des informations requises par

---

professionnel et les éventuelles restrictions de livraison », Art. 221-14 C. consom. (Art. L. 121-19-3, C. consom. ancien).

[369] Le deuxième alinéa du deuxième paragraphe de l'article 8 dispose que : *« Le professionnel veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible « commande avec obligation de paiement » ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer le professionnel. Si le professionnel ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande* ».

[370] V. article VI.46 §2 du Code de droit économique belge : « *l'entreprise veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible "commande avec obligation de paiement" ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande* ».

[371] « *Clients* » aux termes de l'article 10 de la loi.

l'article 3, *littera* s. Peut-être que ces dispositions ont un impact positif sur les futures transactions avec le professionnel en manquement, mais pas pour le consommateur victime de cet agissement fautif du professionnel.

Le dernier alinéa de l'article 9 confère, en outre, par renvoie cette fois, aux dispositions du Code suisse des obligations, la possibilité d' « *intenter des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires* ». En référence aux règles de « *Fixation du dommage* » prévues à l'article 42 du Code suisse des obligations, une autre disposition freine encore aux intérêts du consommateur. Le premier paragraphe de cet article met à la charge du demandeur d'apporter la preuve du dommage. Ici, deux éléments compliquent la situation du consommateur désirant obtenir gain de cause devant le juge pour obtenir des dommages-intérêts. Le consommateur sera tenu de prouver, d'une part, qu'il a subi un dommage et de prouver, d'autre part, l'existence de ce dommage. Ce n'est pas le manquement lui-même qui est sanctionné, mais plutôt les conséquences qui découlent de ce manquement. Cela ne fera qu'alourdir la situation du consommateur et affaiblir sa sécurité juridique, ce qui n'encouragera nullement le développement du commerce électronique en Suisse. En tout état de cause, il est bien précisé par le législateur suisse que l'action en demande de dommages-intérêts n'est recevable que pour les clients dont l'intérêt économique est menacé ou lésé par un acte de concurrence déloyale.

Outre les sanctions spécifiques aux manquements aux obligations contractuelles liées au commerce électronique, on peut toutefois souligner que le cyberconsommateur pourra se référer au droit commun des contrats.

Il s'agit, tout d'abord, des vices du consentement et plus particulièrement l'erreur ou le dol qui peut entraîner la nullité du contrat.

Si l'information omise porte sur une qualité substantielle de l'une des prestations dues, au sens du nouvel article 1132 du code civil français[372], le contrat électronique peut être annulé pour erreur. Si en revanche l'information a été omise

[372] Art. 1110, C. civ. (ancien). L'article 1132 précise que « *l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ».

dans le but d'inciter le cyberconsommateur à contracter, ce dernier pourra se fonder sur la réticence dolosive[373].

Le même principe est défendu en droit canadien[374] comme en droit marocain[375]. Au canada, le principe de la bonne foi enchâssé à l'article 1375 du Code civil de Québec procure une portée plus large sur les sanctions civiles qui en découlent.

La nouvelle ordonnance française du 10 février 2016, rappelle les deux sanctions possibles en cas de manquement à l'obligation d'information. Le dernier alinéa de l'article 1112-1 du Code civil prévoit la responsabilité du débiteur de l'information ainsi que la nullité en termes suivants « *outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ». Sur le terrain de la responsabilité, l'article 1112-1 du Code civil ne dit rien sur la réparation. La difficulté réside dans la détermination de ce qui aurait été le comportement du contractant s'il avait été dûment informé. La Cour de cassation, dans un récent arrêt du 31 janvier 2012, nous éclaire sur la composante du préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information. Selon la Cour, « *le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par une perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par une perte d'une chance d'obtenir les gains attendus* »[376].

Quant à la nullité, elle doit intervenir dans le cadre bien précis des articles 1130 et suivants du Code civil, c'est-à-dire lorsque le manquement à cette obligation aura provoqué un vice du consentement. Madame Fabre-Magnan affirme, à ce propos, que « *lorsque le consentement vicié porte sur la formation du contrat, il faut annuler la décision de conclure le contrat, c'est à dire annuler le contrat lui-même* »[377]. Le Rapport au Président de la République relatif à

[373] Art. 1137, C. civ.
[374] L'article 1419 du Code civil de Québec dispose que « la *nullité d'un contrat est relative lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers ; il en est ainsi lorsque le consentement des parties ou de l'une d'elles est vicié* ».
[375] Les articles 39 et suivants du Dahir des Obligations et Contrats.
[376] Cass., civ., Ch. com., 31 janvier 2012, n° 11-10.834 (Inédit).
[377] M. FABRE-MAGNAN, « *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* », L.G.D.J, 1992, p. 330.

l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, appui le caractère non-automatique de la nullité « *[…] le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement - erreur ou dol* »[378].

Le cyberconsommateur peut encore démontrer que cette violation de l'obligation précontractuelle d'information est constitutive d'une faute délictuelle et de demander des dommages intérêts sur le fondement de l'article 1240[379] du code civil français[380]. Madame Fabre-Magnan précise, à ce sujet, qu' « *il apparaît que toute obligation d'information qui a pour objectif d'éclairer un contractant dans le choix de son option a une incidence sur le consentement de celui-ci et devrait donc être sanctionnée sur le fondement de la responsabilité précontractuelle* »[381].

Enfin, le cyberconsommateur peut mettre en œuvre la garantie des vices cachés ou la garantie d'éviction, à condition d'apporter la preuve que la violation de l'obligation d'information précontractuelle soit à l'origine d'un vice caché ou d'une éviction.

Outre les sanctions civiles prononcées, d'autres sanctions d'ordre pénal et administratif sont prévues en cas de manquement à l'obligation précontractuelle d'information.

B - Sanctions pénales ou administratives

En droit français, l'article 19 de la LCEN sur les informations requises de toute personne exerçant l'une des activités du commerce électronique énumérée à l'article 14 de la LCEN est dépourvu de toute sanction. Toutefois, le dernier

---

[378] Le Rapport ajoute que « *en effet, un tel manquement pourra dans certaines hypothèses ne pas provoquer de vice du consentement, par exemple dans celle où le contrat ne serait finalement pas conclu : une partie qui aurait négocié pendant des mois avec une autre, et découvrirait tardivement et fortuitement une information déterminante que celle-ci aurait dû lui fournir, pourrait refuser de conclure le contrat, et réclamer la réparation du préjudice subi du fait du manquement au devoir d'information (ex : frais de négociation inutiles, perte de chance de conclure un contrat avec une autre partie, etc.)* ». Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n°0035 du 11 févier 2016, texte n°25.

[379] Art. 1382 C. civ. (ancien).

[380] Cet article dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

[381] M. FABRE-MAGNAN, « *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* », *op.cit*., p. 269.

paragraphe de cet article opère par renvoi aux articles L.511-3, L.511-21 et l'article L.511-7 du Code de la consommation en précisant que « *les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées par les agents mentionnés aux articles L. 511-3 et L. 511-21 du code de la consommation dans les conditions prévues à l'article L511-7*[382] *du même code* », ce qui implique que la violation des informations édictées par l'article 19 peut être constatée et poursuivie par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et la Répression des Fraudes.

Le décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014[383] dont l'objectif est de renforcer les pouvoirs dont dispose la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est venu pour sanctionner les manquements aux obligations d'informations.

Le communiqué de presse du 8 octobre 2014 sur les nouveaux pouvoirs conférés à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes[384] a éclairé la portée de ce décret quant à l'obligation d'information du consommateur et a précisé dans ce cadre que « *les manquements formels aux règles d'affichage des prix, d'information du consommateur, ou encore d'application du délai de rétractation pour la vente à distance, pourront désormais faire l'objet d'une injonction et d'une amende administrative jusqu'à 75 000 euros pour les personnes morales. La première mesure enjoint à un professionnel de se remettre en conformité avec la réglementation dans un délai imparti, tandis que la seconde sanctionne le manquement constaté* »[385].

Cependant, avant de décider de recourir à une amende, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

[382] L'article L.511-7 du Code de la consommation accorde aux agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes l'habilitation pour rechercher et constater les infractions aux manquements aux dispositions du titre II de la loi n° 2004-575 du 21juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[383] Décret n° 2014-1109 du 30 septembre 2014 portant application des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, renforçant les moyens de contrôle de l'autorité administrative chargée de la protection des consommateurs et adaptant le régime de sanctions. En ligne sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=18F62D4FE5D0BF4B12B4B6D67C5E9EF4.tpdjo11v_2?cidTexte=JORFTEXT000029527803&dateTexte=20141013

[384] Un communiqué de presse animé par M. E. MACRON, ex-Ministre de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique et Mme Carole DELGA, Secrétaire d'Etat chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation et de l'Economie sociale et solidaire.

[385] Communiqué de presse n° 095 tenu à Paris le 8 octobre 2014 sur « *Les nouveaux pouvoirs conférés à la DGCCRF entrent pleinement en application* ». Disponible en ligne : http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/18099.pdf

peut décider de procéder à un échange contradictoire avec le professionnel. L'amende peut par la suite se voir contestée par le professionnel devant la juridiction administrative[386].

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « *Loi Hamon* » a instauré des sanctions qui s'appliquent en cas de non-respect de certaines dispositions du droit de la consommation notamment concernant les obligations d'informations précontractuelles spécifiques au contrat conclu par voie électronique.

Depuis l'adoption de cette loi, les sanctions pénales, encourues en cas de manquement aux obligations prévues aux articles L.221-11 et suivants du Code de la consommation, ont été substituées par des sanctions administratives. Il en résulte que le non-respect des obligations précontractuelles relatives au contrat électronique ne constitue plus une infraction pénale mais un manquement qui expose son auteur à une amende administrative. C'est ainsi que l'article L.242-10 du Code de la consommation prévoit à l'encontre du professionnel qui méconnait les dispositions légales relatives à l'obligation d'information, une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3000 euros pour une personne physique et de 15000 euros pour une personne morale[387].

En effet, cette substitution qui conduit à une dépénalisation en matière de contrat électronique s'explique par la volonté du législateur d'accroitre l'effectivité du droit de la consommation. Cette question d'effectivité découle, selon le Magistrat Madame Emmanuelle Thizon, « *du constat que les infractions considérées ne débouchaient que rarement sur des poursuites et des condamnations. Aussi le législateur a-t-il songé que l'introduction de sanctions administratives permettrait de sanctionner des manquements qui, jusque-là, demeuraient impunis. L'instauration de sanctions administratives et la disparition corrélative des sanctions pénales correspondent donc à un désir de renforcer l'effectivité de la réglementation applicable aux contrats à distance portant sur des biens ou services non financiers ;*

---

[386] *Ibid*.

[387] L'article L.242-10 du Code de la consommation (ancien article L. 121-22 du Code de la consommation) dispose que « *tout manquement aux obligations d'information prévues aux articles L. 221-5, L. 221-6, L. 221-8, L. 221-11, L. 221-12 à L. 221-14 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. Cette amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre V* ».

ainsi, contrairement aux apparences, elles n'expriment pas une volonté d'indulgence mais de sévérité à l'égard des professionnels »[388].

Par ailleurs, les mêmes sanctions prévues en cas de manquements aux dispositions spécifiques au contrat électronique, sont également applicables en cas de violation des dispositions relatives à l'obligation générale d'information précontractuelle des articles L.111-1 à L.111-3 du Code de la consommation. Cette diversité de sanctions similaires peut donner lieu à un cumul de sanctions administratives susceptibles d'être prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours. Dans cette situation, conformément à l'article L.522-7 du Code de la consommation, ces différentes sanctions s'exécutent cumulativement[389].

Sur le continent nord-africain, le législateur marocain, consacre, à travers la Loi 31-08, le droit à l'information du cyberconsommateur et prévoit des sanctions pénales à l'encontre des éventuels contrevenants qui risquent en cas d'infractions aux obligations d'information précontractuelle spécifique aux contrats à distance une amende de 1200 à 10.000 dirhams, qui en cas de récidive est portée au double[390].

La récidive est considérée comme telle si la même infraction aux informations précontractuelles est commise « *dans les cinq ans suivant une condamnation ayant la force de chose jugée pour des faits similaires* ».

Des sanctions pécuniaires sont prévues en cas d'infractions à l'obligation générale d'information prévue notamment aux articles 3 et 5 de la loi 31-08. L'amende peut aller de 2000 à 5.000 Dirhams[391]. Toutefois, ce montant de

---

[388] E. THIZON, C. DE JACOBET DE NOMBEL, « *Ventes et prestations de services. -Ventes et prestations de services réglementées. -Ventes de biens ou prestations de services à distance* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Pénal des Affaires, LexisNexis, 20 Février 2015, Fasc. 10-10.

[389] Par souci de cohérence, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II, a modifié le dispositif prévu à l'article L.522-7 du code de la consommation, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation. Elle supprime le plafond du montant des amendes. Selon son article 123, II, « *les mots « passibles d'amendes dont le montant maximal excède 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale » et les mots : « dans la limite du maximum légal le plus élevé » sont supprimés ».*

[390] Art. 177, La loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

[391] Art. 173, Loi 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur.

l'amende applicable en cas de violation de l'obligation d'information préalable peut être qualifiée de dérisoire et dépourvue de caractère dissuasif[392].

Le législateur belge prévoit, quant à lui, des amendes pénales applicables en cas de manquement à l'obligation précontractuelle d'informations. La section 4 du Code de droit économique intitulée « *les peines relatives aux infractions au livre VI*»[393] prévoit dans l'Article XV. 83 une sanction de niveau 2[394] pour ceux qui commettent une infraction aux dispositions de l'article VI. 45 relatives aux informations précontractuelles mises à la charge du professionnel avant la conclusion d'un contrat à distance.

Les sanctions pénales sont plus sévères du côté du législateur suisse. Les peines sont privatives de liberté et elles sont applicables, sur plainte, en cas de manquement aux obligations d'insertion des mentions légales prévues par l'article 3 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Aux termes de l'article 23 de cette loi « *quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les article 9 et 10. Dans la procédure, la Confédération a les mêmes droits qu'une partie plaignante* ».

Conclusion de la Section I

La période précédant la conclusion du contrat électronique semble fasciner les législateurs des différents pays présentés plus haut. On peut dire également qu'il ne s'agit pas uniquement d'une simple tendance à mettre en exergue l'obligation d'information au sein du corpus législatif, mais plutôt une conscience collective que dans un mode de conclusion des contrats par l'électronique,

[392] En comparaison avec l'alinéa 2 de l'article 71 du Dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000 portant promulgation de la loi n° 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence qui sanctionne toute violation au Chapitre II portant sur « *la transparence dans les relations commerciales entre professionnels* » par une amende de 5.000 à 100.000 dirhams, on peut confirmer le caractère non réprimable de l'amende imposée dans le cadre du non-respect à l'obligation d'information précontractuelle.

[393] Le livre VI inclus, comme évoqué ci-dessus, le chapitre 1er relatif à « *l'Obligation générale d'information du consommateur* ».

[394] L'Art. XV.70 du Code de droit économique belge précise quant au niveau des sanctions ce qui suit :
« 1 *Les infractions aux dispositions du présent Code sont punies d'une sanction pouvant aller du niveau 1 au niveau 6. […] La sanction de niveau 2 est constituée d'une amende pénale de 26 à 10. 000 euros ».*

l'information constitue un chemin certain vers un consentement libre et éclairé. Sans doute ce devoir d'information est mis à la charge de celui qui détient une information déterminante pour le consentement de son cocontractant. Un effort considérable des législateurs pour mettre en place des obligations préalables à la conclusion du contrat électronique doit, donc, être souligné.

Toutefois, les informations précontractuelles exigées par les différentes législations ne manquent pas de susciter quelques difficultés. Certaines dispositions sont articulées avec d'autres règles ayant vocation à s'appliquer comme le cas du Code civil français avec le Code de la consommation ou l'exemple du Code civil du Québec avec la Loi sur la protection du consommateur. Encore, avec un niveau diffèrent, lorsqu'on constate qu'il n'y a aucune disposition spécifique au commerce électronique en droit suisse et que quelques règles spécifiques à l'information précontractuelle se trouvent dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale. Ce manque de consolidation des règles risque de compliquer l'appréhension de ces obligations, de les rendre redondantes et de créer des débats interprétatifs, marqués d'incertitudes sur le contenu et les modes d'exécution de celles-ci. Par ailleurs, dans un univers comme Internet, où les moyens techniques permettent de mettre en ligne tout et n'importe quoi, il y a bien le risque de se noyer dans un extraordinaire amalgame d'informations pouvant altérer le consentement de celui qui est censé en bénéficier. Dans un même contrat, il peut y avoir un mélange hétérogène de clauses et de documents contractuels (conditions générales de vente, conditions particulières de vente, conditions générales d'utilisation). En effet, lorsqu'ils divulguent des informations précontractuelles, les sites Internet ne font pas forcément d'économie. La pratique des sites Internet jouera sans doute un rôle important dans la transmission des informations utiles et pertinentes pour la conclusion du contrat par voie électronique. On peut imaginer un affichage sur l'écran d'ordinateur des mentions essentielles qui respectent un minimum d'exigences en matière d'information et de renvoyer l'internaute vers une autre source d'information, en mettant à sa disposition, par exemple, un accès facile à un lien hypertexte ou un numéro de téléphone gratuit où le complément d'informations exigées est directement disponible. Toutefois, on sera encore confronté à la difficulté de définir quelles seraient ces informations utiles et pertinentes que le professionnel est censé divulguer. Est ce qu'on ne peut pas considérer, par

exemple, dans ce cas, que les informations que l'article L.221-14 du Code de la consommation français[395] exige du professionnel de rappeler et d'afficher en priorité sur l'écran qui donne accès à l'acceptation de la commande comme étant les seules informations utiles et nécessaires à éclairer le consentement ?

En effet, l'incertitude peut créer la confusion et permettre des pratiques dissemblables d'un professionnel à l'autre, ce qui ne constitue pas un gage de sécurité des transactions électroniques. Seul un contentieux ultérieur permettra de juger la pertinence des informations utiles ou prioritaires, sans être étonner, tout de même, de se trouver en présence des décisions jurisprudentielles qui confirment dans leur ensemble le caractère indispensable d'une centaine d'informations avant la conclusion du contrat. Ce qui est indispensable, à notre sens, est de mettre en place la technique permettant la reproduction et la conservation des informations précontractuelles pour en servir en cas de conflits. C'est peut-être là que l'on verra bien l'utilité de certaines informations par rapport à d'autres.

Le défi à relever est toujours à l'ordre du jour : créer le juste équilibre entre garantir la communication des informations pertinentes avant la conclusion du contrat électronique et éviter que les exigences prescrites ne provoquent l'effet inverse indésirable. Les exigences d'information devraient être adaptées afin de tenir compte des contraintes techniques associées à Internet, psychologiques attachées à celui qui doit recevoir l'information et pratiques relatives à celui à qui on impose cette information.

Section II - La phase contractuelle

Depuis l'apparition du panier virtuel, l'achat par Internet est devenu désormais possible en tout lieu et à toute heure. Pratiquement, tout le monde peut tout acheter sans avoir à se déplacer au-delà du lieu où se situe son ordinateur connecté à internet. Grâce à la technologie de communications, les rapports humains connaissent de nouvelles formes d'échange.

[395] Ces informations sont « *relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article L. 221-5* ».

La transmission électronique des textes, des images et de sons, en supprimant les inconvénients liés à la distance et au temps, a crée une nouvelle façon de contracter et a révolutionné les règles de formation du contrat. Les contractants physiquement éloignés peuvent facilement échanger des informations, conclure un contrat en ligne de manière efficace, immédiate et beaucoup moins coûteuse que s'ils avaient choisi de se déplacer.

Toutefois, le contrat conclu par voie électronique demeure un contrat entre « *non présents* »[396], lequel, est contrairement au contrat conclu entre personnes physiquement présentes où l'acceptation est simultanément exprimée et communiquée à l'offrant, subit nécessairement un décalage « *d'ordre technique* » lié à l'acheminement de l'information. Si ce temps est, techniquement, quasiment nul dans la transmission de l'information entre les cocontractants, la formation du contrat entre personnes physiquement absentes reste toutefois, comme le précise à juste titre Madame Elizabeth GRIMAUX, « *dépendante de l'écoulement d'un temps « humain » nécessaire à la prise de connaissance de l'information, imposé par l'éloignement physique des parties. L'intervalle existant entre l'offre et l'acceptation en ligne n'est pas en lui-même une source de difficulté puisque ce décalage existe dans la majorité des contrats. La véritable difficulté tient au fait que le moment où l'offre est acceptée ne coïncide pas exactement avec le moment où le contrat est formé puisque, physiquement éloigné de l'acceptant, l'offrant ne peut connaître le moment précis où l'acceptation est exprimée* »[397].

Alors qu'en relevant que la difficulté réside dans le moment précis où l'acceptation est exprimée, Messieurs Gaudet et P. Kouri considèrent, par contre, qu'en réalité il n'y a pas de différence entre la situation où les contractants sont présents ou non présents. Pour ces auteurs, « *les mêmes règles s'appliquent que les contractants soient ou non en présence l'un de l'autre. De plus, et c'est cette prétention qui sera sans doute la plus surprenante, contrairement à ce qui semble*

---

[396] L'expression « *non présents* » est considérée plus juste que celle de « *contrats entre absents* ». V. P. CATALA, « *Exposé introductif. Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises* », colloque 13 mai 1998, Gaz. Pal. 1998, p. 1323 et s. spéc. p. 1328. Nous estimons que cette expression est mieux adaptée en matière du contrat électronique dans la mesure où les parties à ce contrat, tout en se trouvant dans deux ou plusieurs endroits éloignés, sont présents au cours du processus de formation du contrat. Seul le cas où il s'agit de communications entre deux machines qu'on peut conclure à l'absence des parties.

[397] É. GRIMAUX, « *La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique* », Comm. Com. Elec. n° 4, Avril 2004, chron. 10.

admis par la doctrine et la jurisprudence, tant en France qu'au Québec, nous croyons que même dans les contrats entre présents, ce n'est pas l'acceptation d'une offre qui fait naître le contrat mais que celui-ci n'est parfait que lorsque l'offrant a connaissance de l'acceptation de son offre. Nous tenterons donc de démontrer que l'acceptation, dans tous les cas, ne clôt pas l'accord de volontés mais n'est que la seconde étape d'un processus qui en compte une troisième, la connaissance de l'acceptation par l'offrant »[398].

Quoi qu'il en soit, comme tout contrat, le contrat formé par voie électronique suppose que les parties expriment leur volonté. Le consensualisme électronique autorise plusieurs modalités d'expression de la volonté, par un « *clic* » comme par un « *double clic* », mais qui se trouve encadré par un imposant formalisme destiné à préserver toutes les étapes du consentement par voie électronique.

L'offre et l'acceptation en ligne dont la rencontre forme le contrat, doivent être strictement encadrées et bien adaptées dans l'espace virtuel afin de garantir aux cocontractants une sécurité juridique digne de son nom. Les mesures classiques du droit commun des contrats ont dû donc être complétées et adaptées par des textes spécifiques.

La réglementation s'applique ainsi non seulement à l'offre de contracter (Sous-section I) mais aussi aux conditions déterminant son acceptation (Sous-section II).

Sous-section I - L'offre électronique

Le réseau tisse sa toile sur la planète entière[399] et Internet, par son infrastructure et ses pratiques, constitue un terrain d'observation privilégié de la mutation des notions juridiques en ce qu'il laisse à voir comment des définitions sont rendues obsolètes par la dématérialisation des échanges, éliminant ainsi une conception statique des notions juridiques[400].

---

[398] S. GAUDET, R. P. KOURI, « *Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence?* », Chron. de droit civil, (1989) 20 R.D.U.S. p. 177.

[399] A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, « *Droit de l'informatique et de l'internet* », presses universitaires de France, 2001, p. 467.

[400] G. BUSSEUIL, « *Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags* », Petites affiches, 21 mai 2014 n° 101, p. 4.

Le commerce en ligne implique des individus, autant que des entreprises engagées dans diverses transactions de commerce électronique recourant à des ordinateurs et à des réseaux de télécommunications[401].

La transaction en ligne est fondée sur l'idée de « *marchés virtuels* », menées à travers des réseaux ouverts fondés sur une infrastructure Internet fixe et sans fil[402].

Une fois qu'un professionnel lance ses activités dans Internet, le marché qu'il expose, est à la disposition de quiconque visite son site, sans considération du lieu ou du fuseau horaire. Les stratégies des firmes qui font concurrence dans Internet, ont pris plusieurs formes, allant de vitrines virtuelles, comprenant une description complète des produits et un support de ventes au matériel promotionnel, à une information simple sur le produit reliant les utilisateurs aux canaux de distribution existants[403].

Les politiques commerciales et marketing de l'e-commerçant sur le cyberespace mèneront à se pencher sur la question de savoir si toute information sur les réseaux de communications serait susceptible de constituer une offre. Une proposition contenue dans un courriel était-elle qualifiée d'offre ou de simple invitation à entrer en pourparlers.

D'autres interrogations s'imposent concernant les informations diffusées sur un site web et qui se présentent sous forme de catalogues électroniques des

---

[401] Dans ce cadre, il convient de constater qu'en France, par exemple, les ventes sur internet ont généré un chiffre d'affaires de 13,3 milliards d'euros de chiffre d'affaires au second trimestre 2014. Un chiffre qui a été augmenté de 10,5% par rapport au second trimestre 2013 (12,1 milliards). (Voir communiqué de presse de la fédération e-commerce et vente à distance du 23 septembre 2014, « *Bilan du e-commerce au second trimestre 2014* », N. LAINE - Responsable Communication. http://www.fevad.com/espace-presse/bilan-du-e-commerce-au-second-trimestre-2014-13-3-milliards-d-euros-de-chiffre-d-affaires-10-5-pres-de-150-000-sites-marchands.

[402] Une étude d'Ethiraj et al. (2001) signalent que « *la technologie d'Internet a trois effets majeurs sur la stimulation des vagues entrepreneuriales de commerce en ligne. Premièrement, elle a un effet de communication, c'est-à-dire qu'elle réduit fortement le coût de la recherche et du transfert de l'information.... Deuxièmement, Internet a un effet de courtage, en ce sens que le Web facilite la mise en relation des acheteurs et des vendeurs…. Troisièmement, la technologie Internet a un effet d'intégration, car elle transforme les relations entre l'acheteur et le vendeur et a un impact majeur sur la chaîne d'approvisionnement (intégration des besoins logistiques du fournisseur, du distributeur et du client en un processus cohésif) et sur la chaîne de valeur (la séquence des activités intervenant dans toutes les transactions qui s'accomplissent avant qu'un produit n'atteigne le consommateur final)* ». K. HILLARIUS, R. W. GLENN, « *Le rôle de la confiance dans le commerce électronique : une analyse stratégique* », Gestion, 2002/5 Vol. 27, p. 80-90. DOI : 10.3917/riges.275.0080, p. 82

[403] K. HILLARIUS, R. W. GLENN, « *Le rôle de la confiance dans le commerce électronique : une analyse stratégique* », Gestion, 2002/5 Vol. 27, p. 82.

produits et/ou des services destinés à un public indéterminé. En effet, entre offre en ligne et publicité, certaines nuances se manifestent.

Mais, quelle que soit la stratégie commerciale et marketing choisie par les firmes, la confiance devient une composante critique des relations entre les e-commerçants et l'e-consommateurs[404].

Avoir confiance, c'est croire surtout à la qualité et à la caractéristique attribuée à une chose[405]. C'est la raison pour laquelle, l'offre en ligne doit répondre à certaines exigences permettant ainsi de garantir au contractant en ligne la sécurité et la fiabilité des transactions une fois conclues et même avant leurs conclusions.

La qualification juridique de l'offre électronique constitue l'un des piliers indissociables de l'existence du contrat électronique et de sa formation (II). Son contenu détermine les conditions de sa validité (III).

Mais avant d'examiner la qualification juridique de l'offre et son contenu dans un espace virtuel, il convient de se focaliser sur les spécificités de l'offre en ligne (I).

I - Spécificités de l'offre en ligne

De par sa présence dans un espace virtuel, l'offre électronique revêt un caractère international par excellence (A), ce qui remet en cause la question de l'offre à une personne déterminée (B).

A - L'internationalité de l'offre électronique

Puisque le réseau Internet ne connaît pas de frontières, l'offre en tant que telle peut prendre une dimension internationale et comporter un élément d'extranéité[406].

En effet, toute personne, où qu'elle se trouve dans le monde, connectée à un réseau Internet peut accéder aux offres en ligne. Cette dimension planétaire présente des difficultés juridiques et pratiques qui résident dans la maîtrise du territoire par le pollicitant, d'où l'intérêt de cloisonner l'offre dans l'espace virtuel. Ce cloisonnement territorial de l'offre qui permet de limiter l'offre à une zone

[404] K. HILLARIUS, R. W. GLENN, *Ibid.*
[405] *Ibid.*
[406] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », Laatrache Editions, 2011, p.122.

géographique exploitable par l'e-commerçant, délimite en conséquence le champ d'application des règles de droit en vigueur, sauf stipulation contraire des parties.

Il en résulte que l'offre pourra prendre une dimension nationale, continentale voire même régionale[407].

Il est possible aussi de mettre en place une clause spécifique destinée à circonscrire l'offre en ligne à une zone géographique précise[408], autrement dit, « *la mise en avant d'un petit texte explicatif qui permettrait au juge saisi de voir que la démarche adoptée ne relève pas d'un quelconque abus mais d'une légitime gestion juridique de situations à risque* »[409], sauf à prendre toutes les précautions nécessaires à la description parfaite de la zone concernée, afin d'éviter de voir un marché virtuel s'accroitre à de nouveaux pays. L'exemple typique est celui d'une zone limitée à l'Union européenne où de nouveaux adhérents peuvent y intégrés.

La délimitation de la zone géographique est la démarche adoptée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris-Île-de-France dans son contrat type de commerce électronique[410]. C'est également une idée que reprend en doctrine un auteur comme Monsieur Breesé en indiquant que la « *clause du territoire* » pour qui « *l'offre est ainsi à géométrie variable (et) n'en est une que si l'interlocuteur est situé dans une zone compatible avec sa logistique de livraison* »[411].

Toutefois, cette dimension mondiale de l'offre ne se présente pas dans des réseaux conçus et paramétrés d'avance par les internautes pour couvrir uniquement le territoire national, ni pour les cas des offres destinées *via* une messagerie électronique à des personnes nommées ou à une population ciblée sur un territoire particulier[412].

---

[407] *Ibid,* p. 123

[408] F. MAS, « *La conclusion des contrats du commerce électronique* », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.I.A, 2005, p. 72.

[409] M. VIVANT (ss resp.), « *2394- La simple proposition d'entrer en pourparlers : une faculté ouverte* », Le Lamy droit du numérique 2014 (mise à jour juin 2017).

[410] Afin d'assister les TPE/PME ou tout entrepreneur individuel à saisir les opportunités du commerce en ligne, la chambre de commerce et d'industrie de Paris Ile-de-France a établi un contrat-type de e-commerce qui propose aux commerçants et consommateurs et qui est adapté à l'évolution des législations et notamment de la loi Hamon du 17 mars 2014 en matière de vente à distance. V. Etudes C. DELACROIX, « *e-commerce* », juin 2014.http://www.cci-paris-idf.fr/etudes/competitivite/commerce-concurrence-consommation/commerce-electronique-etudes.

[411] P. BREESE, « *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique* », Vuibert, 2000, p. 188.

[412] Dans ce cadre, il convient de mentionner que la notion de « *l'activité dirigée* » en matière de compétence territoriale, bien qu'elle est destinée à protéger le consommateur en le favorisant par la compétence du tribunal

En conclusion, la délimitation géographique de l'offre constitue une véritable politique commerciale et juridique, raisonnable et justifiée par le caractère international de l'offre.

B - Les modalités de l'offre électronique

L'offre est « *une manifestation de volonté ayant pour objet la proposition de conclure un contrat à des conditions qui sont précisées par l'offrant* »[413]. Elle est définie également comme « *la proposition faite par une personne déterminée à une ou plusieurs autres personnes, déterminées ou non, de conclure un contrat déterminé à des conditions déterminées* »[414].

Une jurisprudence constante, en France, a posé fermement le principe selon lequel « *l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée* »[415].

Il en résulte que l'offre faite à une personne déterminée, ou adressée au public *via* les réseaux internet emporte, en cas d'acceptation, formation du contrat.

Par ailleurs, la doctrine distingue l'offre à une ou plusieurs personnes déterminées, de l'offre à des personnes indéterminées, appelées aussi « *offre au public* »[416], « *pollicitation collective* », « *offre publique de contracter* »[417] et qui est destinée à toutes personnes intéressées sans aucuns critères.

De ce constat, il convient de s'interroger sur l'intérêt de cette distinction et de

---

de son pays de résidence, joue un rôle déterminant dans la délimitation du territoire à un pays donné. Selon une approche objective de l'activité dirigée « *l'activité d'un professionnel pouvait être considérée comme dirigée vers un État membre dès lors que les biens ou services proposés par le professionnel étaient accessibles aux ressortissants de cet État* ». Selon une approche subjective, retenue par la Cour de justice de l'union européenne, « *s'attache au ciblage volontaire des consommateurs d'un État donné par le professionnel* », par le fait de « *diriger son activité vers un État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile signifie que le professionnel "manifeste sa volonté d'établir des relations commerciales" avec les consommateurs de l'État en question* ». V. D. BUREAU, « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d' « activité dirigée* », Revue des contrats, 01 avril 2011 n° 2, p. 511.

[413] C. LARROUMET (ss dir.), S. BROS, Traité de Droit civil « *Les obligations : Le contrat* », 7ème Ed. ECONOMICA, 2014, n° 238, p. 216.

[414] M. VIVANT (ss resp.), « *2393 - L'offre, manifestation de volonté liant son auteur ?* », Le Lamy droit du numérique 2014, (mise à jour juin 2017).

[415] V. par ex. Cass., civ. 3, du 28 nov. 1968, publi. n° 507 ; Cass., 3ème civ., 12 février 1975, n° 73-14407, Bull. Arrêts Cass. Ch. civ. 3, n° 60, p. 47.

[416] J. GHESTIN, F. TERRE et Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil : Les obligations* », Paris, Ed. Dalloz, Coll. Précis Dalloz- Droit privé, 8ème éd. 2002, n° 114.

[417] M. POUMAREDE, « *Droit des obligations* », LGDJ, Ed. Extenso 2014, p.104.

son impact sur les relations tissées sur le réseau Internet (1), avant de se pencher sur les critères de la distinction entre offre à personne déterminée et celle destinée au public (2).

1 - L'intérêt de la distinction

En effet, cet intérêt s'avère nécessaire dans un contexte international de commerce électronique.

Si, en droit français, une proposition faite à des personnes indéterminées constitue en principe une offre, en droit anglais (*Invitation to treat*) ou en droit allemand (*Invitatio ad offerendum*) elle constitue une simple invitation à faire une offre[418].

Par ailleurs, il apparaît que le principe posé par la jurisprudence française est en contradiction avec celui dicté par la Convention de Vienne du 11 avril 1980, laquelle a vocation à régir de nombreuses offres de contrats par voie électronique dans le cadre du commerce inter-entreprises[419].

La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, convention ratifiée d'ailleurs par de nombreux pays[420], considère dans son article 14, §2 qu'une proposition adressée à des personnes indéterminées[421] ne constitue qu'une invitation à l'offre[422], à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué qu'il s'agit bien d'une offre. Dans cette hypothèse, le contrat serait parfait par l'acception émanant de l'autre partie[423].

Toutefois, si l'offre est adressée à des personnes déterminées, la proposition doit être précise et indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Selon la Convention, une proposition est suffisamment précise « *lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou*

---

[418] S. CHATILLON, « *Le contrat international* », 4ème Ed. Magnard-Vuibert, avril 2011, p. 116.
[419] F. MAS, « *La conclusion des contrats du commerce électronique* », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.I.A, 2005, p. 88.
[420] Le nombre d'Etats parties à la Convention de vienne, à ce jour, est quatre-vingt-cinq selon le site officiel de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
[421] Par exemple par l'envoi massif de publicités, catalogues électronique contenues dans des courriers électroniques non sollicités.
[422] Selon l'article 14, §2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises « *Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire* ».
[423] B. AUDIT, « *Vente* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, septembre 2011 (mise à jour juillet 2015).

donne des indications permettant de les déterminer »[424].

La Convention de la CNUDCI du 23 novembre 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux a repris la même qualification de la Convention de Vienne selon laquelle « *une proposition […] qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information […] doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation* »[425].

Tout en admettant, alors, que l'offre devient un véritable acte juridique (et plus précisément un engagement unilatéral de volonté) lorsqu'elle est adressée à une personne déterminée, d'une part, et comporte, d'autre part, la stipulation d'un délai précis[426], désigne la marchandise et fixe la quantité, il reste, néanmoins à conclure que, selon le texte de la Convention de Vienne et celui de la Convention de la CNUDCI du 23 novembre 2005, la proposition faite au public n'équivaut pas à une offre, mais constitue une simple invitation à entrer en pourparlers.

En outre, conformément aux Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, constitue une offre une proposition de conclure un contrat qui est suffisamment précise et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation[427], ou qui indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation et qui renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé[428].

Les principes européens ajoutent que l'offre peut être faite à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public[429] et que la proposition faite par un professionnel, dans une publicité ou un catalogue, ou du fait de l'exposition de marchandises, de fournir des biens ou des services à un prix fixé est censée constituer une offre de vendre ou de fournir les services à ce prix jusqu'à

---

[424] Art. 14, §1, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.
[425] Art. 11, Convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.
[426] P. CHAUVEL, « *Consentement* », *in* Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2007 (mise à jour octobre 2014).
[427] PUD, art. 2.1.2.
[428] Principes du droit européen des contrats, art. 2.201 §1.
[429] PDEC, art. 2.201§2.

épuisement du stock de marchandises ou des possibilités de rendre le service[430].

Il reste à noter qu'en droit français, le législateur, sensible aux particularités du commerce électronique, a introduit, sans déroger à la qualification traditionnelle, un aménagement dû au fait que sur Internet, le pollicitant ne maîtrise pas toujours la durée d'affichage de son offre. Cet aménagement est prévu par l'article 1127-1 du Code Civil[431] qui dispose que l'auteur de l'offre « *reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ». En conséquence, si l'offrant retire son offre, elle ne l'engage plus, même si la même offre apparaît ensuite sur un autre site, dès lors que cet affichage est indépendant de sa volonté[432].

2 - Les critères de distinction

Avec les réseaux de communication électroniques, le critère de distinction entre les deux types d'offre n'est pas sans difficultés, notamment dans un contexte où le réseau peut atteindre toute personne sans qu'il y ait de moyens de contrôler le sérieux et la solvabilité des destinataires de l'offre, un danger étant aggravé par le caractère international des réseaux.

Il est à souligner, dans ce cadre, que la majorité des offres accessibles sur les réseaux électroniques est destinée au public par voie d'annonces ou de catalogues. Ajoutant que des offres peuvent être destinées de façon nominative, systématique et automatique à un grand nombre de personnes ciblées à travers un paramétrage électronique qui gère l'émission des offres, d'autant plus que la Cour de cassation française considère que l'offre est qualifiée comme telle, si elle exprime la volonté de son auteur de s'engager en cas d'acceptation de son destinataire[433], sans faire la distinction entre offre au public et offre à personne déterminée.

Monsieur Philippe LE TOURNEAU estime que l'offre n'est pas publique même si elle est adressée par la messagerie à un grand nombre de destinataires,

---

[430] PDEC, art. 2.201 § 3.
[431] Art. 1369-4 du C. Civ. (ancien).
[432] J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », 3ème Ed., DALLOZ 2014, n° 514, p. 344.
[433] Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-12477, Bull. 1990 IV, n° 74, p. 51.

dès lors que chacun d'entre eux est désigné[434].

Le mécanisme utilisé pour formuler l'offre est évoqué par un autre auteur[435] qui considère qu'il ne saurait y avoir offre publique dès lors qu'une offre individualisée serait adressée nominativement à chacun des bénéficiaires, même si celle-ci est destinée à un nombre considérable de personnes.

L'offre doit rester, alors, à personne déterminée, quel que soit le nombre d'offres finalement émises, sauf lorsque le nom du bénéficiaire n'apparaît pas en introduction du message électronique[436].

Une autre partie de la doctrine[437] estime que l'offre est faite au public, même si, en fait, elle est adressée nominativement, à un très grand nombre de personnes, identifiées grâce à leur recensement sur un fichier. Son argument repose sur le fait que l'utilisation systématique de listes et de fichiers pour atteindre un public indéterminé, sous la présentation individualisée de lettres à personne dénommée (ou l'envoi massif et individualisé par courrier électronique) enlève à ce critère toute signification réelle[438].

On s'accorde, toutefois, à admettre que même dans l'hypothèse où l'offre est destinée à un grand nombre de personnes dénommées, la discussion sur sa qualification en offre publique ou non semblera plus claire à déterminer lorsque l'offrant s'est réservé la faculté d'agréer son cocontractant, ce qui entraînera, plutôt, une disqualification de l'offre en proposition d'entrer en pourparlers, ou bien lorsque l'offre faite au public est marqué d'*intuitu personae*. Là encore il s'agit, en réalité, d'une simple proposition d'entrer en pourparlers[439].

Dans ces deux hypothèses, l'offre faite au public avec des réserves explicites, ou implicites lorsqu'il est manifeste que les qualités personnelles du

---

[434] P. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », Ed. Dalloz, Paris 2008, p. 297.
[435] A. VIALARD, « *L'offre publique de contrat* », RTD civ. 1971, p. 750 et s.
[436] M. ZOIA, « *La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie)* », Gaz. Pal., 16 octobre 2001, n° 289, p. 14
[437] J. GHESTIN, Traité de droit civil, « *La formation du contrat* », 3ème Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 265 et s.
[438] J. GHESTIN, op.cit., p. 266 ; Cf. A. VIALARD, op.cit., qui admet que son avis n'échappe pas à la critique.
[439] P. CHAUVEL, « *Consentement* », *op.cit.*

cocontractant doivent être prises en considération[440], ne peut lier son auteur que dans la mesure de ces restrictions.

Il faut souligner qu'au regard même des techniques modernes de prospection de la clientèle, par l'envoi programmé, systématique et en masse des offres ou propositions à des milliers, même des millions de personnes nominativement désignées, qu'il s'agit là[441], d'offres au public, à personne indéterminée, du fait que « *la technique de commercialisation par l'offre personnalisée ne correspond pas forcément sur le plan juridique à une offre à personne déterminée* »[442], d'autant plus que le droit international ne considère une offre comme telle qu'en présence de la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, qu'en l'absence de cette précision, elle n'est considérée qu'une invitation à entrer en pourparlers[443].

Dans ce cadre, on pourra s'inspirer aussi de la Convention des Nations unies du 23 novembre 2005 sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux. Il semble que son article 11[444], emporté d'ailleurs du paragraphe 1 de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, est plus décisif sur la question de savoir dans quelle mesure les parties offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes de communication accessibles au grand public (Internet en l'occurrence) sont liées par les messages publicitaires qui y sont diffusés.

En définitive, l'offre électronique démontre que la frontière entre l'offre à personne déterminée et l'offre au public est artificielle.

---

[440] V. en ce sens, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK et L. AYNES, « *Les obligations* », Defrénois, 5ème Ed., 2011, p. 236.

[441] F. MAS, « *La conclusion des contrats du commerce électronique* », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.I.A, 2005, p. 90.

[442] F. MAS, op.cit.

[443] V. Art. 14, §1, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, PUD, art. 2.1.2.

[444] L'Article 11 précise qu' « *une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation* ».

La question de la distinction entre offre au public ou offre à personne déterminée mène à une question plus problématique, celle de la qualification de l'offre.

II - Qualification de l'offre électronique

En droit français, le Code civil n'a pas défini l'offre ; ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont dégagé la notion et en ont précisé les caractères. Dans son acception la plus large, l'offre est une proposition de contracter. En droit international, on peut retenir les deux définitions données par les articles 14, §1 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'article 2.1.2 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, qui qualifie d'offre de toute proposition de conclure un contrat qui est suffisamment précise et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Ce sont deux définitions qui reposent sur les critères permettant de répondre pleinement à la qualification juridique de l'offre. A défaut, il n'y aurait qu'une simple « *proposition d'entrer en pourparlers* » ou, encore, un appel d'offres.

Cette qualification suppose l'examen des conditions légales de l'existence de l'offre. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure les critères attachés à la qualification de l'offre, dans un espace virtuel, sur la toile mondiale, permettent d'identifier d'une part, l'offre d'une *invitatio ad offerandum* (A), et, d'autre part, l'offre d'une publicité sur le net (B). En d'autres termes, est ce que les informations diffusées sur un réseau de communications sauraient-elles être constitutives d'une offre ?

A - Offre ou simple invitation à entrer en pourparlers ?

L'offre ainsi définie doit se caractériser par la précision. Celle-ci renvoie aux éléments essentiels de l'opération envisagée par les parties, sans aucune indication de réserves implicites ou explicites accompagnant l'offre. Une lettre d'intention par laquelle un opérateur manifeste son intention d'entrer en relation avec un client

potentiel ne constitue une offre « *que dans la mesure où elle contient déjà les éléments essentiels de l'opération projetée et n'est assortie d'aucune réserve* »[445].

On sait aussi que, à partir des éléments de la définition de l'offre en droit international[446], qu'une proposition qui n'est pas adressée à une ou plusieurs personnes déterminées est considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle indique l'intention de la partie d'être liée en cas d'acceptation[447], ce qui n'est pas le cas en droit français.

A ce titre, une information diffusée sur un site web faisant office de catalogue électronique, est certes adressée à un public indéterminé, mais on admet, en droit français, qu'une offre soit formulée à un public indéterminé. Il s'agit donc bien d'une offre et non d'une *invitatio ad offerandum*. Cette qualification n'a guère d'application dans les pays de *Common law* où la proposition faite à un public indéterminé n'est pas constitutive d'une offre[448]. La même règle est adoptée en droit international, en l'occurrence, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui retient pour sa part la qualification d'invitation à entrer en pourparlers.

Le concept est inversé en droit allemand, comme en Angleterre, considérant que l'offre existe dès qu'un consommateur ou professionnel répond à une sollicitation du vendeur en lui adressant une offre de contracter[449]. Ce n'est pas la proposition du vendeur qui constitue une offre, mais c'est celle de l'acheteur qui est considéré en tant qu'offre. Le vendeur n'émet en conséquence qu'une invitation à contracter[450].

Par ailleurs, l'appréciation du critère de fermeté de l'offre pose quelques difficultés. En effet, comme développé précédemment, une proposition de contracter constitue une offre uniquement si son auteur manifeste la volonté ferme

---

[445] J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », 3ème Ed., DALLOZ 2014, n° 420, p. 259.
[446] V. définitions données par les PUD, art. 2.1.2, CVIM, art. 14 § 2.
[447] Une qualification, comme évoqué ci-haut, qui est contraire à la conception française selon laquelle une offre peut être adressée à une personne déterminée ou au public.
[448] J. HEINICH, « *447- L'erreur-obstacle* », Lamy Droit du Contrat, (mise à jour juillet 2017). V. également la fameuse affaire Partridge v. Crittenden, 1 QB 394, 1961, (Dans cette affaire, il a été jugé que l'exposition de marchandises dans une vitrise d'un magasin avec une étiquette de prix ne peut être considérée comme une offre mais une invitation à entrer en pourparlers. L'offre est plutôt faite lorsque le client se présente à la caisse avec l'article pour paiement. L'acceptation se produit au moment où le caissier encaisse le prix).
[449] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », Laatrache Editions, 2011, p.132. C'est l'exemple de l'affaire Partridge v. Crittenden, 1 QB 394, 1961 en Angleterre.
[450] T. VERBIEST, « *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique* », Ed. LGDJ, 2004, p.116.

d'être lié en cas d'acceptation. Mais qu'en est-il des sites internet qui prévoient des conditions d'agrément préalable des contractants avant la conclusion du contrat ou la passation de la commande[451], ou lorsque le professionnel ajoute dans la proposition faite sur une boutique virtuelle ou une galerie marchande[452] qu'il n'entend pas être lié par les informations diffusées contenues dans sa proposition ?

La question qui se pose alors, est de déterminer si la proposition électronique de contracter, en raison de ces réserves expresses ou implicites, n'est pas seulement une simple invitation à entrer en pourparlers, puisqu'elles entachent directement la qualification de l'offre.

La réponse est celle donnée par la doctrine[453] qui affirme que « *l'offre qui forme le contrat est celle qui fait l'objet d'une acceptation pure et simple. Autrement dit, l'auteur de l'offre, constitutive du contrat, est celui qui formule celle qui sera acceptée par son destinataire sans réserve ni contre-proposition* ».

D'une manière générale, en matière du contrat électronique la qualification d'offre doit être retenue uniquement dans l'hypothèse où le pollicitant ne dispose pas de la possibilité de se libérer de manière arbitraire.

Toutefois, il faut souligner que toute réserve ne doit pas être toujours un facteur de disqualification de l'offre. Il demeure une offre une vente de marchandises dans « *la limite des stocks disponibles* », car ici, il ne s'agit pas, de réserves proprement dit, l'offrant ayant simplement circonscrit l'objet de son offre[454].

---

[451] C'est le cas des clauses sur la possibilité de ne pas livrer l'internaute pour une distance jugée déraisonnable, libre choix de refuser ou d'accepter une commande effectuée en dehors de la zone géographique limitée par le pollicitant, ou encore une réserve implicite sur la qualité de la personne (*intuitu personae*). V. M. ZOIA, « *La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie)* », Gaz. Pal., 16 octobre 2001 n° 289, P. 14

[452] Dans le jargon de l'Internet, la boutique virtuelle désigne « *le lieu (virtuel) où se réalisent les opérations du commerce électronique ».* La galerie marchande *« est un lieu tout aussi virtuel où se regroupent toutes sortes de boutiques comme dans une galerie marchande ou un centre commercial traditionnel* ». M. VIVANT, « *2353- La distribution en ligne saisie par le droit* », Lamy Droit du Numérique 2004, (mise à jour juin 2017).

[453] J. GHESTIN, Traité de droit civil, « *La formation du contrat* », 3ème Ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 267.

[454] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *« Droit des obligations* », 12ème Ed., LexisNexis 2012, p. 105.

B - Offre et publicité, quelle nuance ?

L'Internet est aujourd'hui un lieu où la publicité est le secteur bénéficiaire par excellence au point que fut envisagée la création d'une taxe dite « *Google* » sur les revenus des plus grands opérateurs provenant de cette source[455].

La publicité peut être définie comme toute communication diffusée dans le but de promouvoir la vente d'un produit ou d'un service[456]. Pour une certaine doctrine, « *par rapport à l'offre, la publicité représente un stade moins avancé dans le processus menant à la conclusion du contrat* »[457].

L'offre de contracter par Internet est souvent entourée d'incitations sous forme de publicité. Celle-ci emprunte de plus en plus des voies variées : bandeaux publicitaires[458], *Skycraper*[459], *pop-up* ou *pop under*[460], interstitiel[461] sur les pages des sites internet, *spamming*[462]. La publicité peut, enfin, prendre la forme de

---

[455] M. VIVANT, « *Conclusion du Rapport Zelnik présenté en 2010 au Ministre de la Culture : voir. Libération, 7 janv. 2010 : Faut-il taxer Google ?* », Le Lamy droit du numérique 2014.

[456] E. LENTZEN, « *La publicité* », Courrier hebdomadaire du CRISP 1987/13 (n° 1158-1159), p. 1-52.

[457] R. V. Gola, « *Droit du commerce électronique : guide électronique du e-commerce* », Gualino, 2013, p. 302 ; T. VERBIEST, E. WERY, « *Le droit de l'Internet et de la société de l'information* », Larcier, 2001, p. 275 et s.

[458] Appelés aussi bannières publicitaires. Il s'agit d'une représentation graphique comportant le nom et la nature d'un site Web ainsi qu'une brève description et un appel à l'action. La bannière publicitaire peut également être accompagnée d'un contenu audio ou vidéo. Il s'agit du type de publicité le plus répandu. La taille, la forme et l'emplacement de la bannière sur une page Web peuvent varier considérablement et sont déterminés d'après le budget de l'annonceur.
V. http://www.entrepriseroe.ca/sites/default/files/MEDI_Booklet_Online_Display_Ad_accessible_F_final.pdf

[459] Format classique, peu intrusif, le skycraper offre une visibilité importante pouvant être augmentée par un expand. Cette haute colonne est le plus souvent placée à droite. Associé à une bannière, il s'apparente à un habillage de site dans le cadre d'une communication événementielle.
https://fr.wikipedia.org/wiki/Publicit%C3%A9_en_ligne

[460] Le *pop-up*, fenêtre apparaissant un moment du changement d'une page, est un format intrusif et décrié par les internautes. S'il enregistre de bons résultats malgré tout, il faut tenir compte de l'impact négatif que peut avoir son utilisation pour l'annonceur. Les *pop-up* sont capés – le nombre d'apparitions est limité pour un internaute -, de manière à limiter la gêne causée à l'utilisateur. A la différence du *pop-up*, dans le cas du *pop-under* la fenêtre s'ouvrant n'apparaît qu'au moment où cette page est refermée derrière la page de consultation de l'internaute. https://fr.wikipedia.org/wiki/Publicit%C3%A9_en_ligne

[461] Un interstitiel est « *un message publicitaire d'une durée d'environ 5 à 10 secondes s'intercalant entre deux pages de présentation d'un site. Il occupe généralement tout l'écran ou toute la fenêtre. Cet écran publicitaire est souvent animé ou sonore* ». N. VARILLE, « *Les modalités de contrôle de la publicité télévisée à l'épreuve de l'Internet* », Thèse Paris II, 1999.

[462] Le spamming consiste en l'envoi massif de messages publicitaires dans la boîte mail du destinataire sans que ce dernier ait sollicité ou autorisé cet envoi. V. L. GRUNBAUM, C. LE GOFFIC, L.-H. MORLET, « *Droit des activités numériques* », 1ère édition, Dalloz 2014, p. 79.
Le spam se présente autour de deux notions : *l'opt-in* et *l'opt-out*. La première repose sur l'interdiction d'envoie des messages publicitaires non sollicités par l'internaute et la deuxième consiste en la liberté d'adresser des messages et, en conséquence, plus protectrice du commerce. Le consommateur se réserve le droit de s'y opposer *via* un e-mail adressé au spammer. « *En Europe, la plupart des États a choisi la voie la plus protectrice du consommateur à savoir la solution de l'opt-in (...) l'Allemagne, l'Autriche, Danemark, la Finlande, l'Italie ou la Belgique (...) Au niveau des États-Unis, la culture semble différente. Les lois des États*

courriers électroniques personnalisés, de forums de discussion, de sites web ou de référencement de sites à partir de moteur de recherche, etc.

Au niveau de l'Union européenne, au sens de la Directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative[463] et de la Directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse[464], la publicité est définie comme « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations* ».

La Cour de justice de l'Union européenne[465] a relevé que « *ces deux directives fournissent, partant, une définition particulièrement large de la notion de publicité, laquelle peut dès lors se présenter sous des formes très variées, qui ne sauraient être prédéterminées strictement ».*

Le législateur européen a réglementé aussi la publicité autour de la notion « *communication commerciale* ». La Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique définie celle-ci comme « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* ».

Cette définition de la directive sur le commerce électronique laisse entendre que toute communication sur l'espace virtuel constitue une publicité dès lors qu'elle vise à faire connaître une entreprise, à promouvoir un produit ou un service. Cela concerne tant la publicité sur Internet que l'envoi de messages publicitaires aux internautes[466].

---

se tournent en effet vers un principe de licéité de la pratique sous réserve du respect de l'information du consommateur sur la nature commerciale du message reçu ainsi que sur le droit d'opposition dont il jouit. L'une de ces lois (il s'agissait de la loi Californienne) a été jugée conforme à "la clause de commerce" de la Constitution fédérale régissant le commerce inter-étatique ». J.-M. BRUGUIERE, « *Commerce électronique et protection du consommateur* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Commercial, LexisNexis,18 Mai 2009, Fasc. 860.

[463] Art. 2, ss a), Direc. 2006/114 (*JO L 376 du 27.12.2006, p. 21–27*).

[464] Art. 2, pt 1, Direc. 84/450 (*JO L 250 du 19.9.1984, p. 17*).

[465] CJUE, 3ème ch., 11 juill. 2013, n° C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV c/ Bert Peelaers, Visys NV.* V. spéci. Concl. de l'avocat général Paolo Mengozzi présentées le 21 mars 2013.

[466] V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, J.-M. BRUGUIERE, « *Le Droit de l'internet* », 2ème Ed. LexisNexis 2013, p. 165.

Eu égard aux définitions de l'offre et de publicité, une difficulté peut se poser et elle réside dans les critères de distinction entre ces deux notions présentes au cours du processus de passation d'une commande ou d'une manière générale dans la conclusion du contrat par voie électronique.

D'une part, un contrat est conclu une fois qu'une offre ferme et précise est acceptée par le cocontractant, et d'autre part, une publicité peut comporter aussi tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat, notamment une description détaillée du produit ou service, du prix, du mode de paiement, des conditions de ventes, la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée, etc.

Cette similitude permet-elle de retenir simultanément ces deux notions d'offre et de publicité. Est ce qu'on peut donner à la publicité la même valeur contractuelle d'une offre ?

En référence aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Belgian Electronic Sorting Technology* du 11 juillet 2013[467], on peut retenir que la notion de publicité comporte ces trois éléments : en premier lieu, la publicité constitue « *toute forme de communication* », en deuxième lieu, cette communication est « *faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » et, en troisième lieu, elle doit avoir pour but de « promouvoir la fourniture de biens ou de services* »[468].

Ces trois éléments contenus dans la définition donnée par les directives 84/450 et 2006/114 plaident en faveur d'une interprétation large de la notion de publicité. L'expression « *toute forme de communication* » employée par le législateur européen dans sa définition de la publicité témoigne de sa volonté de ne pas restreindre le champ couvert par les directives[469].

Ces directives visent aussi à constituer « *un encadrement complet pour toute forme de manifestation publicitaire, qu'elle conduise ou non à la conclusion d'un*

---

[467] CJUE, 3ème ch., 11 juill. 2013, n° C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV c/ Bert Peelaers, Visys NV*.

[468] Conclusions de l'avocat général M. PAOLO Mengozzi, présentées le 21 mars 2013, aff. n° C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV c/ Bert Peelaers, Visys NV*.

[469] G. BUSSEUIL, « *Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags* », Petites affiches, 21 mai 2014, n° 101, p. 4.

contrat, et ceci afin d'éviter qu'une telle publicité porte préjudice tant aux consommateurs qu'aux professionnels, et entraîne une distorsion de concurrence au sein du marché intérieur »[470].

Sur le fondement de ces notions de la publicité, on peut estimer donc que celle-ci se distingue de l'offre à partir de deux finalités : tout d'abord, la finalité de la communication publicitaire qui est de « *promouvoir la fourniture de biens ou de services* », la destination ensuite de celle-ci qui doit être faite au public. Les différentes formes de publicité (bandeaux publicitaires, interstitiels, courriers électroniques, etc.) que nous avons relevées répondent bien à ces deux critères.

Comme le souligne Monsieur Bochurberg « *l'Internet constitue un média particulier puisque l'interactivité en est le fondement. De plus l'utilisateur qui cherche une offre commerciale ne visite pas un site web par hasard. La consultation d'un site se fait un peu à l'image de la commande d'un document commercial. En somme la publicité sur Internet présente la spécificité de ne pas constituer un passage obligé, à la différence d'un affichage sur la voie publique* »[471].

En outre, contrairement à l'offre qui doit revêtir un caractère ferme et précis, donnant lieu à une information claire et non ambiguë sur le produit ou le service concerné, la publicité reste un moyen de promouvoir la vente et un outil d'attraction. Pour ce faire, la plupart des clips publicitaires impliquent des images composites, soit des décors réels avec des personnages de synthèse, soit l'inverse. Le trucage numérique qui agit sur une image réelle, est aussi présent dans les publicités en ligne. A ce titre, « *les images de synthèse sont de plus en plus réaliste, rendant impossible toute perception objective de la réalité présentée. Il est rare que l'image représentée n'ait pas été, pour partie ou totalement, remaniée par un ordinateur* »[472].

Si on peut admettre qu'il est souvent difficile de distinguer entre une offre et une publicité, il convient, toutefois, de souligner que l'identification de la publicité comme telle est imposée par le législateur européen. Ce devoir d'identification du message comme étant publicitaire constitue une obligation générale d'information.

---

[470] G. BUSSEUIL, *op.cit*.
[471] L. BOCHURBERG, « *Internet et commerce électronique* », Delmas 1999, p. 76. ; J.-M. BRUGUIERE, « *Commerce électronique et protection du consommateur* », *op.cit*.
[472] M. LEROY, B. MOUFFE, « *Le droit de la publicité* », 2ème Ed. BRUYLANT BRUXELLES 2001, p. 592.

Cette obligation, issue de la directive sur le commerce électronique, a été transposée en droit français par la loi pour la confiance dans l'économie numérique par l'article 20 qui dispose que « *toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée* » [473].

Pareille obligation est imposée par le Code de consommation français pour les publicités adressées par courrier électronique. L'article L.122-8 du Code de la consommation[474] prévoit que « *les publicités et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire ou, en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message* ».

Le même Code de la consommation prévoit, dans ce cadre, des amendes administratives en cas de méconnaissance de ces obligations spéciales d'information à l'article L.132-26 dudit Code[475], ainsi le professionnel peut être condamné au paiement « *d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale* ».

Admettant qu'une publicité en ligne représente tous les éléments constitutifs d'une offre, est ce qu'on peut qualifier d'offre le message identifié par le professionnel comme étant publicitaire ?

En effet, Monsieur Jérôme Huet estime que « *souvent une entreprise ne se sert d'un site qu'à titre de vitrine : elle y fait figurer des informations sur ses produits ou services, éventuellement tout son catalogue, mais ne propose pas de commander en ligne. À l'évidence, les informations ainsi fournies constituent de la*

---

[473] Cette obligation d'identification du message comme étant publicitaire a été appliquée à la société Google sur son moteur de recherche « *Google Shopping* ». Ce dernier vise à référencer et présenter les produits disponibles à la vente permettant ainsi aux internautes de les chercher, les comparer et les acheter sur le site marchand. La Cour d'appel de Paris a considéré que ce référencement des sites constitue de la communication commerciale et qu'à ce titre, « *Google shopping* » doit clairement indiquer qu'il s'agit de publicité par application de l'article 20 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. V. L. GRUNBAUM, C. LE GOFFIC, L.-H. MORLET, « *Droit des activités numériques* », *op.cit.,* p. 77.

[474] Art. L 121-15-1 C. consom. (ancien).

[475] Art. L.121-15-3 §2 C. consom. (ancien).

publicité. Elles doivent respecter les règles existantes en la matière et, notamment, être exactes et loyales, et respecter l'ensemble des règles gouvernant la publicité »[476]. Toutefois, il y a lieu de souligner que lorsqu'un professionnel présente son catalogue en ligne sur un site Internet, il se peut que son choix ne porte pas uniquement sur l'utilisation du site comme une vitrine, c'est à dire un outil promotionnel qui constitue une publicité en ligne, mais aussi un moyen pour proposer aux visiteurs du site de contracter en ligne, c'est à dire de passer commande pour tel produit ou service. Dans ce cas, on peut parler d'une offre en ligne. Le site commercial peut constituer la première phase du processus contractuel et servir à passer des contrats au lieu de simples publicités[477]. Une entreprise peut placer des bannières publicitaires sur Internet afin d'encourager les internautes à cliquer sur ces annonces qui les dirigent vers le site web du professionnel. Si une annonce sur un produit précis dirige l'internaute vers le site Internet de ce dernier où il peut passer une commande en ligne, cette publicité constituera bien une offre dont l'acceptation formera le contrat électronique.

En résumé, si le message publicitaire destiné au public est clair, précis et ferme et doté des moyens permettant aux destinataires d'émettre une acceptation du produit ou service proposé, ceci peut être qualifié d'offre dont l'acceptation formera le contrat.

Toutefois, cet avis peut être confronté aux différentes législations visées plus haut, où la proposition faite à un public indéterminé n'est pas constitutive d'une offre.

Le droit anglo-saxon considère, en principe, que la publicité ne peut constituer une offre en raison de l'insuffisance de précision et parce qu'elle n'est pas adressée aux destinataires d'une façon suffisamment spécifique et que les circonstances de l'affichage d'une publicité excluent une véritable intention de conclure le contrat sur le seul fondement de cet affichage publicitaire[478]. Toutefois, certaines juridictions anglo-saxonnes qualifient d'offre la publicité qui vise un groupe

---

[476] J. HUET, « *Pratique des contrats électroniques* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 26 Mai 2014, (mise à jour 27 Juillet 2014), Fasc. 2420.
[477] *Ibid*.
[478] F. XAVIER TESTU, « *Contrats d'affaires / Chapitre 21 – Négociation et conclusion des contrats* », Dalloz référence 2010.

particulier de destinataires *offering circulars* et si le destinataire pouvait penser que l'offre reçue lui a été destinée en particulier[479].

Dans la note explicative de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[480], celle-ci a estimé que « *la solution retenue pour les opérations en ligne ne devrait pas être différente de celle appliquée à des situations équivalentes dans un environnement papier. Elle est donc convenue qu'en règle générale une société qui fait de la publicité pour ses biens ou ses services sur Internet ou par l'intermédiaire d'autres réseaux ouverts devrait être considérée comme invitant simplement les personnes qui ont accès à son site à faire des offres. Par conséquent, une offre de biens ou de services par l'intermédiaire d'Internet n'est pas présumée constituer une offre irrévocable* ».

Il est utile donc, sinon indispensable, de disposer de normes internationales communes et une harmonisation des réglementations relatives à la publicité et à l'offre par voie électronique.

III - Les conditions de validité de l'offre électronique

Dans le réseau internet, toute personne, professionnel ou non, peut proposer des produits et/ou services sans qu'il y ait moyen de contrôler le sérieux et la solvabilité de l'offrant. Ce risque ne peut que s'aggraver dans un contexte international du contrat électronique où le destinataire de l'offre peut se trouver dans un autre coin de la planète que l'offrant[481].

En droit allemand, la *Rechtsbindungswille*[482] constitue un pilier fort présent dans la théorie de la déclaration de volonté et elle est considérée comme un instrument de contrôle du sérieux de la formation du contrat. Si une déclaration est faite sans l'intention d'être lié juridiquement en cas d'acceptation, celle-ci ne peut constituer une offre et ne peut pas conduire à la conclusion d'un contrat, mais

---

[479] *Ibid*.

[480] Note disponible *via* le lien suivant : https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf

[481] M. VIVANT (ss resp.), « *Le droit des réseaux - Le commerce électronique - L'offre en ligne* », Le Lamy droit du numérique 2014, (mise à jour juin 2017).

[482] C'est à dire l'intention d'être lié juridiquement.

seulement créer une relation de proximité « *Gefälligkeitsverhältnis* » entre les parties[483]. Pour cette raison, l'offre doit constituer une manifestation de volonté ferme et précise.

Dans le contexte de l'offre par voie électronique, celle-ci doit, en outre, répondre à divers critères à raison des particularités de ce moyen de conclusion du contrat.

On considère qu'il y a bien offre, si elle comporte les éléments essentiels du contrat[484]. Il s'agit bien de savoir sur quoi doit porter le consentement des parties pour que le contrat soit formé, en d'autres termes, que doit contenir l'offre en ligne ? (A)

Par ailleurs, l'offre dont les éléments sont réunis, fait naitre une obligation de maintien de l'offre (B).

A - Contenu de l'offre en ligne

Etant donné que l'offre n'est pas n'importe quelle manifestation de volonté, que son acceptation aboutit à la conclusion du contrat, il en résulte qu'elle doit être précise et ferme.

Si la fermeté de l'offre suppose que l'offrant ait la volonté de s'engager dans les termes du contrat qu'il propose[485], sans aucunes réserves[486], car la levée de

---

[483] R. SCHULZE, « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat – Rapport de synthèse* », Revue des contrats, 01 octobre 2013, n° 4, p. 1720.

[484] F. XAVIER TESTU, « *Contrats d'affaires / Chapitre 21 – Négociation et conclusion des contrats* », *op.cit*.

[485] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, « *Droit des obligations* », 12ème Ed., LexisNexis 2012, p. 104.

[486] Il arrive qu'une offre soit assortie de réserves. Dans un arrêt du 6 mars 1990, la Cour de cassation a précisé qu' « *entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». La chambre commerciale a indiqué que « *par son adhésion à la proposition contenue dans le bon de commande, M. Borde n'avait formulé qu'une offre d'achat, révocable comme telle jusqu'à ce que la vente devienne parfaite par l'acceptation du vendeur* ». Cass., ch. com., du 6 mars 1990, n° 88-12.477, Bull. 1990, IV, n° 74, p. 51 ; V. également J. GHESTIN, (dir.), « *Traité de droit civil : La formation du contrat* », 3ème Ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 264.
Ces énoncés sont en parfaite conformité avec l'article 14 de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises qui dispose qu' « *une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ». Même disposition est prévue par l'article 11 « *invitation à l'offre* » de la Convention des nations unis sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Il dispose qu' « *une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation* ».

ces réserves emporte un nouvel accord de l'offrant[487], la précision, quant à elle, signifie que l'offre doit contenir tous les éléments essentiels du contrat sur lesquels les parties doivent s'accorder afin qu'une simple acceptation permette la conclusion du contrat[488].

L'étendue des obligations qui doivent figurer dans l'offre, dans l'univers électronique, est de nature à assurer le niveau de précision nécessaire au caractère juridique de l'offre.

En présence d'une obligation d'information préalable sur le contenu de l'offre (1), il se pose la question de savoir quels sont les éléments essentiels du contrat sur lesquels les parties doivent s'accorder pour qu'un contrat électronique soit valablement formé ? (2).

1 - Conditions de l'offre

L'offre électronique constitue une proposition ferme de conclure un contrat déterminé, à des conditions également déterminée[489].

D'une manière générale, l'offre doit comporter les conditions générales applicables, l'identification précise de l'objet, la disponibilité du bien et le délai de livraison, les modalités de paiement, les garanties contractuelles.

L'obligation d'information, particulièrement étendue, permet, par principe, d'assurer une précision suffisante de l'offre.

A ce titre, dans la directive européenne 2000/31/CE sur le commerce électronique, le professionnel est tenu de mentionner dans son offre des informations particulières sur la connaissance des étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant au cyber-contractant de détecter ses erreurs, la langue du contrat, les modalités de l'archivage[490].

En effet, selon l'article 10 de la section 3 relative aux contrats par voie électronique, l'offre doit comporter la connaissance des étapes à suivre pour

---

[487] S. CHATILLON, « *Le contrat international* », 4ème Ed., Magnard-Vuibert- avril 2011, p. 117.
[488] P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, « *Droit des obligations* », 12ème Ed., LexisNexis 2012, p. 104.
[489] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », *op.cit*., p.132.
[490] Art. 10 de la Section 3 relative aux Contrats par voie électronique de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur « *directive sur le commerce électronique* ».

conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant au cyber-contractant destinataire de l'offre de détecter ses erreurs dans la saisie des données et de les corriger, la langue du contrat, les modalités de l'archivage (s'il y en a un), et « *les règles professionnelles, déontologiques et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre* ».

En droit français, la loi pour la confiance dans l'économie numérique a précisé les conditions de l'offre effectuée par voie électronique et qui s'imposent à ceux qui exercent une activité de commerce électronique. L'offrant, dans ce cadre, est tenu de mettre à la disposition de ses cocontractants en ligne toutes les conditions contractuelles applicables permettant leur conservation et reproduction[491].

L'offre doit indiquer, en outre, « *1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ; 4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.* ». Contrairement à l'ancien article 1369-4 du Code civil[492], le nouvel article 1127-1 du même Code exige la présence de la langue française parmi les langues proposées pour la conclusion du contrat.

Au Canada, l'article 54-04 de la loi sur la protection du consommateur met à la charge du professionnel en ligne de présenter au cyberconsommateur toutes les informations se rapportant à son identité ainsi qu'une « *d) une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques ; e) un état détaillé du prix de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, des frais connexes qu'il exige, de même que du coût de tout droit exigible en vertu d'une loi ; f) une description de tous les frais supplémentaires qui pourraient être exigibles par un tiers et dont le montant ne peut*

[491] C. civ., art. 1127-1, al. 1 er (ancien art. 1369-4, al. 1er).
[492] Article abrogé au 1er octobre 2016 par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, (*JORF n° 0035 du 11 février 2016*).

être raisonnablement calculé, notamment les droits de douane et les frais de courtage ; g) le total des sommes que le consommateur doit débourser en vertu du contrat et, le cas échéant, le montant des versements périodiques, le tarif applicable pour l'utilisation d'un bien ou d'un service accessoire de même que les modalités de paiement […] ; i) la date ou les délais d'exécution de son obligation principale […] ».

On peut en conclure que ces données qui se présentent comme des informations préalables à la conclusion du contrat par voie électronique, constituent aussi les éléments que doit contenir une offre destinée au cocontractant.

Dans l'article 45. § 1er du Chapitre 2 sur les contrats à distance du Code de droit économique belge, ce sont les mêmes informations évoquées dans les articles précédents que le professionnel est tenu de fournir au cyberconsommateur avant la conclusion du contrat.

Généralement, comme en droit français, les sanctions du défaut de ces éléments renvoient au droit commun du contrat[493].

Nous constatons que tous les éléments cités plus haut ne constituent que des conditions à la conclusion du contrat électronique. Leur valeur contraignante est restée à déterminer. Même la Directive commerce électronique ne prévoit pas de sanctions si le procédé de formation du contrat n'est pas décrit ou si les clauses contractuelles sont inaccessibles[494].

Il est, néanmoins, regrettable de constater l'absence d'un contenu précis de l'offre par voie électronique, alors que même ces éléments précités, si bien qu'ils entrent dans le cadre de l'obligation d'information qui incombe au professionnel, particulièrement étendue, et qui permettent de fournir une précision sur les conditions contractuelles, il reste indispensable d'avoir une précision suffisante sur les éléments essentiels de l'offre dont l'acceptation donnera lieu à la formation du contrat électronique.

---

[493] J. BEAUCHARD, « *L'offre dans le commerce électronique* », *in* « *Le contrat électronique : au cœur du commerce électronique* », Etudes réunies par J-C HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ 2005, p. 35.

[494] L. GRYNBAUM « *La directive "Commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique* », Revue Comm. Com. Elec., juillet 2001, n° 7-8, chron. 18.

2 - Eléments essentiels de l'offre

Dans le contexte numérique, dans lequel le contrat électronique peut se former en quelques minutes, il s'avère inconcevable de conclure qu'un internaute prenne le temps nécessaire de lire les conditions générales de vente que nous pouvons trouver, généralement, tout en bas de l'écran dans le site du professionnel, alors que cet élément figure bien parmi les informations obligatoires incombant au professionnel.

Loin du caractère lourd des conditions générales de vente, il y a lieu de conclure que ce n'est pas le contenu de ces conditions qui a suscité le cocontractant à accepter l'offre, mais décidément d'autres éléments estimés suffisants pour former le contrat en ligne. Toutefois, les conditions générales de vente peuvent inclure des informations nécessaires à la bonne exécution du contrat.

Dans un litige opposant *Content Services Ltd* à la *Bundesarbeitskammer* portant notamment sur l'opposabilité des conditions générales de vente accessibles par un lien, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, dans un arrêt du 5 juillet 2012[495], que la mise à disposition des informations contractuelles, dont le droit de rétractation, sur une page Internet à laquelle le client peut accéder en cliquant sur un lien présenté au moment de la conclusion d'un contrat, n'est pas conforme à l'article 5 de la directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

La Cour conclut au rejet de la pratique commerciale du site en se fondant sur l'esprit de la Directive qui vise à s'assurer de la communication des informations nécessaires à la bonne exécution du contrat, en considérant qu'un hyperlien sur un site internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de l'article 5 de la Directive. Ces informations ne sont pas considérées comme ayant été « *fournies* » par le site, ni « *reçues* » par le consommateur, selon les conditions posées par la Directive.

---

[495] CJUE, 3ème ch., Arrêt, 5 juillet 2012, *in* S. ROZENFELD, « *Les 50 décisions clés du droit de l'Internet* », Celog Edition, 2015, p. 426.

Parmi les rares décisions de la Cour de cassation française sur la réalité de l'émission du consentement en ligne, un arrêt du 2 mars 2012[496] opposant un consommateur à sa banque Crédit industriel et commercial et portant sur la responsabilité de la banque et la révocation de l'ordre de paiement suite au prélèvement mensuel effectué par l'éditeur du site internet *MusicMe*.

Un internaute avait acheté en ligne un titre unique de musique au prix de 0,99 euro. Il a reçu, à l'issue de cet achat, un message électronique confirmatif indiquant la confirmation d'un abonnement sur *MusicMe* au prix de 9,99 euros par mois. A la réception de son relevé bancaire mensuel, il découvrit qu'un prélèvement de cette somme a été effectué par sa banque au profit de l'éditeur du site. Considérant n'avoir pas donné son accord pour ce prélèvement, l'internaute a adressé un courrier électronique à sa banque pour demander l'annulation de l'opération et qu'il soit mis fin à l'abonnement, sans succès.

Certes, l'affaire porte sur la révocation d'un ordre de virement permanent estimé non accordé par l'internaute, mais la portée de l'arrêt est plus large et touche aussi l'objet du contrat conclu par voie électronique. En effet, la question qui se pose est de savoir quel est l'objet principal ayant donné lieu à l'acceptation de l'offre par le consommateur ? Est ce qu'il s'agit d'une vente d'un fichier de titre unique de musique ou un abonnement à un service ? L'intérêt de l'arrêt s'étend aussi à la question de l'existence d'une acceptation formelle de conditions contractuelles sans qu'il y ait connaissance, et même, une compréhension de ces conditions.

Il aurait été souhaitable que l'arrêt puisse avoir une portée plus claire sur la question fréquemment posée à savoir si par le seul fait d'avoir déclaré l'acceptation des conditions générales, le contrat serait valablement formé.

L'arrêt de la cour de cassation a retenu que « *s'il est pas contestable que [le consommateur] pensait avoir acheté un titre unique de musique, et en avoir réglé le prix, il résulte des pièces produites par les parties, notamment les conditions générales de souscription à MusicMe, que l'achat isolé d'un titre de musique n'était pas envisageable, cet achat s'inscrivant dans une formule à la carte qui obligeait*

[496] Cass., civ., ch. com., 27 mars 2012, n° 11-11.275, Bull. 2012, IV, n° 65.

nécessairement l'acheteur à commander d'autres titres jusqu'au plafond de la formule choisie »[497]. L'arrêt a bien relevé donc que l'internaute « *s'est manifestement trompé* », mais « *qu'il ne peut contester a posteriori son engagement de paiement, qui est irrévocable* ».

Sans donner plus de précision sur l'objet du contrat et le consentement de l'internaute, vu que l'objet du litige ne portait pas sur ce point, alors même qu'on peut bien relever qu'il y avait eu une erreur sur la nature de la prestation et en conséquence sur le prix, la Cour de cassation a conclu qu' « *en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, dès lors qu'elle avait relevé que la carte avait été utilisée pour souscrire un abonnement payable mensuellement, si la contestation formulée par le titulaire de la carte ne valait pas révocation pour l'avenir du mandat ainsi donné, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Etant donné que l'arrêt précité ne fournit pas de réponses sur les éléments nécessaires pour former un contrat en ligne, il y a lieu de se tourner vers le cadre général du droit commun. En application de l'article 1583 du code civil français[498], la vente est parfaite dès lors qu'on est convenu de la chose et du prix. Il suffit donc que les parties s'accordent sur ces éléments. Ce principe général ne peut pas être considéré comme une réponse automatique à l'exigence de la précision.

C'est ainsi que l'article 1127-1 du Code civil français[499], resté fidèle à l'article 10 de la Directive sur le commerce électronique qui prévoit un certain nombre d'obligations que le professionnel doit déterminer avant l'acceptation ou la passation de la commande, ne répond pas exactement à l'exigence de précision de l'offre, notamment en ce qui concerne l'indication du prix[500].

Cette exigence du prix se restreint encore, en droit français, depuis les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1er décembre 1995[501] et de ce

---

[497] Cass., civ., ch. com., 27 mars 2012, n° 11-11.275, *op.cit*.

[498] L'article 1583 dispose que « *elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

[499] Ancien art. 1369-4 C. civ.

[500] J. ROCHFELD, « *L'acquis communautaire : le contrat électronique* », ECONOMICA 2010, p.106

[501] Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, Bull. civ. 1995, ass. plén., n° 9 ; JCP G 1996, II, 22565, concl. Jéol, note J. Ghestin ; JCP E 1996, II, 776, note L. Leveneur ; D. 1996, jurispr. p. 13 concl. Jéol, note L. Aynès ; V. M. SANTA-CROCE, « *Contrats internationaux. – Domaine de la loi du contrat. – Conclusion et existence –*

fait « *les contrats de vente conclus en application d'un contrat de distribution ne sont plus soumis à l'exigence d'un prix préalablement déterminé* »[502].

En outre, l'article 55 de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises le prévoit d'une manière claire « *si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat dans la branche commerciale considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables* ».

L'exigence du prix est écartée également par les principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international dans son article 5.1.7[503].

Cependant, dans le *cyberespace*, le contenu de l'offre en ligne ou par voie électronique doit nettement mieux s'identifier que dans les formes traditionnelles du commerce. Pour la sécurité des transactions par voie électronique, le droit est appelé à assurer la protection la plus complète et la plus sérieuse possible des contractants dans l'espace numérique.

C'est dans ce contexte que le Code de consommation français impose au professionnel de communiquer dans son offre le prix[504]. La Directive du 8 juin 2000 exige, lorsque les prix sont affichés, que ces derniers soient mentionnés « *de manière claire et non ambiguë* » et qu'ils indiquent si tous les frais, notamment de livraison, sont inclus. Cette disposition est transposée en droit interne français par

---

Validité au fond – Forme et preuve – Sanctions », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Droit international, LexisNexis, 1er Mars 2008, Fasc. 552-60.

[502] *Ibid*.

[503] L'article 5.1.7 dispose que « *1) lorsque le contrat ne fixe pas de prix ou ne prévoit pas le moyen de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indication contraire, s'être référées au prix habituellement pratiqué lors de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes prestations effectuées dans des circonstances comparables ou, à défaut d'un tel prix, à un prix raisonnable* ».

[504] Article L112-1 C. consom. (ancien Art. L. 113-3, al. 1er du C. consom., abrogé au 1 juillet 2016 par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation - *JORF n° 0064 du 16 mars 2016*).

l'article 19, alinéa 2 de la loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique[505].

Par ailleurs, le nouvel article 1127-2 du Code civil français[506] exige pour que le contrat soit valablement formé que le destinataire de l'offre puisse avoir « *[…] la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive* ». On peut en retenir donc la nécessité de s'accorder sur le contenu du produit ou service commandé ainsi que sur le prix correspondant.

Mais, est ce que ce sont les seuls éléments essentiels que doit contenir l'offre ?

En effet, l'offre constitue « *une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat* »[507], ce qui est confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 8 octobre 2013[508].

En l'espèce, dans le cadre d'un litige opposant la société Concept multimédia à la société Cafpi, cette dernière a formé un pourvoi en cassation contre la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 février 2012 en soutenant qu'il n'y avait pas eu une acceptation de l'offre de la société Concept multimédia en raison de l'absence d'un accord clair et précis sur les éléments essentiels de cette offre.

La Cour de cassation[509] a rejeté le pourvoi au motif qu'il existe, d'une part, deux courriers qui précisent les termes du contrat cadre et en détaillent tant les prestations que les budgets et, d'autre part, des mails qui se réfèrent aux principaux points visés dans ces courriers et que ceux-ci n'ont jamais été contestés ou remis en cause par Cafpi. La Cour a estimé, en conséquence, qu'il y avait bien un accord sur les éléments essentiels du contrat que cette dernière avait accepté.

---

[505] Cet article dispose que « *toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus* ».

[506] L'ancien article 1369-5 du Code civil. En effet, Les changements apportés à la sous-section 4 sur les contrats conclus par voie électronique sont peu nombreux, parmi lesquels l'exigence portée par l'article 1127-1 de faire figurer parmi les langues proposées la langue française.

[507] J. GHESTIN, « *Les obligations- le contrat : formation* », LGDJ, Paris, 1988, p. 219.

[508] Cass., ch. com., du 8 octobre 2013, n° 12-22885 (Inédit).

[509] *Ibid.*

Il faut souligner qu'il y a, cependant, des cas dans lesquels même en présence d'un accord sur la chose et sur le prix, le contrat ne sera pas formé. Les parties peuvent modifier la définition des éléments essentiels du contrat qu'elles négocient. Il peut y avoir accord sur le prix et sur la chose, mais l'acheteur potentiel peut mettre une condition sur les modalités de paiement du prix convenu et qu'il ne conclura le contrat que si le vendeur accepte les modalités de paiement proposées[510]. C'est l'hypothèse dans laquelle le contrat ne sera formé que si l'accord est porté sur le prix, la chose et les conditions de paiement.

En référence à un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2015[511], l'Association Union fédérale des consommateurs - Que choisir (l'UFC) a assigné l'opérateur de téléphone mobile la société Bouygues Télécom aux fins de voir déclarer abusives les clauses qui limitent la durée de validité du crédit de communication et de la ligne dédiée pour les cartes prépayées.

La société Bouygues Télécom a soutenu, de son côté, que la contestation de l'Association porte sur le contenu de l'offre et l'objet principal du contrat à savoir « *la mise à disposition des clients d'un crédit de communication limité dans le temps* », alors que cette limitation constitue un élément essentiel de l'offre prépayée et non une simple modalité d'exécution du contrat. L'opérateur de téléphone mobile a ajouté qu' « *en transposant la directive 93/13/CEE d'application minimale en droit interne le législateur a exclu du champ du contrôle juridictionnel les clauses définissant l'objet principal du contrat et celles fixant le prix des prestations visées dès lors que leur rédaction est claire et compréhensible* ».

La cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a estimé que l'offre prépayée consiste à mettre à la disposition du consommateur une ligne téléphonique pendant une durée limitée, en contre-partie du règlement par avance d'un crédit de communication, lui-même limité dans le temps et dont la durée est fixée en fonction du montant acquitté par le client. En conséquence, la durée de validité du crédit de communication et celle de la ligne « *participaient de la définition de l'objet principal du contrat* »[512].

---

[510] F. X. TESTU, op. cit.
[511] Cass., ch. civ. 1, 3 juin 2015, n° 14-13194 (publié).
[512] *Ibid.*

L'affaire peut, de prime abord, sembler n'avoir d'intérêt qu'en matière de clauses abusives ou illicites, faisant suite à un contentieux entre une association de protection des consommateurs et un opérateur de téléphone mobile. Toutefois, son apport peut être élargi pour entrer dans le domaine de la définition de l'objet principal même du contrat et les éléments essentiels de l'offre. Tout en soutenant que le contrôle du caractère abusif d'une clause passée entre professionnel et consommateur ne peut être exclu que si celle-ci porte sur les éléments essentiels de la prestation due, la Cour de cassation a confirmé que l'élément essentiel de l'offre prépayée, et donc l'objet principal du contrat, est la limitation dans le temps du crédit de communication mis à disposition des clients assorti d'un terme extinctif et qui ne peut être considéré, de ce fait, comme une simple modalité d'exécution du contrat.

Par ailleurs, le Tribunal de grande Instance de Paris du 4 février 2003 a reconnu que « *le délai de livraison est un élément essentiel du contrat », que « les stipulations relatives au caractère indicatif du délai de livraison sont abusives, ainsi que celles méconnaissant les droits à réparation du consommateur qui ne serait pas livré dans les délais convenus* »[513].

Les éléments essentiels de l'offre peuvent s'apprécier en fonction des conditions auxquelles les parties ont manifestement subordonné leur consentement[514].

Mais en dehors de tel accord entre les parties, on retrouverait application de la règle de principe consacrée par la jurisprudence française selon laquelle « *le défaut d'accord sur les éléments accessoires du contrat ne pouvant empêcher sa formation à moins que les parties n'aient entendu reporter celle-ci jusqu'à la fixation de ces modalités* »[515].

Le droit québécois s'accorde avec ces principes français et prévoit, suite aux amendements législatifs intervenus en 2006 à la Loi sur la protection du

---

[513] TGI Paris, 1er ch., 4 février 2003, *Famille de France c/ Père Noel* ; V. aussi V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, J.-M. BRUGUIERE, « *Le droit de l'internet* », 2ème Ed. LexisNexis 2013, p. 203.
[514] RIPERT et BOULANGER, « *Traité élémentaire de Droit civil* », T. 2, dans F. X. TESTU, « *Chapitre 21 – Négociation et conclusion des contrats », op.cit.*
[515] Arrêt de la cour de cassation du 1er décembre 1885, *Cibiel c. Dieulafoy*, dans H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, « *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* », T.2, obligations, contrats spéciaux, suretés, 12ème Ed., Dalloz 2008, p.19.

consommateur, à l'article 54.1 de la Section I.1 relative au contrat conclu à distance que « *le commerçant est réputé faire une offre de conclure le contrat dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire* ».

Ces éléments essentiels de l'offre doivent, au moins, être clairement identifiés, notamment lorsqu'il s'agit des conditions contractuelles auxquelles un cyberconsommateur souscrit, soit involontairement, soit dans une ignorance de certaines conditions dont l'importance ne leur est pas soulignée. C'est ce que permet de relever l'affaire de *Mofo Moko* c. *Ebay Canada Ltd*. du 04 mars 2013[516], où le juge de la Cour supérieure du Québec a retenu la volonté apparente de *eBay* de « *noyer l'information dans une foule de stipulations* »[517]. Le Tribunal a précisé qu' « *on voit par la suite 6 ½ pages (8½ x 11 lorsqu'imprimées) de texte touffu dans lesquelles s'alignent un nombre important d'avis, de conditions et de restrictions qui s'empilent les unes sur les autres dans un langage peu compréhensible, du moins pour les clients ordinaires, ce qui doit les dissuader de même tenter de les comprendre* ».

On peut considérer qu'il s'agit bien d'une offre de service que l'*eBay* présente aux utilisateurs de ses services et qui comportait une vague de stipulations contractuelles rendant difficile sa lecture.

Le Tribunal a ajouté qu' « *il serait fascinant de sonder les utilisateurs des services de eBay pour savoir combien d'entre eux ont déjà lu le User agreement même en partie, et encore plus, combien l'ont lu en entier ! Il est plutôt raisonnable de croire que les utilisateurs de eBay se fient à la réputation de celle-ci et, surtout, à la publicité qui laisse croire, probablement à raison, que des millions d'internautes achètent et vendent des biens et services à chaque jour, à peu près partout dans le monde, en utilisant les services de eBay au Canada, ou ailleurs* ».

---

[516] *Mofo Moko c. Ebay Canada Ltd*., 2013 QCCS 856 (CanLII), <http://canlii.ca/t/fwdgq> consulté le 2016-03-14

[517] V. GAUTRAIS, « *Contrat et immatériel* », Rapport québécois aux journées internationales Henri Capitant, Journées espagnoles, Barcelone, (05/2014). https://www.gautrais.com/publications/1370/

Cette importance, relevée en droit québécois, de mettre en évidence les éléments essentiels du contrat sur lesquels les parties seront s'engagées, trouve sa refuge également en droit américain.

Pour les Etats-Unis, l'offre est une émission de volonté qui doit présenter une claire intention de contracter « *intent to enter into a bargain* » et elle doit contenir les *« fundamental ingredients of the contract* »[518].

Dans le cadre des principes généraux, l'*Uniform commercial Code* admet qu'une offre de vente puisse comporter des éléments complémentaires si l'offrant l'a conçu comme offre et si une fois accepté, cette offre peut faire naître une sanction en cas de non-respect[519].

En droit américain, le prix aussi peut constituer un complément et sera considéré comme étant un prix raisonnable au moment de livraison[520].

La diversité des systèmes juridiques et l'insuffisance du cadre permettant de définir, avec précision, les éléments essentiels du contrat conclu par voie électronique à l'échelle international permettent de conclure à la nécessité accrue d'uniformiser les règles afin d'assurer une protection légitime de cocontractant en ligne.

La période de validité de l'offre en ligne soulève également certaines difficultés liées à la fois à la nature du support électronique et à la diversité des solutions adoptées par les systèmes juridiques.

---

[518] F. X. TESTU, *op. cit.*

[519] U.C.C. – Art. 2 - SALES (2002), § 2-207. Additional Terms in Acceptance or Confirmation: « *(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.*
(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

- *(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;*
- *(b) they materially alter it; or*
- *(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received* ».

[520] U.C.C. – Art. 2 - SALES (2002), § 2-305. *Open Price Term*.

B - Période de validité de l'offre en ligne

La période de validité de l'offre en ligne soulève certaines difficultés en raison du caractère permanent du support informatique.

L'offrant peut choisir d'assortir ou non son offre d'un délai de l'offre[521]. Cependant, en raison de l'insécurité contractuelle générée par la dématérialisation et l'internationalisation des échanges électroniques, l'offre qui n'est pas assortie d'un délai, constitue un élément d'insécurité juridique pour un internaute souhaitant passer un contrat par voie électronique.

Le droit français considère que l'offre est en elle-même dépourvue de valeur obligatoire et reste révocable : « *elle appartient toujours à celui de qui elle émane* »[522]. L'offre peut, alors, être rétractée jusqu'à son acceptation[523].

Dans un arrêt de la première chambre civile en date du 16 janvier 2013[524], les juges du fond ont précisé que « *l'offre faite par la banque à sa cliente le 12 décembre 2008 a été retirée avant son acceptation dans des conditions qui ne sont pas critiquées ; l'envoi le 17 décembre 2008 d'une nouvelle offre modifiant celle envoyée cinq jours plus tôt a, implicitement mais nécessairement, produit cet effet dès lors que la charge de remboursement mensuelle était modifiée pour être augmentée de près du triple* »[525].

---

[521] M. ZOIA, « *La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie)* », Gaz. Pal., 16 octobre 2001 n° 289, p. 14.

[522] B. PETIT, S. ROUXEL, « *Contrats et obligations. – Consentement* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Notarial Répertoire > V° Contrats et obligations, LexisNexis, 20 Septembre 2012 (mise à jour, 26 Juin 2015), Fasc. 2-1.

[523] Il « *viole l'article 1134 du code civil la cour d'appel qui retient qu'une offre a été valablement rétractée avant la date impartie au destinataire pour donner son accord, alors que l'existence de ce délai impliquait que l'auteur de l'offre s'était engagé à la maintenir jusqu'à cette date* ». Cass., ch. civ. 3, 7 Mai 2008, JurisData n° 07-11.690.

[524] Cass., 1re civ., 16 janv. 2013, n° 11-28.235 (Inédit) ; V. T. GENICON, « *Contrat entre absents : quelle efficacité, à quel instant, pour la rétractation brutale d'une offre erronée ?* », Revue des contrats, 01 avril 2013, n° 2, p. 516.

[525] Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel a été rejeté par la première chambre civile au motif « *qu'ayant constaté que la banque avait adressé à l'appelante un courrier transmis par courriel portant la mention "annule et remplace notre courrier du 12 décembre 2008", complété d'un autre courriel du même jour expliquant l'erreur commise, et que [le client] lui avait posé diverses questions par courriel du 28 décembre 2008, la Cour d'appel, répondant aux conclusions invoquées, a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, considéré que [le client] avait eu connaissance du projet d'avenant rectifié avant qu'[il] fasse connaître son accord* ».

En l'absence d'un délai, la Cour de cassation française incite les tribunaux à déterminer si l'offre n'était pas assortie implicitement « *d'un délai raisonnable d'acceptation* »[526].

L'offre faite par voie électronique peut être acceptée aussi longtemps qu'elle est accessible en ligne. Il appartient donc à l'offrant de retirer son offre de son site. Dans un souci de protection de l'offrant en ligne[527], l'article 1127-1 du Code civil français, issu de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 et repris par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoit que « *l'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ».

Cette solution est inadéquate, car elle conduit à lier indéfiniment l'offrant en matière du contrat électronique tant que son offre resterait accessible sur Internet.

En effet, les particularités techniques du réseau peuvent créer « *un effet de rémanence de l'offre* ».[528] En d'autres termes, l'offre peut rester consultable sur Internet alors que l'offrant a accompli toutes les diligences nécessaires pour la retirer sur site web. Cela peut résulter du remaniement de l'offre par les intermédiaires techniques à travers l'enregistrement des copies afin de permettre un accès facile et pour accroitre la vitesse de connexion[529].

Dans ce cadre, deux situations peuvent se présenter. Il s'agit soit des « *sites dont une copie temporaire est conservée en mémoire cache sur un site miroir* », une hypothèse dans laquelle l'internaute ne peut pas manifestement savoir qu'il visite une copie de l'offre, soit « *les copies systématiques réalisées par certains moteurs de recherche qui prétendent ainsi constituer une mémoire du web* » et dans ce cas l'internaute est explicitement avisé qu'il s'est connecté à une copie de l'offre qui n'est plus disponible[530].

Sur ce point, même si la question n'est pas tranchée d'une façon claire et déterminante par l'article 1127-1 du Code civil français, il reste, néanmoins à se référer à deux éléments énoncés par cet article, celui de la nécessité que l'offrant

---

[526] Cass., 3ème civ., 10 mai 1972, n° 71-11.393, Bull. civ. III, n° 297.
[527] J. HEINICH, « *L'offre et l'acceptation* », Lamy droit des contrats 2016.
[528] *Ibid*.
[529] *Ibid.*
[530] J. HEINICH, *op.cit*.

« *reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* », et celui se rapportant aux conditions de l'offre évoquées plus haut.

L'organisation d'un processus contractuel fondée sur un système informatique pourrait créer une certaine certitude sur la volonté de l'auteur de l'offre à travers un refus systématique de recevoir les acceptations intervenues après le retrait de l'offre.

Selon la jurisprudence française, l'offre qui n'est pas assortie d'un délai doit être maintenue pendant un « *délai raisonnable* » [531]. En cas de litige, l'appréciation de ce délai relève du pouvoir souverain des juges de fond.

C'est le principe confirmé par plusieurs arrêts, en l'occurrence, l'arrêt la Cour de cassation du 20 mai 2009[532] opposant le département de la Haute-Savoie à une héritière qui souhaitait poursuivre la vente d'un terrain après le décès de son père. La Cour a censuré les juges du fond qui ont retenu que « *l'offre contenue dans la lettre du 17 mars 1995 a été renouvelée dans un courrier du 7 octobre 1996 sans être assortie d'aucun délai et qu'en conséquence, le bénéficiaire de celle-ci avait pu valablement l'accepter par courrier du 8 décembre 2001* ».

Selon la Cour de cassation, « *en statuant ainsi, sans rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis, ils n'ont pas donné de base légale à leur décision* ».

Au-delà du délai raisonnable apprécié par les juges, toute offre devient caduque[533]. Pendant ce délai, si l'offrant ne respecte pas son offre, la sanction, semble-t-il, se limitera aux dommages-intérêts.

Le principe adopté par le droit français sur le caractère non obligatoire de l'offre[534] est inversé en droit allemand. Ce dernier considère que l'offre qui lie son

---

[531] Cass., 3ème civ., 25 mai 2005, n° 03-19.411, Bull. civ. 2005 III, n° 117, p. 107.

[532] Cass. 3ème civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, Bull. 2009, III, n° 118, JurisData n° 2009-048241 ; Contrats, conc. consomm. 2009, comm. 214, note L. Leveneur, p. 15 ; L. GAREIL-SUTTER, « *Période précontractuelle. – Contenu* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 10 Avril 2005, (dernière mise à jour : 3 Décembre 2014), Fasc. 20.

[533] Cass. 3ème civ., 20 mai 1992, n° 90-17.647, Bull. civ. III, n° 146, p. 100.

[534] J. GHESTIN, « *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation* » : LGDJ, 3ème Ed. 1993 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, « *Traité pratique de droit civil français, t. 6, Obligations* », 1ère partie, par P. Esmein : LGDJ, 2ème Ed, 1954.

auteur, est irrévocable pendant un certain temps, sauf si elle avait précisé qu'elle n'était pas obligatoire[535].

En droit anglais et américain, force est de constater l'absence de l'obligation de maintenir l'offre. Celle-ci, s'elle n'est pas assortie de délai, expire à l'issue d'un délai raisonnable, mais elle peut être retirée à tout moment[536].

Ce principe qui a été confirmé dès 1789 en droit anglais et suivi par les juridictions américaines, s'applique même en présence d'un délai de l'offre[537]. Un délai fixé n'empêchera pas l'offrant de se rétracter.

Ce principe en droit anglo-saxon permet à l'offrant de révoquer son offre à tout moment antérieurement à l'acceptation. Cette solution est fondée sur le fait qu'il n'y a pas d'engagement volontaire sans *consideration* alors que l'offre est une *promise* dénuée de *consideration*[538].

Le moment de la révocation de l'offre, en droit américain, ne serait efficace qu'à compter du moment où elle est connue du destinataire de l'offre. Le *Restatement Second of contracts*[539] précise que « *an offeree's power of acceptance is terminated when the offeree receives from the offeror a manifestation of an intention not to enter into the proposed contract* »[540]. On peut constater, cependant, que certains Etats, comme l'Etat de la Californie, considère que le moment de la révocation de l'offre est celui de l'émission de cette révocation[541].

Ce principe qui présente des inconvénients liés à la sécurité juridique reçoit des exceptions dans la *common law*. En droit américain, *l'Uniform Commercial*

---

[535] Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Les obligations* », 2013 LGDJ, Lextenso éditions, 6ème Ed., p. 227.
[536] F. X. TESTU, *op.cit*.
[537] *Ibid.*
[538] *Ibid.*
[539] Le *Restatement* est « *une technique juridique originale de droit américain, développée par l'American Legal Institute. Reformulation des différents domaines du droit positif américain, élaborée à partir de l'étude méticuleuse de la jurisprudence, les restatements viennent au secours du juge américain dans l'élaboration de sa décision. Proche d'une entreprise de codification, les restatements sont autant de ponts avancés entre tradition civiliste et tradition de common Law* ». P. PRADAL, « *Le restatement : Les Etats-Unis entre tradition civiliste et tradition de common Law* », Revue trimestrielle de l'Ecole nationale de la magistrature, Les Cahiers de la Justice, 2010/3, Dalloz.
[540] Restatement 2nd of contracts § 42. « *Revocation By Communication From Offeror Received By O*fferee ». N. Trad. « *le pouvoir d'acceptation par le bénéficiaire de l'offre prend fin lorsque ce bénéficiaire reçoit de l'offrant une manifestation de son intention de ne pas conclure le contrat proposé* ».
[541] F. X. TESTU, *op. cit.*

Code prévoit que l'offre écrite d'un commerçant pour vendre ou acheter des marchandises ne peut être révoquée durant le délai fixé par cette offre, ou doit être maintenue pendant un délai raisonnable si aucun terme n'a été spécifié. Ce délai raisonnable ne peut pas dépasser trois mois[542].

La jurisprudence canadienne a jugé que l'offrant doit rester lié par son offre, dans certaines situations, spécialement lorsque le destinataire de l'offre prévoit de négocier avec un tiers sur le fondement de l'offre qu'il a reçu[543].

Eu regard aux règles internationales, l'article 2.1.4 des principes Unidroit repose sur la volonté des parties et prévoit dans ce sens que l'offre ne peut pas être révoquée si elle est assortie d'un délai déterminé ou si elle est stipulée irrévocable ou si son destinataire était raisonnablement fondé à croire qu'elle était irrévocable et s'il a agi en conséquence[544].

En dehors de ces cas, l'offre peut être révoquée à condition que la révocation parvienne au destinataire avant que ce dernier ait expédie son acceptation.

En matière de vente internationale de marchandises, la Convention de Vienne consacre un système nuancé. D'un côté, son article 16 prévoit la possibilité de révoquer une offre si cette révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation, mais d'un autre côté, l'article 18 énonce que « *l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre* ».

---

[542] *L'Uniform Commercial Code*, § 2-205. « *Firm Offers* » dispose que « *An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed record that by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months ; but in no event may the period of irrevocability exceed three months. Any such term of assurance in a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror*».

[543] M. FURMSTON, CHESHIRE, FIFOOT, « *Law of Contract* », 15ème Ed., Oxford, 2007, p. 73, note 143; V. F. XAVIER TESTU, *op. cit*.

[544] L'article 2.1.4 dispose que « *1) Jusqu'à ce que le contrat ait été conclu, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation.*
2) Cependant, l'offre ne peut être révoquée : a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation ou autrement, qu'elle est irrévocable; ou b) si le destinataire était raisonnablement fondé à croire que l'offre était irrévocable et s'il a agi en conséquence ».

Cette divergence des systèmes juridiques constitue un élément d'insécurité juridique dans un espace marqué d'emblée par l'insécurité des transactions conclues par voie électronique.

Comme l'offre, l'acceptation connaît des difficultés dans l'univers numérique.

Sous-section II - L'acceptation

En droit des contrats, le principe du consensualisme est celui « *selon lequel le fondement d'un accord quelconque repose sur le consentement des intéressés, quelle que soit la forme de ce consentement* »[545].

L'acceptation constitue la dernière étape de la formation du consentement. On entend par acceptation « *l'agrément pur et simple de l'offre par son destinataire* »[546].

En matière du contrat conclu par voie électronique, il apparaît nécessaire de veiller à l'existence du consentement véritable du cocontractant. Un simple clic involontaire ou une erreur informatique peuvent donner naissance à un contrat électronique non désiré. Cela peut résulter soit, de l'absence de maîtrise de la configuration du site sur lequel un internaute souhaite contracter et en conséquence, une mauvaise maîtrise de la technologie employée pour conclure le contrat, soit, parce que l'internaute a cliqué sans avoir conscience sur les obligations découlant de ce clic, là encore en raison d'un défaut de compréhension. D'autres difficultés peuvent être soulevées consistant au temps que consacre l'acceptant à l'analyse de l'offre et qui est relativement court en pratique, car la diversité du net empêche parfois une comparaison efficace des offres contractuelles.

Certaines législations ont pallié ces difficultés en adoptant un formalisme électronique dont l'efficacité reste redoutable (I)

---

[545] J. SALMON, « *Consensualisme* », Dictionnaire de droit international public, Bruylant/AUF, 2001, p. 239.

[546] D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », Manuels, 2ème Ed. Larcier 2016, n° 158, p. 95 ; C. LARROUMET (ss dir.), S. BROS, Traité de Droit civil « *Les obligations : Le contrat* », *op. cit.*, n° 250, p. 227 ; R. CHENDEB, « *La formation du contrat de consommation, étude de droit comparé* », Atelier national de reproduction des thèses, 23 février 2007, p. 157, selon laquelle l'acceptation est « *une réponse pure et simple à l'offre par laquelle le destinataire de l'offre consent à s'engager dans les conditions proposées par l'offrant* ».

En outre, le contrat électronique étant un contrat conclu sans la présence physique des parties, et même si les échanges électroniques permettent parfois une transmission de volonté quasi-instantanée, un décalage entre le moment de la rencontre des volontés et le moment de la prise de conscience de cette rencontre peuvent poser certaines difficultés (II).

I - Le formalisme électronique de conclusion du contrat

Le contrat électronique est un contrat entre « *non présents* », puisqu'il n'est pas conclu en la présence physique simultanée des deux parties alors que le principe de consensualisme impose la rencontre de l'offre et de l'acceptation pour que le contrat soit formé. Autrement dit, l'acceptation de l'offre n'est effective qu'à partir du moment où elle coïncide exactement avec l'offre dont elle est la réplique[547].

De même, le contrat électronique est un contrat à distance, selon l'expression consacrée par la Directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs[548].

La distance, l'absence de la présence physique simultanée ainsi que la dématérialisation de l'acceptation peuvent influencer sur les modalités de son expression.

Selon le principe de consensualisme, l'acceptation ne doit revêtir aucune forme particulière. Toutefois, sur les réseaux électroniques, il demeure essentiel d'observer la manière dont l'acceptation pourra se manifester et les procédés offerts pour exprimer celle-ci sur une page web.

D'une manière générale, sur les réseaux, l'acceptation peut revêtir plusieurs modes d'expressions. Il peut s'agir d'une acceptation expresse (A) ou tacite (B), c'est à dire, de « *tout comportement, actif ou passif, [qui] peut manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce* »[549].

---

[547] R. CHENDEB, « *La formation du contrat de consommation, étude de droit comparé* », *op.cit.*
[548] Au sens du Considérant 20 et du parag. 2 de l'article 8 de la Directive 2011/83/UE.
[549] J. GHESTIN, « *La notion de contrat* », (1990) 23 D., Chron. 147, p. 151.

Cependant, tacite ou expresse, l'acceptation doit être suffisamment claire et non équivoque pour aboutir à la formation du contrat.

A - Le processus d'acceptation expresse

L'acceptation est expresse lorsqu'elle s'exprime par un langage, écrit, parlé ou même gestuel[550]. Elle peut résulter, selon les pays, d'un double clic sur un bouton d'acceptation (1) ou d'un seul clic (2).

1 - La pratique du double clic : l'acceptation confirmée

L'acceptation est un acquiescement qui résulte d'un comportement non équivoque, en France et en droit européen[551].

Le législateur européen a adapté un formalisme électronique de formation du contrat. C'est ainsi qu'afin de garantir la réalité d'un consentement par voie électronique, la Directive européenne sur le commerce électronique a instauré la procédure dite de « *double-clic* ». Ainsi, pour que la formation du contrat soit parfaite, la confirmation de la commande doit être suivie de l'accusé de réception[552]. L'acceptation doit être formulée par un acte positif.

La même directive impose que les étapes de la conclusion du contrat soient clairement expliquées avant la passation de la commande[553], permettant ainsi de mesurer la portée de l'engagement par le consommateur.

Ce dispositif est inspiré de la pratique américaine en matière contractuelle où un double critère positif est adopté en écartant ainsi toute option négative[554].

Ce processus de double clic est transposé en droit français par la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004. La solution retenue qui découle de

---

[550] B. PETIT, S. ROUXEL, « *Contrats et obligations. – Consentement* », *op. cit*.
[551] L. GRYNBAUM, « *Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel (RLDI 3946), mars 2016, numéro 124, p. 41.
[552] L'article 11 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dispose que « *les Etats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, leur activité professionnelle ou commerciale; dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent : - le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique, - la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès* ».
[553] Article 10 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.
[554] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », *op.cit*., p.144

l'article 11 de la directive 2000/31/CE, a présenté « *un […] mérite, qui n'est pas mince, en ce qu'elle s'inscrit dans le cadre du droit des contrats* »[555].

Le législateur français a opté pour la notion de confirmation tout en accordant une importance considérable à la faculté de révision de la commande[556].

Le consentement doit, donc, se manifester au moment de la commande, au moment de l'acceptation de l'offre et enfin lors du renouvellement d'un consentement général des conditions de vente. Le simple clic doit être réitéré par un nouveau lors de plusieurs étapes.

On peut conclure des articles 1127-1 et suivants du Code civil que l'acceptation se manifeste en deux temps, un premier clic pour accepter les conditions générales et un second clic pour accepter le contrat après le résumé des conditions particulières. La première acceptation n'aurait aucun effet juridique s'elle n'est pas confirmée par une seconde acceptation. Il est clair que ce formalisme est consacré pour assurer une protection au e-consommateur méconnait la force donnée à l'acceptation.

Le principe du double clic se voit renforcé par l'exigence de la loi n° 2014-344 relative à la consommation, dite « *loi Hamon* », de l'apposition de la nouvelle mention « *commande avec obligation d'achat* » ou formule analogue sur la fonction utilisée par le consommateur, dans les ventes à distance, pour valider sa commande. Cette mesure vient pour mesurer la portée effective de son acte.

La doctrine ne semble pas en accord avec ces dispositions[557] et considère que « *bien que l'intention soit louable, on peut douter en pratique de la véritable nécessité de cet apport qui vient quelque peu alourdir le processus du double clic et apporter une information qui peut sembler relativement évidente pour le consommateur* ».

---

[555] Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 528) pour la confiance dans l'économie numérique, par Michèle Tabarot, Rapport n° 608, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2003.

[556] Conformément à l'article 1127-2 du Code civil français « *le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été ainsi adressée* ».

[557] C. MINET, « *Loi Hamon : Le mieux est-il l'ennemi du bien ?* », RLDA 5105, mai 2014, n° 93, p. 46.

Mais même en présence d'une procédure qui apparait impérative, force est de constater une application inverse du processus d'acceptation dans les réseaux sociaux, par exemple, où le fournisseur du service du réseau social propose aussi l'achat de biens virtuels ou réel et qu'il redéfinit les termes de l'offre dans ses conditions générales d'utilisation[558].

On peut constater la présence de cette pratique, également, à la visite de certains sites de vente en ligne. Par exemple, l'une des entreprises de vente au détail de mode mondiale en ligne prévoit dans ses conditions générales une clause intitulée « *Acceptation de commande* » qui stipule que « *veuillez noter que certaines commandes peuvent ne pas être acceptées et doivent être annulées. [La société] se réserve le droit, à sa seule discrétion, de refuser ou d'annuler toute commande pour quelque raison que ce soit* »[559].

Cette entreprise précise les situations pouvant donner lieu à l'annulation de la commande et qui comprennent « *des limitations sur les quantités disponibles à l'achat, des inexactitudes ou des erreurs dans les informations sur les produits ou les prix, ou des problèmes identifiés par [son service] d'évitement de crédit et de fraude* ». Elle renforce ensuite sa position et son contrôle du processus de vente et d'acceptation en précisant qu'il est également possible d' « *exiger des vérifications ou des informations supplémentaires avant d'accepter toute commande » et qu'elle prendra contact avec ses clients « si la totalité ou une partie de [leur] commande est annulée ou si des informations supplémentaires sont nécessaires pour accepter [leur] commande* ».

On peut en déduire un effacement remarquable de l'engagement ferme qui résulte de la conclusion du contrat une fois l'acceptation d'une commande est faite par le cyberconsommateur. Non seulement le processus d'acceptation est inversé,

[558] Comme le précise Mme N. Martial-Braz, dans un réseau social qui se propose de vendre des avatars virtuels, il est prévu une clause qui stipule que « *chaque commande que vous passez via X ou ses vendeurs sera considérée comme votre offre d'achat pour nos produits. Nous pouvons accepter votre offre par l'intermédiaire d'une confirmation par courrier électronique, ou via la livraison des éléments que vous avez demandés. Notre acceptation de chaque offre telle que spécifiée est expressément sujette à et conditionnée par votre reconnaissance et votre acceptation de ces conditions d'utilisations, ainsi que sur une conviction que l'offre est basée sur une intention d'achat légitime* », V. N. MARTIAL-BRAZ, « *Le droit des contrats à l'épreuve des géants de l'internet* », (ss dir. Martine-Béhar-Touchais), « *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet* », Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Vol.1, IRJS Editions, 10/2015, p. 66.

[559] V. le site SammyDress.com, rubrique « *Terms and conditions* » dans la partie dédiée à l'information sur la société « *Company Information* ».

il devient conditionné et imprécis en affaiblissant davantage le consommateur en ligne.

En droit québécois, suite aux amendements législatifs de 2006, la loi sur la protection du consommateur et notamment ses articles 54.1 à 54.16 font état d'un processus assez caractérisé du contrat de consommation à distance. Cet amendement implique un processus quasi-identique à celui du droit français quant au fond, mais quelque peu différent en ce qui a trait à la forme.

Parmi les sept étapes qui ont été introduites dans cette loi, pour l'acceptation, le consommateur doit avoir une option[560]. En plus de la possibilité du clic sur l'icône « *j'accepte* », le consommateur doit avoir un bouton équivalent à « *je refuse* ».

Il est estimé que par ce néologisme, l'objectif est de « *signaler que la protection du consommateur qui était traditionnellement associée à la matière physique du papier, suite à l'immanquable disparition de ce dernier, se trouve substituée par la mise en place d'un processus, d'une succession d'étapes qui cherche à suppléer cette garantie* » [561].

En revanche, pour d'autres auteurs[562]« *la pertinence de l'obligation de donner expressément l'option de refuser la proposition se perçoit difficilement, puisque le consommateur qui veut renoncer à la transaction avant sa conclusion a généralement le réflexe de cliquer sur " Quitter "* ».

Au Maroc aussi, on peut relever de l'article 65-5 de la Loi n°53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques, que le contrat électronique n'est valable que si le destinataire de l'offre est en mesure de « *vérifier le détail de son ordre et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs, et ce avant de confirmer ledit ordre pour exprimer son acceptation* ». Ce même article ajoute que « *l'acceptation de l'offre, sa confirmation et l'accusé de réception sont réputés reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

---

[560] Art. 54.5 de la loi sur la protection du consommateur.
[561] V. GAUTRAIS, « *Contrat et immatériel* », *op. cit*., p. 3.
[562] S. KABLAN, É. ONGUENE ONANA, « *Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie* », Revue de droit d'Ottawa, V. 46, n° 1, Faculté de droit, Section de common law, 2014-2015, p. 105.

Ce texte, inspiré de l'article 1127-2 du code civil français[563], instaure donc le principe du « *double clic* » à travers l'acceptation et la confirmation de celle-ci. L'accusé de réception exigé par ce texte n'emporte pas validation du contrat, il permet seulement d'obtenir confirmation que la commande a été bien prise en compte par le professionnel, afin de mieux assurer la rencontre des consentements[564].

C'est ce qui ressort également de l'interprétation que proposent les travaux préparatoires relatifs à la loi française pour la confiance dans l'économie numérique et qui précisent que « *l'accusé de réception mentionné au deuxième alinéa, que l'auteur de l'offre doit renvoyer sans délai dès réception de la commande, n'a […] qu'un rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle* »[565].

Ce principe de double clic qui a été fortement défendu par une doctrine inspirée[566], présente certains intérêts pratiques[567]. En effet, le processus de formation du contrat électronique se déroule « *un peu comme le monde réel* », et plus précisément dans le monde de la consommation « *au supermarché, dans un premier temps, le client met des produits dans un caddie et, dans un second temps, confirme la totalité de sa liste d'achats lors du passage à la caisse* ».

2 - L'acceptation par un seul clic

Aux Etats-Unis, la jurisprudence admet plusieurs mécanismes pour manifester le consentement. Elle repose sur le simple clic sur le bouton de la souris pour exprimer l'acceptation.

En effet, différentes approches ou techniques d'acceptation en ligne ont été progressivement développé en droit américain, où un constat est fait de l'utilisation

---

[563] Art. 1369-5 C. civ. français (ancien).

[564] R. BOUHLAL, S. LAHLOU « *Rapport marocain contrat et immatériel* », Association Henri Capitant, disponible en ligne : http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/contrat_immateriel_2014/Maroc_1.pdf

[565] Voir Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n o 528) pour la confiance dans l'économie numérique, par Michèle Tabarot, rapport n° 608, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2003.

[566] P.-Y. GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* », JCP Ed. G 2000, I, n° 236.

[567] J. HUET, « *Vous avez dit " contrats électroniques ?* », Revue des contrats, avril 2005, n° 2, p. 553, n° 5.

habituelle du vocable « *Wrap* ». Dans l'appréciation judiciaire de ces techniques, les juridictions de *common law* ne sont pas toujours unanimes.

Dans un arrêt de la Cour supérieure (*Superior Court*) de l'Etat de Rhode Island de 1998[568], les juges ont défini la portée juridique du clic, plus particulièrement, si la technique du « *Click-Wrap* » est susceptible d'exprimer le consentement du cocontractant.

Dans cette affaire opposant *Groff* à *America Online*, la Cour supérieure a constaté que l'offrant a eu recours à trois boutons distincts. L'un de ces boutons permet aux clients potentiels de prendre connaissance du contrat et à en lire les modalités. Les deux autres boutons invitent l'adhérant à cliquer soit sur « *I agree* » pour exprimer son consentement des clauses contractuelles ou sur « *I disagree* » pour exprimer son refus de celles-ci.

La Cour supérieure de l'Etat du Rhode Island a admis ce mécanisme de simple clic tout en soutenant une communication préalable des *Terms of Service*. Celle-ci voit dans le clic « *une mouture de la signature manuscrite adaptée au contexte électronique* »[569] et une technique permettant de confirmer la formation du contrat.

La Cour conclut qu' « *ici, le demandeur a effectivement " signé " l'accord en cliquant sur le bouton " je suis d'accord ", pas une fois, mais deux fois. Dans ces circonstances, il ne devrait pas être entendu se plaindre de ne pas avoir vu, lu, etc. et il est lié aux termes de son contrat* »[570].

Cette technique de simple clic est aujourd'hui admise par la jurisprudence américaine. La Cour fédérale de District du Minesota confirme par un arrêt du 29 mars 2004 que l'acceptation par un simple clic des termes d'une licence de logiciel lie l'utilisateur sur l'ensemble des termes de la licence[571]. De même, un tribunal

---

[568] Groff v America Online Inc, 1998 RI Super Lexis 46 (RI Sup Ct 1998) ; V. S. KABLAN, É. ONGUENE ONANA, « *Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie* », *op.cit*., p. 85.
[569] S. KABLAN, É. ONGUENE ONANA, « *Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie* », *op.cit*.
[570] Version originale du texte « *Here, plaintiff effectively "signed" the agreement by clicking "I agree", not once but twice. Under these circumstances, he should not be heard to complain that he did not see, read, etc. and is bound to the terms of his agreement* ». *Groff v America Online Inc,* 1998 RI Super Lexis 46 (RI Sup Ct 1998), p. 9.
[571] Cour fédérale de District du Minesota, 29 mars 2004 ; V. C. GHAZOUANI, *op. cit.*, p.142.

fédéral a qualifié un « *click-wrap agreement* » d'un accord pour lequel un internaute manifeste son consentement aux conditions par un clic sur le bouton « *I agree* » [572].

Toutefois, si la technique de l'acceptation par un simple clic est facile et ne présente aucune difficulté pour l'internaute, il n'en demeure pas moins que les risques d'une mauvaise manipulation de la souris ou le manque de maitrise de la technologie sont susceptibles d'affaiblir la protection du cyber consommateur et de l'amener à s'engager sur un contrat qu'il ignore sa portée juridique.

En présence d'une acceptation expresse par un simple clic, que nous qualifions de technique dangereuse pour l'internaute souhaitant contracter par Internet, *quid* de l'acceptation tacite donnant lieu à la formation du contrat en ligne ?

B - L'acceptation tacite et la portée du silence

La règle *selon laquelle « le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée »,* remonte au moins à l'arrêt français du 25 mai 1870[573].

Toutefois, en réaction au développement des contrats électroniques, certaines pratiques sont apparues, nécessitant de s'interroger sur le degré de protection juridique de l'acceptation du contractant.

Il convient, dans ce cadre, d'aborder les ambiguïtés dues à l'acceptation des conditions générales d'utilisation (1), ainsi que de l'acceptation résultant du silence (2).

1 - L'ambiguïté volontaire autour de l'acceptation des conditions générales d'utilisation

Certaines ambiguïtés se manifestent lors de la formation du contrat électronique dues aux pratiques quasi-universelles d'acceptation des conditions générales d'utilisation.

[572] Van Tassell et al. c/ United Marketing Group, LLC et al. (U.S. D. Ct., N.D. Ill., 5 juillet 2011), p. 32. Arrêt cité dans : G. VOSS, « *Les conditions générales d'utilisation des sites web soumis au droit américain et quelques protections pour les consommateurs* », 08 sep. 2015, www.academia.edu.
[573] Cass., Ch. civ., 25 mai 1870, Bull. Arrêts Cour de Cassation Chambre civile, n° 113.

L'internaute peut se trouver accepter les conditions d'utilisation par la seule visite d'un site, alors que rares sont les internautes qui prennent connaissance de ces conditions, soit par négligence, soit par ignorance des conséquences juridiques qui y sont afférentes.

Les conditions générales d'utilisation sont des contrats d'adhésion qui encadrent l'utilisation de service[574], car il appartient au professionnel d'en fixer les clauses et les sanctions en cas de non-respect et à l'internaute d'y adhérer.

Cette pratique qui pourrait constituer une transposition du principe de consensualisme dans l'univers numérique par une acceptation tacite des conditions du contrat[575], est plus contestable sur Internet dans la mesure où l'étendue des obligations ne peut pas être mesurée par un visiteur du site.

La doctrine[576] applique cette pratique d'acceptation implicite du contrat au monde réel, en particulier, dans le contrat de transport de personnes qu'un voyageur accepte en montant à l'arrière du véhicule stationné à une borne de taxi. Par cet acte, ce dernier a la parfaite conscience qu'il sera tenu de payer le prix du service. Or, par une simple navigation sur Internet dans un site de recherche ou même de vente de produits ou de services, l'internaute n'a pas conscience de souscrire un contrat, ni l'étendue de ses obligations.

En effet, à l'occasion de la navigation, l'internaute *« octroie à son cocontractant des droits sur ses données à caractère personnel, sur les traces qu'il laisse à l'occasion de la navigation […] en conséquence de quoi il n'est pas rare que l'on constate, après la recherche effectuée, être exposé à des publicités ciblées en relation directe avec cette précédente recherche* »[577].

Pour entourer et encadrer la portée de telle pratique, une tendance protectrice est constatée à travers la jurisprudence française qui a rappelé que les conditions générales d'utilisation doivent être clairement identifiées d'une part et formellement acceptées, d'autre part[578]. Par ailleurs, la Cour de cassation a

---

[574] D. FOREST, « *Conditions générales d'utilisation : une jurisprudence en faveur de l'internaute* », Revue Documentaliste sciences de l'information, V. 50, n°1, 4 avril 2013.
[575] N. MARTIAL-BRAZ, « *Le droit des contrats à l'épreuve des géants de l'internet* », *op.cit*., p. 67.
[576] *Ibid.*
[577] *Ibid.*
[578] CA Paris, Pôle 5, ch. 2, 23 mars 2012, *Opodo/Ryanair* (accessible sur le site legalis.net). Dans cette affaire la Cour d'appel conclut que les conditions générales d'utilisation « *ne s'appliquent donc qu'à l'internaute qui*

considéré que répondent aux exigences légales, les conditions générales d'utilisation qui renvoient à la documentation commerciale dès lors que celle-ci est clairement identifiable par le consommateur[579].

Au plan pratique, l'identification va de pair avec l'accessibilité au site, alors que le consentement peut se manifester à travers le système de la case à cocher.

Ces exigences sont renforcées sur le terrain de l'obligation d'information. La Cour de cassation a admis que la difficulté d'accès à une information se trouvant dans le site d'un professionnel qui ne pouvait être obtenue que suite à « *de nombreuses opérations de " clics " qui nécessitent de connaître exactement à quoi correspondent les liens proposés par le site* »[580], constitue un manquement à l'obligation d'information.

Ce renforcement apparaît plus significatif dans l'arrêt de la Cour d'appel de Pau[581] qui a sanctionné les conditions générales d'utilisation de Facebook qui dérogent aux règles de compétence territoriale au profit des tribunaux de Californie, considérant ainsi la clause non écrite et non opposable à l'utilisateur. Elle a relevé aussi que l'utilisateur ne s'était pas engagé en pleine connaissance de cause étant donné que le consentement était exprimé par un « *simple clic* » et que les dispositions ont été rédigées en anglais.

A l'échelle européenne, force est de citer la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 juillet 2012[582], considérant le renvoi aux conditions générales de vente par un simple lien hypertexte modifiable à tout moment, sans autre type de communication, ne répond pas à l'exigence de « *support durable* » de

---

va conclure avec Ryanair un contrat de transport aérien. Et, l'agence en ligne qui agit en tant qu'intermédiaire, reste un tiers à contrat de réservation de billet, concrétisé entre la compagnie et l'internaute, dont les CGU ne lui sont pas opposables » ; V. D. FOREST, « *Conditions générales d'utilisation : une jurisprudence en faveur de l'internaute* », *op.cit*.

[579] La Cour conclut qu'étant donné que « *la documentation commerciale à laquelle faisaient référence les clauses litigieuses, composée de la documentation tarifaire des offres Mobiles SFR comprenant la fiche d'information standardisée du produit "SFR La Carte", et les conditions d'abonnement et d'utilisation des offres SFR comprenant les conditions générales d'utilisation de ce produit, était clairement identifiable par le consommateur*, la cour d'appel en a exactement déduit que ces clauses répondaient aux exigences légales », Cass., 1ère civ., 3 juin 2015, n° 14-13.193, ECLI:FR:CCASS:2015:C100627 (accessible via le site de legifrance).

[580] Cass. Civ. 2ème, 10 déc. 2009, *Caisse nationale d'assurance vieillesse c/ X.*, n° 09-11.038 (Inédit).

[581] CA Pau, 23 mars 2012, *Sébastien R. c/ Facebook*, cité dans : D. FOREST, « *Conditions générales d'utilisation : une jurisprudence en faveur de l'internaute* », *op.cit*.

[582] CJUE, 3ème ch., 5 juillet 2012, S. ROZENFELD, « *Les 50 décisions clés du droit de l'Internet* », Celog Edition, 2015, p. 426.

la directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance. La Cour a confirmé le rejet de cette pratique commerciale qui n'assure pas la communication des informations nécessaire à la bonne exécution du contrat. Elle fait remarquer qu' « *un site Internet dont les informations ne sont accessibles pour les consommateurs qu'en passant par un lien présenté par le vendeur, ne peut être considéré comme un « support durable* ».

Aux Etats-Unis, à chaque fois que la question de l'insertion d'un hypertexte renvoyant aux conditions contractuelles, est évoquée, nous assistons à des décisions variées.

Dans le cas des « *browse-wrap agreements* »[583], les tribunaux américains ont tendance tantôt à les priver de leurs effets et tantôt à les considérer opposables aux utilisateurs selon les circonstances.

Dans un arrêt rendu le 19 décembre 2014[584], le tribunal fédéral pour le District Nord de l'Illinois[585] a refusé d'appliquer une clause attributive de compétence dans un *browse-wrap agreement* utilisé dans un marché des *bitcoins* parce que l'hyperlien vers les *Terms of service*, étant listé avec dix autres liens en bas de la page, ne permettait pas à l'utilisateur d'en prendre connaissance[586].

Toutefois, dans une affaire impliquant *Mick Jagger* et des détenteurs de billets d'un concert annulé du groupe, prévu le 27 octobre 2006 à Atlantic City[587], ces derniers ont réclamé une indemnité de cinq millions de dollars tenant compte

---

[583] « *Browse-Wrap Agreement is typically found at the bottom of a web site's homepage and a user's assent to the Terms of Use is manifested by some action, usually the « use » of the web site* ». N. trad. « *les mentions légales se trouvent généralement en bas de la page d'accueil d'un site Web et le consentement d'un utilisateur aux Conditions d'utilisation se manifeste par une certaine action, habituellement "l'utilisation web" du site Web* », S. J. ORGAN, M. C. CORCORAN, « *Your Web Site's « Terms of Use » : Are They Enforceable?* », publié en Août 2008 *in* Privacy&Data Security Law Journal, ALEXeSOLUTIONS, INC.

[584] *Hussein c/ Coinabul*, LLC, No. 14-5735, 2014 WL 7261240 (N.D. Ill., 19 déc. 2014), Disponible sur le site http://cases.justia.com/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2014cv05735/298700/31/0.pdf?ts=1419083686

[585] *United States District Court for the Northern District of Illinois*.

[586] Le tribunal a précisé que « *here, the hyperlink that directs users to Coinabul's Terms of Service is listed among ten other hyperlinks at the bottom of every page. Although the hyperlink's font is adequately contrasted by the color of its background, the hyperlink's location—buried at the bottom of the webpage—is, without some additional act of notification, insufficient for the purpose of providing reasonable notice* ». Il a ajouté que « *because the forum selection clause in question can only be found in Coinabul's Terms of Service and because these terms are hidden behind a hyperlink that is tucked away at the bottom of its website, Plaintiff lacked constructive notice of Coinabul's Terms of Service. Without actual or constructive notice, the browsewrap agreement that contains Coinabul's Terms of Service is unenforceable. Because Coinabul's forum selection provision is unenforceable, Defendants' motion for dismissal fails* ».

[587] *Druyan v Jagger,* 508 F Supp (2d) 228 à la p. 232 (NY Dist Ct 2007) à la p 237 ; V. S. KABLAN, É. ONGUENE ONANA, *op.cit.,* p. 107.

des dépenses supportées au titre de leur transport, hébergement, restauration, etc. Cependant, en achetant les billets du concert sur le site web de *Ticketmaster*, ces détenteurs de billets ont exprimé leur volonté d'exclure ces préjudices de toutes réclamations éventuelles par le biais d'une clause de *Browse-Wrap* stipulant que « *en utilisant ou en visitant le Site, vous acceptez expressément d'être lié par ces conditions et de les respecter ainsi que toutes les lois et règlements applicables régissant le Site. [...] Ticketmaster ne sera pas responsable des frais de voyage ou de toutes les autres dépenses engagées* » [588].

Nonobstant les prétentions des demanderesses qu'elles n'ont pas pris connaissance des conditions contractuelles auxquelles elles ont consenties, la Cour de district des Etats-Unis pour le District sud de New York considère que l'opposabilité de ces conditions ne dépend pas de leur prise de connaissance par les consommateurs, d'autant plus qu'elles sont habituellement utilisées dans la vente de billets de spectacle.

Par ailleurs, la Cour de district des Etats-Unis pour le District nord de la Californie[589], tout en rappelant que la communication des clauses du contrat est essentielle à sa formation, a appuyé que la connaissance des clauses, qu'elle soit bien réelle, peut être implicite, présumée compte tenu du contexte.

La Cour qualifie l'utilisation récurrente du site web d'une présomption de connaissance des conditions générales d'utilisation. Elle a conclu que « *[…] Cairo's repeated and automated use of CMS's web pages can form the basis of imputing knowledge to Cairo of the terms on which CMS's services were offered even before Cairo's notice of CMS's cease and desist letter. [...] Thus, even accepting Cairo's allegation that it did not explicitly agree to CMS's Terms of Use, the Court finds that Cairo's use of CMS's web site under circumstances in which Cairo had actual or imputed knowledge of CMS's terms effectively binds Cairo to CMS's Terms of Use and the forum selection clause therein* »[590].

---

[588] *Druyan v Jagger*, op. cit., à la p. 234. Texte original « *by using or visiting the Site, you expressly agree to be bound by these Terms and follow these Terms, and all applicable laws and regulations governing the Site […] Ticketmaster will not be liable for travel or any other expenses that [plaintiff] or anyone else incurs* ».

[589] *Cairo Inc v Cross media Services*, 2005 WL 756610 (Cal Dist Ct). Cité dans : S. KABLAN, É. ONGUENE ONANA, « *Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie* », *op. cit*., p. 116.

[590] N. Trad. « *l'utilisation répétée et automatique par Cairo des pages Web de la CMS peut constituer une présomption de la connaissance par Cairo des conditions dans lesquelles les services de la CMS ont été offerts*

Si les utilisateurs du site web doivent se méfier des dispositions variées et moins protectrices les engageant selon les circonstances entourant leur consentement au contrat électronique, une acceptation implicite résultant du silence paraît aussi compliquer à décerner dans le *cyberespace*.

2 - L'acceptation résultant du silence

En vertu de l'article 18, alinéa 1er de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises « *le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation* ».

Il résulte de l'expression « *à eux seuls* » que le silence ou l'inaction peuvent valoir acceptation dans des circonstances déterminées[591]. Il importe de se livrer à une interprétation des circonstances et de l'usage ou d'habitudes établies entre les parties[592].

Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international[593] vont dans le même sens et considèrent à l'article 2.1.1 que « *le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord* ». Il en découle que le consentement (offre et acceptation) peut résulter du comportement suffisant des parties d'être liées par un contrat en interprétant leur comportement conformément aux critères prévus aux articles 4.1 et suivants[594].

---

avant même l'avis du Cairo de cesser et de se désister de la lettre de CMS. [...] Ainsi, même en acceptant l'allégation du Cairo qu'il n'a pas explicitement accepté les conditions d'utilisation de la CMS, la Cour estime que l'utilisation par Cairo du site Web de la CMS dans des circonstances dans lesquelles Cairo avait une connaissance réelle ou présumée des termes de la CMS engage Cairo à l'égard des Conditions d'utilisation de la CMS et de la clause d'élection de for y afférent ».

[591] Le paragraphe 3 de la Convention de Vienne précise que « *cependant, si, en vertu de l'offre, des habitudes qui se sont établies entre les parties ou des usages, le destinataire de l'offre peut indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte se rapportant, par exemple, à l'expédition des marchandises ou au paiement du prix, sans communication à l'auteur de l'offre, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli, pour autant qu'il le soit dans les délais prévus par le paragraphe précédent* ».

[592] P. SCHLECHTRIEM, C. WITZ, « *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* », Paris, Dalloz, 2008, p. 100

[593] Voir Principes d'UNIDROIT 2010, publié par Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT ROME 2010. Accessible sur : http://www.unidroit.org

[594] Selon l'article 4.1 des Principes d'UNIDROIT 2010 « 1/ *Le contrat s'interprète selon la commune intention des parties.2/ Faute de déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation* ».

Le silence peut valoir acceptation lorsque telle a été la pratique entre les parties et que le commencement d'exécution manifeste l'acceptation[595].

La Cour de cassation s'est penchée sur la question en déclarant que « *le silence de celui qu'on prétend obliger ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée* »[596].

La même réserve à l'acceptation du contrat résultant du silence est exprimée dans un arrêt du 16 avril 2015[597], admettant que « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence, la signification d'une acceptation* »[598].

C'est le cas aussi quand le silence est gardé pendant des années en restant inactif suite à un ouvrage construit[599].

Dans la *common law*, la juridiction américaine saisie d'un litige entre une entreprise New-Yorkaise et un fabriquant italien a estimé qu'à la lumière des relations antérieures entre les parties et du comportement ultérieur du vendeur italien, le silence gardé par ce dernier vaut acceptation de l'offre[600].

Cette voie jurisprudentielle mène, certes, vers une conclusion que le silence ne vaut pas à lui seul acceptation en l'absence de circonstance permettant de donner à celui-ci la signification d'une acceptation, mais une pareille conclusion impose de s'interroger, en matière du contrat électronique, sur ce que nous pouvons retenir de la solution française, qui découle de l'article 11 de la Directive 2000/31/CE, impliquant suivant l'article 1369-5, alinéa 1 du Code civil un processus d'acceptation expresse du contrat ou même des récentes dispositions québécoises

---

[595] B. AUDIT, « *Vente* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, Grenoble 21 oct. 1999, JDI 2000. 1016.
[596] Cass. civ., 25 mai 1870, Bull. Arrêts cass. civ. n° 113.
[597] Cass., 1ère civ., 16 avril 2015, 14-10.257, Bull. 2015, I, n° 97.
[598] La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 octobre 2013 qui relève que « *Mme Y... ne conteste pas avoir reçu le 28 octobre 2010 la contre-valeur de ses parts dans la SCP UGGC telle que retenue par l'assemblée générale du 3 juillet 2009, non remise en cause, ni l'avoir encaissée, y compris par un virement bancaire, et qu'elle ne fait pas état de réserves émises par elle sur cette évaluation, à l'exception de celles formulées la veille de l'audience devant l'arbitre ; que la cour d'appel a pu déduire de ces circonstances que la remise des fonds établissait l'existence d'une transaction parfaite, de sorte que la désignation d'un expert était sans objet* ». Cass., 1ère civ., 16 avril 2015, 14-10.257, *op. cit*.
[599] « *Doit être rejetée la demande de démolition d'un ouvrage construit sur le fonds d'autrui comme étant le produit d'une voie de fait, lorsque les propriétaires successifs de ce fonds, parmi lesquels l'auteur de la demande, sont réputés avoir accepté tacitement cet ouvrage dont ils avaient connaissance en restant inactifs pendant plusieurs années* ». Cass., 3ème civ., 19 décembre 2012, n° 11-21.616, Bull. 2012, III, n° 197.
[600] *Filanto, s.p.A v. Chilewich international Corp*, V. P. SCHLECHTRIEM, C. WITZ. « *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* », Paris, Dalloz 2008, p. 101.

réglementant le contrat de cyberconsommation, qui paraissent claires et fermes sur l'acceptation expresse du contrat[601].

En relevant ce point, il convient de se poser la question de savoir si, en matière du contrat conclu par voie électronique, le silence vaut acceptation lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation.

En effet, la formation du contrat électronique est envisagée en deux étapes. La première comprend les conditions générales de ventes ou d'utilisation, c'est-à-dire le cadre commun de la transaction réalisée à partir du site de l'offrant. La seconde se rapporte aux conditions spécifiques, au bien ou au service objet de la transaction et qui portent, généralement, sur la nature du bien ou du service, ses qualités, quantité, prix, etc.

L'acceptation du contrat doit porter sur les conditions générales et spécifiques. S'il est possible de ne pas s'attarder sur la question de l'acceptation expresse par le système de clic sur le bouton placé à cette fin par l'offrant, il reste, en revanche, pertinent de s'interroger sur l'acceptation tacite découlant d'un faisceau d'indices susceptible de montrer l'intention des parties[602].

Cette question a été traitée par plusieurs arrêts des pays de *common law*. La Cour supérieure du Québec a affirmé dans le litige opposant *la Canadian Real Estate Association* à *Sutton (Quebec) Real Estate Services* que le téléchargement de contenus à partir d'un site web « *pouvait constituer l'expression du consentement. L'absence alléguée de l'icône d'acceptation (« I agree ») n'y a alors pas fait obstacle* »[603].

---

[601] L'article 54.5 de la Loi sur la protection du consommateur en dévoilant les phases successives de l'acceptation, précise qu' « *avant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs* ».

[602] Dans ce sens, Monsieur GHESTIN indique que « *la manifestation de volonté, expresse ou tacite, constitue un signe ; ce qui veut dire qu'elle doit avoir été accomplie par son auteur avec l'intention de communiquer à autrui ce pourquoi il s'engage. En revanche, lorsque derrière le fait pris en considération on ne discerne aucune volonté qui ait entendu conférer à celui-ci une signification à l'intention d'autrui, il ne s'agit que d'un indice, à partir duquel l'expression d'une volonté peut seulement être présumée* ». J. GHESTIN, « *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation* », 2ème Ed., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 302.

[603] *Canadian Real Estate Association / Association Canadienne d'immeuble c Sutton (Québec) Real Estate Services Inc*, 2003 CanLII 22519, 2003 CarswellQue 682 (CS Qc). Serge KABLAN et Édouard ONGUENE ONANA, *op. cit*., p. 106.

En outre, une Cour d'appel anglaise a affirmé dans un arrêt opposant *Gibson* à *Manchester City Council*[604] qu'à travers le comportement et la conduite des parties, on peut conclure à l'existence d'un contrat ayant force obligatoire, sans se limiter au concept strict de l'offre et de l'acceptation[605].

Si on peut déduire de ce qui précède que l'acceptation peut être tacite en se référant aux intentions des parties et leur accord implicite d'être lié, il faut que cette acceptation repose sur la connaissance parfaite des stipulations contractuelles liant les parties.

La jurisprudence française a considéré inopposable à l'adhérent les stipulations figurant sur le document principal mais qui sont inscrites au verso du même document bien que la signature de l'adhérent se trouve au recto, alors qu'aucune mention ne l'invite à s'y reporter[606].

Toutefois, la maxime « *Qui ne dit mot consent* » était souvent mise en œuvre par certains professionnels de vente à distance pour les ventes par envoi forcé. Ce type de vente est aujourd'hui désigné sous l'expression de vente sans commande

---

[604] Cour d'appel anglaise, arrêt *Gibson v. Manchester City Council*, [1978] 2 All E.R. 583, 586 (C.A.) ; V. GAUTRAIS, « *Les principes Unidroit face au commerce électronique* », dans Guy Lefebvre (dir.), XIIièmes journées Maximilien Caron, Montréal, Thémis, 2002, p. 500.

[605] Le juge Lord Denning a énoncé que « *to my mind it is a mistake to think that all contracts can be analysed into the form of offer and acceptance [...] as I understand the law, there is no need to look for a strict offer and acceptance. You should look at the correspondence as a whole and at the conduct of the parties and see therefrom whether the parties have come to an agreement on everything that was material. If by their correspondence and their conduct you can see an agreement on all material terms, which was intended thenceforward to be binding, then there is a binding contract in law even though all the formalities have not been gone through ». N. Trad. : « à mon avis, c'est une erreur de penser que tous les contrats peuvent être analysés sous la forme d'offre et d'acceptation [...] selon ma compréhension de la loi, il n'y a pas besoin de chercher strictement une offre et une acceptation. Vous devriez regarder la correspondance dans son ensemble et le comportement des parties et voir à partir de là si les parties sont arrivées à un accord sur tout ce qui était tangible. Si par leur correspondance et leur comportement, vous décelez un accord sur toutes les clauses substantielles, qui avait pour objet d'être engageant, alors il y a un contrat ayant force obligatoire, même si toutes les formalités ne sont pas accomplies* ». Arrêt *Gibson v. Manchester City Council*, *op.cit.*

[606] Cass., 1ème civ., 3 mai 1979, n° 77-14.689, Bull. des arrêts Cass. 1ère civ., n° 128 : « *statuant sur un litige relatif à un achat de mobilier, les juges du fond qui constatent que la clause litigieuse du bon de commande, concernant la charge des risques du transport de la marchandise, se trouvait, au milieu de nombreuses autres dispositions figurant au dos du bon de commande, signé au recto seulement par l'acheteur qui, faute de référence précise, n'avait certainement pas remarqué qu'il portait au verso diverses dispositions, ont pu en déduire que cet acheteur n'avait pas donné son accord aux stipulations litigieuses, qui, de ce fait, ne lui étaient pas opposables » ;* V. aussi l'arrêt de la Cour de cassation retenant une présomption de mauvaise foi d'un vendeur qui a limité la garantie à une période déterminée dans une disposition inscrite au verso d'une facture. La Cour de cassation en rejetant le pourvoi avait considéré l'arrêt rendu par les juges du fond ayant été légalement justifié quand ils ont décidé que *« le vendeur n'apportait pas la preuve que rousset ait connu et accepte, lors de la conclusion de la vente, l'existence de la clause limitative de garantie* », Cass., 1ère civ., 28 avril 1971, n° 69-14.617, Bull. des arrêts Cass. 1ère civ., n° 143, p. 118.

préalable[607]. Pour les cybercommerçants utilisant ce type de vente, le silence gardé par le destinataire d'une marchandise est une manifestation de consentement. Celui qui reçoit un produit et ne l'expédie pas dans un délai déterminé sera considéré accepter l'offre qu'il lui a été faite et doit payer le prix[608].

En effet, cette pratique a été prohibée à l'article R. 635-2 du Code pénal français et l'envoi forcé est considéré une contravention de la cinquième classe. Ce type de contravention est fixé par l'article 131-13 du Code pénal à une amende de 1500 euros. Des peines complémentaires sont également prévues par l'alinéa 2 de l'article R. 635-2 du même Code[609]. Le Code de la consommation, dans un souci de protection des consommateurs, renforce aussi cette prohibition du Code pénal en créant une infraction particulière,[610] sanctionnée d'emprisonnement sans compter les peines complémentaires applicables. L'article L.132-17 du Code de la consommation prévoit une amende de 300.000 euros pouvant s'élever à 10% du chiffre d'affaires annuel du professionnel ainsi que de deux ans d'emprisonnement[611].

D'une manière générale, bien qu'il soit possible de constater des décisions contradictoires quant à la recevabilité des circonstances traduisant une acceptation tacite d'être lié, nous croyons néanmoins que, dans le *cyberespace,* il importe que les parties prennent soin de bien éclairer leur intention et exprimer leur consentement. Il incombe, dans ce cadre au cybercommerçant, de prévoir des dispositifs d'accusés de réception reprenant le contenu des conditions essentielles du contrat, de mettre à disposition des conditions générales et d'utilisations

---

[607] L'expression est employée par le Code de la consommation français dans la section 4, intitulé « *Vente et prestation de service sans commande préalable* » du Chapitre 1er relatif aux Pratiques commerciales interdites.

[608] G. RAYMOND, « *Contrats conclus à distance* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Concurrence – Consommation, LexisNexis, 3 Octobre 2014, Fasc. 904.

[609] L'alinéa 2 de l'article R. 635-2 du Code pénal prévoit les peines complémentaires suivantes « *1° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ; 2° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit* ».

[610] L'article L.121-12 du Code de la consommation prévoit qu'il « *est interdit le fait d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur* ».

[611] Conformément à l'article L.132-17 du Code de la consommation (ancien article L.122-12) « *la violation de l'interdiction mentionnée à l'article L. 121-12 est punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits* ».

accessibles et lisibles permettant la prise de connaissance de leur contenu avant tout engagement contractuel.

Ces solutions paraissent loin d'être consacrées dans un contexte caractérisé par la promptitude des transactions dans un contexte international de conclusion du contrat électronique.

Le moment de la formation du contrat électronique soulève également quelques difficultés qu'il convient d'envisager dans les développements qui suivent.

II - Le moment de formation du contrat par voie électronique

Lorsqu'un contrat est conclu entre des personnes présentes, le moment de la formation du contrat est déterminé sans difficultés. Toutefois, une incertitude s'attache à la détermination du moment de formation du contrat lorsque les parties se trouvent dans des endroits différents.

La question du moment de la formation du contrat entre non présents ou conclu à distance, pose donc une redoutable difficulté. En quel lieu et à quel moment peut-on considérer que le contrat est formé ?

Les intérêts pratiques qui se rapportent à cette détermination, demeurent pertinents dans la mesure où les contrats entre non-présents peuvent facilement comporter un élément d'extranéité, facteur de doute que le droit se doit de lever[612]. Il conviendra de rechercher une solution de principe à la question convenable avec le *cyberespace* (A).

Les législations des pays de droit civil comme celles de *common law* adoptent des approches assez floues (B). La jurisprudence a longtemps fluctué.

Pour simplifier, deux grandes théories sont envisagées afin de fixer le moment de l'acceptation. Ce moment détermine le régime de transfert des risques que l'on retrouve dans la problématique des contrats conclus entre absents.

A - L'approche convenable au contrat électronique

Le moment de la formation du contrat électronique revêt un intérêt pratique (1) et il est soumis aux théories en présence (2).

[612] V. GAUTRAIS, « *Les principes Unidroit face au commerce électronique* », *op. cit.*, p. 507.

1 - Intérêts pratiques

Il est sans doute important de déterminer le moment où le contrat est conclu. Généralement, cette détermination permet de définir jusqu'à quel moment l'offrant peut en principe retirer son offre[613]. Après cette formation, dans les contrats translatifs de propriété, les risques de la chose vendue sont transférés à l'acquéreur sans considération de la livraison effective de la chose[614]. C'est au moment de la formation qu'on peut apprécier la capacité des contractants et les conditions de validité du contrat au regard de la loi en vigueur.

Ce moment constitue aussi un point de départ de certains délais tels que celui de la prescription de certaines actions de nullité du contrat[615] ou pour l'exercice du droit de rétractation pour certains types de contrat[616].

Toutefois, le débat classique sur le moment de l'acceptation de l'offre et en conséquence la formation du contrat risque de ne pas avoir une véritable portée dans le cadre du contrat conclu par voie électronique.

Dans un monde virtuel, le temps que consacre un message électronique d'acceptation pour parvenir au site ou à la boite mail de l'offrant est, dans le cas normal, instantané. En cas d'incident technique, la réception peut être retardée de quelques minutes après qu'elle ait été émise.

Mais ce risque semble limité car d'une part, les incidents de ce genre sont propres aux échanges par courriers électroniques alors que le commerce électronique se fait souvent par le réseau Internet sur un site et d'autre part, les serveurs de messageries électronique des professionnels sont généralement plus sûrs que ceux des particuliers[617].

En outre, entre le moment de l'émission de l'acceptation à travers un clic et le moment de la réception de celle-ci, il n'y a aucune nuance à faire. Un décalage

---

[613] J. GHESTIN, Traité de droit civil, « *Les obligations, La formation du contrat* », T. II, LGDJ, 3ème Ed., 1993, p. 320.
[614] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « *Les obligations* », Précis Dalloz, 8ème Ed., 2002, n° 104, p. 169.
[615] J. GHESTIN, Traité de droit civil, « *Les obligations, La formation du contrat* », *op.cit.* ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « *Les obligations* », *Ibid.*
[616] Par ex., le délai de rétractation de 14 jours instauré par la loi Hamon dans une vente à distance, par correspondance ou en ligne par Internet court à compter : - de la réception du colis lorsque l'achat concerne un bien, - de l'acceptation de l'offre lorsque l'achat concerne un service.
[617] Ph. STOFFEL-MUNCK, « *La réforme des contrats du commerce électronique* », la Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 16 Sep. 2004, n° 38, 1341.

dans le temps peut exister entre l'émission de l'acceptation et sa réception lorsque le contrat est conclu par deux personnes qui communiquent par courriers écrits papier, mais ce décalage n'a pas une raison d'être quand l'émission de l'acceptation se manifeste par le clic sur le bouton indiqué sur le site d'un professionnel.

Là encore, on peut se pencher sur la place de l'accusé de réception dans la détermination du moment de la formation du contrat.

Il se peut que l'accusé de réception tienne lieu de l'acceptation. Dans ce cas, le contrat est réputé formé à la réception de l'accusé par le destinataire de l'offre. Il est possible aussi que cet accusé se borne uniquement à constater la réception du message émis par le client. Dans tous les cas, la liberté de ne pas contracter est fondamentale.

L'accusé de réception a son utilité lorsqu'il joue une fonction probatoire, du fait qu'il constate l'acceptation et en conséquence la formation du contrat. Cette utilité peut être appréciée au regard de la date de la conclusion du contrat lorsqu'un consommateur qui a commandé sur Internet ne reçoit rien dans les délais prévus. Ainsi, à travers cette preuve, le moment de la formation du contrat permet de calculer le délai d'exécution de la commande.

Or, lorsqu'un cyberconsommateur est connecté à un site web, il n'a pas les moyens de prouver qu'il a émis son acceptation avec le clic. L'accusé de réception lui accordera cette preuve.

En l'absence de la preuve de l'émission de l'acceptation et, partant, de la formation du contrat, la question du moment reste floue à déterminer.

En conclusion, l'intérêt pratique du moment de formation reste assez limité en matière du contrat électronique.

2 - Théories en présence

La connaissance du consentement de l'acceptant est déclarée effective à des moments divers selon les conceptions principales en présence (a). En ce qui

concerne la formation du contrat sous forme électronique, que peut-on dire sur le système le plus adapté à ce contexte ? (b).

a - Les grands principes adoptés

Conformément à la théorie de l'émission, le contrat est formé quand l'acceptant émet sa volonté de contracter, autrement dit lorsque le destinataire de l'offre déclare accepter celle-ci[618], peu importe que l'offrant ait connu cette acceptation.

Cette théorie favorise la rapidité de la transaction puisque le contrat sera formé à l'émission de l'acceptation et l'acceptant peut immédiatement commencer à exécuter.

Le système de l'émission assimile l'échange des consentements à une simple coexistence objective de consentement concordants. C'est un système qui repose sur le consensualisme. De ce fait, l'acceptation vaut, par elle-même, formation du contrat, elle n'est pas réceptice et le contrat est conclu le jour voire le moment de l'émission de l'acceptation.

Selon la théorie de la réception, le contrat ne sera formé qu'au moment où l'offrant a eu connaissance de la volonté de l'acceptant, ou tout au moins, a pu prendre connaissance de la volonté de l'acceptant[619].

Ce système de la réception assimile l'échange des consentements à une communication de l'acceptation. Il ne suffit pas que le consentement soit donné, il faut qu'il soit connu de l'autre. En conséquence, le contrat est formé lorsque l'offrant reçoit l'acceptation ou lorsqu'il en prend connaissance ou (notamment en matière d'envoi du consentement par voie électronique) est susceptible de le faire.

Ce postulat nécessite une évaluation sur le plan pratique des deux théories au regard du contrat électronique.

---

[618] D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », *op.cit.*, n° 176, p. 102 ; M. POUMAREDE, « *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Ch. 2 – Responsabilité délictuelle et inexécution contractuelle* », Œuvre collective sous la direction de Monsieur Philippe LE TOURNEAU, Dalloz 2014.

[619] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « *Droit civil : les obligations* », 10ème Ed. Dalloz 2009, n° 169, p. 178 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », *op.cit.*, n° 177, p. 102.

b - L'appréciation pratique de la théorie de la réception dans le contrat électronique

En matière du contrat conclu par voie électronique, il est nécessaire de trouver une solution harmonisée et en accord avec les intérêts à satisfaire.

En effet, des divergences doctrinales sont constatées dans ce cadre suscitant l'intérêt de s'interroger sur la question de savoir laquelle des deux théories est la plus avantageuse pour assurer la sécurité juridique des transactions dans le *cyberespace*.

Certains auteurs considèrent que la théorie de l'émission est un système qui préserve les intérêts de l'acceptant, notamment contre le retrait de l'offre et qui évite l'arbitraire du pollicitant[620].

Cette théorie de l'émission rend plus facile « *la preuve de la formation du contrat et des conditions auxquelles il a été conclu. L'acceptant détiendra dans son propre système la matérialité de l'émission du message d'acceptation et l'étendue de son contenu* » [621].

Toutefois, un avis divergent exprime la particularité du contrat électronique où les risques de transmission sont plus importants que dans un contrat conclu entre personnes physiquement présentes, pour conclure qu'il est bien logique « *de retarder l'instant de la conclusion du contrat au moment où l'assurance de la réception de l'acceptation par l'offrant pourra être constatée par ce dernier. Plus le risque d'erreur est important, plus le moment de la conclusion de l'accord doit être reculé afin d'augmenter les chances d'une transmission complète et réussie* »[622].

Pour justifier le système de la réception, deux arguments ont été mis en place par la doctrine[623]. Le premier est relatif au caractère réceptice[624] de

---

[620] N. MATHEY, « *Contrats et obligations. – Des contrats sous forme électronique* », *in* Encyclopédie JurisClasseur, LexisNexis, 8 janv. 2008, (mise à jour 2 janv. 2011), Fasc. 10 ; V. également Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », Ed. Dalloz, Paris 2008, n° 9.23.1, p. 298.

[621] L. GRYNBAUM, « *Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'acceptation* », D. 2003, p. 1706.

[622] V. GAUTRAIS, « *Le contrat électronique international : encadrement juridique* », 2ème Ed. (revue), BRUYLANT-ACADEMIA 2002, p. 136.

[623] M. MIGNOT, « *Vente. – Nature et forme. – Formation du contrat* », *in* Encyclopédie JurisClasseur, LexisNexis, , 21 mai 2014, (mise à jour 24 juill. 2015), Fasc. unique.

[624] Le terme « *Réceptice* » qualifie « *l'acte unilatéral qui n'a pas d'existence juridique que par la notification qui en est faite à son destinataire* », S. GUINCHARD (ss dir.), T. DEBARD, « *Lexique des termes juridiques* », 21ème Ed. Dalloz 2014, p. 778.

l'acceptation. Il serait irrationnel de traiter distinctement l'offre et l'acceptation, car si l'offre est considérée comme réceptice, il faudrait en faire de même de l'acceptation pour assurer « *une égalité conforme à la justice* ». Cela « *confère à l'offrant un délai de réflexion, au moins dans certains cas, lorsque le mode de communication de l'offre est lent. Ne pas admettre le caractère réceptice de l'acceptation, c'est refuser à l'acceptant tout délai de réflexion alors qu'il est placé dans une situation identique de celle de l'offrant de ce point de vue* ». Le second argument se rapporte à la sécurité juridique « *tant que l'acceptation n'est pas reçue et connue par l'offrant, ce dernier ne peut agir en fonction d'elle. La rétractation de l'acceptation ne peut lui causer aucun préjudice* »[625].

Toutefois, ces arguments ne sont pas défendables en matière du contrat électronique dans lequel l'émission de l'acceptation et sa réception par l'offrant peuvent se faire d'une façon simultanée.

En effet, si on met l'accent sur la circulation instantanée de l'information sur les réseaux, on peut soutenir que c'est la théorie de la réception qu'il faut retenir et le contrat est supposé formé lorsque l'offrant reçoit le message électronique. Mais dans ce cas, c'est l'offrant qui est protégé et c'est l'acceptant qui supporte le risque de l'erreur de communication[626].

Mais si on soutient que malgré la transmission rapide de l'information, le risque de perte de message d'acceptation n'est pas exclu, c'est la théorie de l'émission de l'acceptation qui sera retenue pour peser le risque sur l'offrant[627].

En tout état de cause, comme le relève Monsieur le professeur Le Tourneau, « *dans le commerce électronique, la détermination du moment de la formation du contrat est liée à des questions purement techniques* »[628]. Le caractère instantané des échanges électroniques rend inutile l'application de la théorie de l'émission de l'acceptation pour les contrats à distance.

Ce constat a mené à considérer que « *le choix entre la théorie de l'émission et celle de l'acceptation est sans doute un peu académique, dans la mesure où*

---

[625] M. MIGNOT, « *Fasc. unique : VENTE. – Nature et forme. – Formation du contrat* », *op. cit.*
[626] O. CACHARD, « *165 : Le contrat électronique* », Le Lamy droit du contrat.
[627] *Ibid*.
[628] Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », édition Dalloz, Paris 2008, n° 9.23.1

l'émission et l'acceptation sont généralement pratiquement concomitantes dans le commerce électronique »[629].

De ce qui précède, il convient de conclure qu'au-delà de la théorie de la réception qui semble la plus appropriée au contrat électronique dans la mesure où même la technique vient à l'appui de cette approche, toute option dépendra *in fine* des situations et laquelle des théories servira au mieux pour créer un équilibre entre les intérêts en présence.

L'essentiel reste de « *réaliser un juste équilibre entre les intérêts en présence. Il faut en réalité […] partir de cette idée qu'avant d'être un accord de volontés le contrat est un instrument de la vie sociale. C'est d'après sa fonction pratique et non d'après des considérations purement rationnelles et a priori qu'il faut déterminer ses conditions d'existence et le moment précis de sa formation* »[630].

Les tendances législatives apportent, en outre, des réponses à la question du moment de formation du contrat électronique.

B - La tendance législative selon les textes spécifiques au commerce électronique

En matière de contrat électronique, des réponses différentes sont apportées à la question du moment de formation selon les législations considérées. Il convient, à ce titre, de se pencher sur cette question au regard du droit international (1), du droit continental (2) ainsi que du *Common Law* (3).

1 - L'état de la question en droit international

Au niveau international, la théorie de la réception est la mieux accueillie. C'est le cas des Principes Unidroit et c'est également le cas de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises.

[629] D. NOGUERO, « *L'acceptation dans le contrat électronique : Le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique* » : études réunies par J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ 2005, p. 49, cité par : N. MATHEY, « *Contrats et obligations. – Des contrats sous forme électronique* », *op.cit.*
[630] J. GHESTIN, Traité de droit civil, « *Le contrat* », t.II, LGDJ 1980, n° 250.

La Convention de Vienne consacre le principe de la réception de l'acceptation par l'offrant dans son article 18[631], sauf qu'en cas des usages ou des relations d'affaires entre les parties une réserve d'acceptation licite est accordée.

En plus, conformément à l'article 24 de la Convention de Vienne, il y a lieu de vérifier si la déclaration, autre que verbale, a pénétré dans la sphère du destinataire et à quel moment[632]. Selon la Convention, une déclaration d'acceptation parvient par une remise directe au destinataire, par une délivrance à son établissement ou à son adresse postale, à sa résidence habituelle.

Le terme « *parvient* », désigne en se référant à l'avis n°1 du Comité consultatif de la CVIM sur les communications électroniques sous l'empire de la Convention de Vienne « *le moment où une communication électronique est entrée dans le serveur du destinataire, à condition que le destinataire ait consenti, de manière expresse ou implicite, à recevoir des communications électroniques de ce type, de ce format et sous cette adresse* »[633].

Ainsi, une déclaration d'acceptation transmise par voie électronique prendra effet lorsqu'elle est entrée dans une boite de réception afin qu'elle puisse être consultée, à condition que le destinataire ait lui-même désigné cette boite[634].

---

[631] L'article 18 dispose que « *[…] L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre. L'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances de la transaction et de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire* ».

[632] L'Article 24 précise que « *aux fins de la présente partie de la Convention, une offre, une déclaration d'acceptation ou toute autre manifestation d'intention "parvient" à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle* ».

[633] Le comité consultatif de la Convention de Vienne (CISG Advisory Council) est issu d'une initiative de l'institut de droit commercial international de la Pace University (USA, Etat de New York) et du Centre d'études de droit commercial de Queen Mary à Londres. Il a pour but de promouvoir la bonne compréhension de la CVIM et son interprétation uniforme. Avis accessible sur le site : http://www.cisg.fr/avis1.html?lang=fr

[634] Voir aussi la Convention des Nation Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux « *le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée* ». Egalement dans ce sens, l'Article 15 de Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique— Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données – dispose dans le paragraphe 2 que « *sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit : a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données : i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné; ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire; b) Si le destinataire n'a pas désigné de*

Les principes Unidroit adoptent un système très proche de celui de la Convention de Vienne en confirmant le même principe de la réception par le pollicitant de l'acceptation de l'offre.

Conformément au paragraphe 2 de l'article 2.1.6 des principes d'Unidroit, une acceptation prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'offrant[635]. Les principes d'Unidroit explique les raisons d'adoption du principe de la réception plutôt que celui de l'émission en précisant que « *le risque de transmission doit incomber au destinataire plutôt qu'à l'auteur de l'offre, puisque c'est le premier qui choisit le moyen de communication, qui sait si le moyen de communication choisi est soumis à des risques ou à un retard particuliers, et qui est par conséquent plus à même de prendre des mesures pour s'assurer que l'acceptation parvienne à sa destination* »[636].

La théorie de réception adoptée par les Principes d'Unidroit n'est pas absolue. Ceux-ci admettent la conclusion du contrat au moment de l'acceptation par le destinataire de l'offre si, comme dans la Convention de Vienne, des usages et relations d'affaires entre les parties le permettent.

Dans le registre européen, bien que le législateur ait pris le soin d'éviter de préciser le moment de la formation du contrat, il semble faire primer la théorie de la réception.

La Directive sur le commerce électronique pose, en son article 11 §1er, la règle selon laquelle « - *le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique, - la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

Il semble à travers ce texte, peu clair, que la conclusion du contrat correspond au moment où l'offrant accuse « *réception* » de la commande et que les deux parties ont accès à l'accusé réception de cette commande[637]. La directive a

---

système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire ».

[635] Le paragraphe 3 de l'article 1.10 des principes d'Unidroit précise qu'une notification parvient à son destinataire, lorsqu'elle est délivrée à son établissement ou à son adresse postale.

[636] V. commentaire accompagnant l'article 2.1.6 des Principes d'Unidroit.

[637] Cette tendance législative peut être tirée aussi de l'article 2:205 (Moment de conclusion du contrat) des principes européens du droit des contrats qui sont créés par la Commission pour le droit européen du contrat

paru donc opiner en faveur de la théorie de la réception[638], elle retient le moment auquel le destinataire d'une offre a reçu de la part de l'offrant l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire.

Cette règle ne trouve pas application pour les contrats conclus entre professionnels qui en ont convenu autrement et pour les contrats entre personnes n'agissant pas dans le cadre de leurs activités professionnelles et qui sont conclus exclusivement au moyen d'un échange de messages électronique.

Toutefois, la Directive a laissé dans l'ombre la question de savoir si l'accusé de réception a un rôle à jouer dans la formation du contrat électronique de sorte que les Etats membres, dans l'appréciation du moment de la formation du contrat, alimentent une insécurité juridique[639]. Ainsi, d'un Etat membre à un autre, le contrat électronique pourra être considéré comme conclu soit au moment où l'acceptant envoie le bon de commande selon les règles françaises développées ci-après, soit au moment où l'offrant accepte la commande selon les conceptions britanniques et allemandes[640].

A ce titre, une révision de la directive sur le commerce électronique est souhaitable sur ce point.

Il convient de souligner, dans ce cadre, que le projet de directive avait échafaudé un système d'échange très élaboré de ce qui devait être le consentement dans le contexte du contrat du commerce électronique à travers l'article 11, 1) de la proposition modifiée de Directive de 1999 qui prévoyait que « *le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service* »[641]. Toutefois, cette solution ne peut pas être très favorable au

---

présidée par Ole Lando en 1997 et 1998 et qui prévoit que « *(1) Si le destinataire de l'offre expédie son acceptation, le contrat est conclu lorsque celle-ci parvient à l'offrant. (2) Si l'acceptation résulte d'un comportement, le contrat est conclu lorsque ce comportement est porté à la connaissance de l'offrant. (3) Si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou d'un usage, le destinataire peut accepter l'offre en accomplissant un acte sans notification à l'offrant, le contrat est conclu lorsque débute l'accomplissement de l'acte* ».

[638] L. GRYNBAUM, « *La directive "commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique* », Comm. com. Elec. 2001, chron. 18, p. 12.

[639] J. ROCHFELD, « *L'acquis communautaire : le contrat électronique* », ECONOMICA 2010, p. 129.

[640] J. ROCHFELD, *Ibid*., p. 130.

[641] Proposition modifiée de la commission (tenant compte des observations du Parlement européen en première lecture) de projet de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (COM (1999) 427 final du 17 août 1999.

consommateur dans la mesure où le prestataire de services demeure maître de la formation du contrat.

Comme le précise, à juste titre, Madame Rochfeld, « *il serait souhaitable que le système de l'émission de la confirmation de la commande retienne l'attention du législateur européen s'il venait à réformer l'acquis communautaire dans ce domaine* »[642].

2 - Les perspectives en droit continental

En droit français, la plupart des arrêts de la Cour de cassation adoptent un principe selon lequel le moment et le lieu de conclusion du contrat sont une question de fait[643] qui ressortit au pouvoir souverain des juges du fond[644]. Il en résulte, la présence tantôt de la théorie de l'émission et tantôt celle de la réception.

Ayant abandonné la question au pouvoir souverain des juges, la Cour de cassation semble, toutefois, favoriser la théorie de l'émission[645] sous réserve de l'existence de dispositions particulières[646].

En conclusion, émission ou réception sont ainsi favorisées l'une ou l'autre selon les circonstances et selon les cas.

Cependant, cette incertitude est non satisfaisante quand la question est appelée à se poser dans un contexte international, dans lequel l'élément d'extranéité et le caractère immatériel des échanges peuvent compliquer les choses. C'est justement pour cette raison que Monsieur Ghestin estime juste de

---

[642] J. ROCHFELD, *op. cit.,* p. 130.
[643] Cass. Soc. 20 juill. 1954, JCP 1955, II, 8775, F. X. TESTU, *op. cit.*
[644] Cass., 1ère civ., 21 décembre 1960, n° 558. Résumé : « *lorsqu'une correspondance a été échangée en vue de la conclusion d'un contrat, une cour d'appel ne fait qu'user de son pouvoir souverain d'interpréter la volonté des parties en décidant que le pollicitant était en droit de retirer son offre jusqu'a la réception de l'acceptation* ».
[645] Le professeur Aubert relève que la référence à l'émission est « *constante, depuis une quarantaine d'années, lorsqu'il s'agit de fixer le lieu de conclusion* », J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, « *Les obligations* », L'acte juridique, A. Colin ; Note M. VIVANT, « *Le droit du cyberespace* », Le Lamy droit du numérique 2016.
[646] Cass., com, 7 janvier 1981, n° 79-13.499, Bull. des arrêts Cass. com. n° 14. Résumé « *est dépourvu de fondement le moyen qui soutient, qu'un contrat par correspondance n'est formé qu'au moment de la réception par le sollicitant de l'occupation du cocontractant alors que, sauf stipulation contraire, les parties sont liées dès l'émission de cette acceptation* ».

dire qu'il importe plus de dégager une règle que de s'interroger sur celle qui est la plus pertinente[647].

Ces variations jurisprudentielles au sein de la Cour de cassation semblent avoir été tranchées avec l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations [648]. Cette ordonnance a déterminé clairement le moment de la formation du contrat dans l'article 1121 qui prévoit que « *le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* »[649]. C'est donc la théorie de la réception qui est retenue par le législateur français en mettant fin aux divergences jurisprudentielles en la matière.

Eu égard à la conclusion du contrat électronique, la théorie de l'émission apparaît insuffisante en présence d'un système d'automatisation du processus de formation du contrat susceptible d'accroitre les possibilités d'erreurs résultant d'une mauvaise utilisation des formulaires automatiques ou de mauvaise compréhension de l'objet et des conditions contractuelles accessibles en lignes[650].

Toutefois, le droit français semble attacher à cette approche jurisprudentielle et conserve sa spécificité en confirmant son adhésion à la théorie de l'émission.

Le législateur a tranché la question, mais il a apporté des réponses passablement obscures, en introduisant par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 quatre nouvelles sections au chapitre VII réglementant les contrats sous forme électronique, dont l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 n'a pas modifié le contenu.

---

[647] J. GHESTIN, Traité de droit civil, « *Les obligations, le contrat : formation* », 2ème Ed., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 280.

[648] « *Surtout, le moment auquel le contrat se forme est clairement fixé, ce qui permettra de mettre fin à une jurisprudence fluctuante (article 1121) : le texte fait le choix du moment où l'acceptation parvient à l'offrant, conformément à la théorie dite de la réception, et non de celui où l'acceptation est émise par le destinataire de l'offre, ni davantage de celui où l'offrant prend effectivement connaissance de l'acceptation, dont la preuve est plus difficile à rapporter. Cette solution apporte une plus grande sécurité juridique sur la date de formation du contrat. Elle est conforme à celle retenue dans différents projets d'harmonisation européens* ». Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25. ELI: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte

[649] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (*JORF n°0035 du 11 février 2016*).

[650] R. CHENDEB, « *La formation du contrat de consommation, étude de droit comparé* », *op. cit.,* p. 176.

D'un côté, l'article 1127-2 du Code civil dispose dans le premier alinéa que [651] « *le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive* ». Dès lors, l'offre sera réputée être acceptée quand le destinataire de l'offre confirmera son acceptation. Cet alinéa prête à dire que la formation du contrat dépend de la seule émission de l'acceptation, ce qui est conforme à la théorie de l'émission.

Mais d'un autre côté, le deuxième alinéa du même texte précise que « *l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée* », ce qui laisse penser que la perfection du contrat est retardée jusque-là et relève de la théorie de la réception[652]. Le deuxième alinéa du texte maintient donc une ambiguïté quant au moment définitif de formation du contrat.

La formation du contrat électronique semble le fruit de la réalisation des étapes successives dont l'accomplissement semble mener vers la théorie de la réception puisque le troisième alinéa du texte dispose que « *la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

Ce formalisme très protecteur du consentement de l'acceptant peut permettre la naissance d'une nouvelle théorie de « *l'émission de la confirmation de l'acceptation* ».

En effet, l'article 1127-2 du Code civil présente quatre étapes nécessaires à la formation définitive du contrat électronique à savoir : la proposition de contracter ; l'acceptation ou la commande (premier clic) ; la confirmation de l'acceptation après

[651] Art. 1369-5 C. civ. (ancien). En effet, Les changements apportés à la sous-section 4 sur les contrats conclus par voie électronique sont peu nombreux, parmi lesquels l'exigence portée par l'article 1127-1 de faire figurer parmi les langues proposées la langue française.

[652] V. L. GRYNBAUM, « *Après la loi "économie numérique", pour un Code européen des obligations... raisonné* », D. 2004, p. 2213 ; V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit*., n° 172-1 ; V. Note de B. PETIT, S. ROUXEL, « *Contrats et obligations. – Consentement* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Notarial Répertoire > V° Contrats et obligations, LexisNexis, 20 sep. 2012 (mise à jour 26 juin 2015), Fasc. 2-1.

vérification du détail de la commande (seconde confirmation/le double clic) et l'accusé de réception de l'offrant.

Ainsi, la première n'aurait plus aucun effet juridique à défaut d'être confirmée par une seconde acceptation. Un fois le double clic fait, la vente est conclue et on reçoit l'accusé de réception de l'offrant.

La valeur de l'accusé de réception[653] détermine la théorie en présence dans le processus de formation du contrat électronique dans le système juridique français. Si le contrat n'est formé que quand on donne l'accusé de réception, que ce dernier définit le moment de l'acceptation, cela serait une voie vers la validation de la théorie de réception.

Si, en revanche, le rôle de l'accusé de réception se borne à récapituler le contenu de la commande acceptée, cela serait une manière de valider la théorie de l'émission, d'autant plus que l'accusé de réception émane de l'offrant et non de l'acceptant et qu'il n'y a pas de sanction prévue si l'offrant n'adresse pas d'accusé de réception. Comme le précise Madame Féral-Schuhl, il constitue une simple étape technique déconnectée du lien contractuel résultant de l'acceptation et permet seulement d'avoir confirmation que la commande a été bien prise en compte par le cybermarchand[654].

Mais considérant tout simplement que le texte ne signifie rien d'autres que d'exiger du destinataire de l'offre d'accepter d'une manière éclairée sans autre considération, on pourra dire que le contrat est ainsi formé[655]. Comme le précise le

---

[653] Voir sur ce point le Rapport fait par MM. Pierre HERISSON et Bruno SIDO, au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, pour la confiance dans l'économie numérique, n° 232, déposé le 3 mars 2004. Il indique que « *faire de la confirmation de la commande l'évènement déterminant le moment de la conclusion du contrat risquerait de créer un régime spécifique pour les contrats passés sur Internet par rapport aux autres contrats négociés à distance. En outre, la France étant l'un des seuls pays avec le Luxembourg et le Portugal à avoir introduit, à l'occasion de la loi de transposition, une règle spécifique concernant le moment de la conclusion du contrat, le régime spécifique français contredirait l'objectif d'harmonisation européenne visé par la directive. Il convient donc de supprimer dans la loi toute référence au moment effectif de conclusion du contrat et de recentrer l'article sur son objet, à savoir préciser les principes devant régir la conclusion du contrat par voie électronique : que le destinataire de l'offre ait été en mesure de « vérifier le détail de sa commande et son prix total » et de « corriger d'éventuelles erreurs » avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation* ».

[654] C. FERAL-SCHUHL, « *Cyberdroit 2011/2012* », 6ème Ed. Praxis Dalloz, sep. 2010, p. 336.

[655] M. VIVANT, « *Le droit du cyberespace* », Le Lamy droit du numérique 2016.

professeur Monsieur J. Huet « *en clair, (le destinataire de l'offre) manifeste à l'exploitant du site sa volonté de conclure le contrat. Et voilà ce dernier formé* »[656].

L'article 1127-2 du Code civil[657] pérennise les incertitudes liées au rôle éventuel de l'accusé de réception dans la formation du contrat[658]. Si on analyse ce texte en référence à la jurisprudence, on peut en déduire que le contrat électronique se forme au moment de la passation de la commande par le destinataire de l'offre. Cette solution semble cohérente avec la faveur du droit français pour la théorie de l'émission et paraît plus protectrice du consommateur qui demeure maître du moment de la conclusion du contrat.

Quoi qu'il en soit, ce processus long et complexe ne doit pas être forcément la bonne solution pour protéger efficacement le cyberconsommateur.

Enfin, la Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique allant plus loin que la Directive sur commerce électronique et ajoute un quatrième alinéa sur l'archivage du contrat. Dès lors, le fournisseur peut soit développer un système d'archivage en interne, soit recourir à un tiers archiveur neutre.

Cette théorie de la réception est soutenue également par la Belgique. Le contrat est réputé conclu au moment où l'acceptation de l'offre par le destinataire parvient au fournisseur de produits. Dans le cadre du commerce électronique, cela signifiera que le contrat sera conclu dès que l'acceptation sera parvenue au vendeur[659].

3 - Les solutions en *common law*

En droit anglais, si on se contente d'un point de repère constitué par un très important arrêt anglais de la *King's Bench Division* en 1818, *Adams v. Lindsell*, selon lequel une acceptation faite par courrier valide le contrat dès qu'elle est

[656] J. HUET, « *Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique* », JCP G 2004, I, n° 178, n° 15.
[657] Art. 1369-5 C. civ. (ancien).
[658] J. ROCHFELD, « *L'acquis communautaire : le contrat électronique* », *op.cit.*, p.111.
[659] Par ex., dans la « *boîte de réception* » du vendeur.

postée (*la postal rule*)[660], on peut dire que c'est la théorie de l'émission qui est retenue.

En droit américain, c'est la théorie de l'émission qui est prédominante dans l'ensemble des contrats à distance sans qu'aucune distinction ne puisse être faite eu égard à la simultanéité des moyens de communication envisagés[661].

Il s'agit de la solution, selon laquelle une acceptation faite par courrier valide le contrat dès qu'elle est postée. Celle-ci est introduite aux Etats-Unis par la *Mailbox rule* ou *acceptance upon dispatch*, sous l'influence de l'arrêt anglais *Adams v. Lindsell*.

Toutefois, il semble que c'est la théorie de la réception qui a été adoptée par le projet de *Uniform Commercial Code* applicable aux licences qui, en son article 2B-205, dispose que « *in an electronic transaction, if an electronic message initiated by a party […] evokes an electronic message or other electronic response by other […], a contract is created when : (1) the response is received by the initiating party […], if the response consists of furnishing information by that party did not preclude such a response ; or (2) the initiating party […] receives notice or an electronic message signifying acceptance* »[662].

---

[660] Dans cet arrêt, *Lindsell* et compagnie, marchands de laine à Saint Yves, écrivirent le 2 septembre 1817 à M. Adams et compagnie, manufacturiers de laine à Bromsgrove, et leur firent l'offre d'une certaine quantité de laine livrable à des époques déterminées. Adams et compagnie répondirent qu'ils consentaient à recevoir la laine aux époques proposées. Avant la réception de cette réponse, *Lindsell* et compagnie vendirent la laine à une tierce personne, et ils furent par suite hors d'état de la livrer conformément à l'offre faite par eux à Adams et compagnie. Ceux-ci intentèrent contre *Lindsell* et compagnie une action motivée sur la rupture de leur engagement par la non délivrance de la laine. De la part de *Lindsell* et compagnie, il fut répondu que jusqu'au moment où la lettre écrite par Adams et compagnie a été reçue par eux, il n'y avait pas entre les parties d'engagement formel, et que par conséquent, aussi longtemps que la lettre était en route, *Lindsell* et compagnie étaient libres de retirer leur offre et de vendre leur laine à d'autres personnes. Cependant, la Cour en décide autrement et énonce que « *no contract could ever be completed by the post. For if the [offerors] were not bound by their offer when accepted by the [offerees] till the answer was received, then the [offerees] ought not to be bound till after they had received the notification that the [offerors] had received their answer and assented to it. And so it might go on ad infinitum* ». Si l'argument proposé en faveur de *Lindsell* et compagnie était fondé, dit la Cour, aucune convention ne pourrait être conclue par correspondance ; car si *Lindsell* et compagnie ne se trouvaient pas engagés par leur offre jusqu'au moment de la réception de la réponse faite par Adams et compagnie, alors ces derniers ne devraient pas être engagés avant d'avoir reçu la lettre de Lindsell et compagnie qui leur annonce l'acceptation de l'offre ; et cela airait ainsi à l'infini. *Adams v. Lindsell, 1 B. & Ald*. 681, 106, Eng. Rep. 250 (1818) ; M. J.-B. DUVERGIER, M. VALETTE, Revue de droit français et étranger, Tome premier, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, Paris 1844, p. 791-792.

[661] L. THOUMYRE, « *L'échange des consentements dans le commerce électronique »,* Lex Electronica, Vol. 5, 15 mai 1999, n° 1 ; V. aussi, V. GAUTRAIS, « *la formation des contrats par télécopieur »,* La Revue juridique Thémis / Vol. 29, n° 2, Thémis inc 2000.

[662] L. THOUMYRE, « *L'échange des consentements dans le commerce électronique », Ibid*. N. Trad. « *en cas d'une transaction électronique, si une communication électronique initiée par une partie […] évoque une*

En droit québécois, qui s'identifie à la tradition civiliste et la *Common Law*, nous citons ici tout simplement le Code civil du Québec qui a le mérite incontestablement d'avoir mis fin à l'incertitude au moment de formation du contrat. Il dispose dans son article 1387 que « *le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires* ».

En conclusion, selon les cas d'espèce et les Etats, les solutions adoptées ne s'harmonisent pas. Au niveau international, nous constatons que c'est la théorie de la réception qui reçoit le plus souvent les faveurs.

Quoi qu'il en soit, à la fin de leur parcours électronique, les consentements se rejoignent pour former l'accord des parties. Toutefois, il faut rappeler que le contrat électronique est tout d'abord un contrat ; la forme et la preuve figurent parmi les questions essentielles auxquelles sont consacrées des règles de droit matériel. Le contrat passé sur Internet peut impliquer certaines exigences particulières essentiellement liées au formalisme contractuel, ce qui nécessite une adaptation des règles de forme au contrat électronique.

Conclusion de la Section II

Nous l'avons vu, les situations juridiques nécessitant une adaptation au monde virtuel se multiplient et les législations ne s'accordent pas sur les mêmes principes ni adoptent la même logique. En dépassant les frontières d'un Etat, on court, sans équivoque, le risque de confronter des notions juridiques différentes qui ne contribuent pas à assurer la confiance dans la contractualisation par l'électronique dans un contexte international, alors que l'Internet encourage à franchir et à méconnaître les frontières. L'offre peut être requalifiée en une proposition d'entrer en pourparlers d'un pays à l'autre, selon le régime juridique applicable, elle peut être confondue avec la publicité et cette dernière peut être considérée comme une offre. L'acceptation prend plusieurs formes et la notion de

communication électronique ou une autre réponse électronique de l'autre partie […], un contrat est formé lorsque : 1) la réponse est reçue par la partie qui est à l'origine de la transaction […], si la réponse consiste à fournir des informations par cette partie, cela n'empêche pas une telle réponse ; 2) la partie qui en est l'auteur […] reçoit un avis ou un message électronique signifiant l'acceptation ».

consensualisme ne recueille pas l'unanimité des systèmes juridiques, d'autant plus que les interprétations des juges ne sont pas unanimes. Il s'agit d'une réalité inhérente au monde réel, non compatible avec le monde virtuel.

Chapitre II - Le formalisme contractuel à l'épreuve du contrat électronique

L'apparition des nouvelles technologies de communication, de transaction et de l'économie numérique, le développement accru de ces technologies incitent à trouver des solutions juridiques adaptées au particularisme que présentent les contrats conclus par voie électronique par rapport aux contrats traditionnels.

Deux séries de difficultés caractérisent ces contrats. Elles sont dues d'un côté, à l'absence de support papier et d'un autre côté, à la circonstance que le contrat électronique est conclu entre deux personnes qui ne sont pas physiquement présentes en un même lieu.

L'évolution des techniques de reproduction, sans support papier, des documents électroniques ainsi que la dématérialisation des échanges et des accords à distance, a fait apparaître la question de la force probante des documents qui peuvent être transmis ou constitués par le biais de ces nouvelles technologies. Le droit est appelé donc à s'adapter en permanence et à répondre à des nouvelles difficultés.

Le contrat, ainsi, conclu par voie électronique doit pouvoir être efficace juridiquement et répondre aux exigences de sécurité juridique. Sous l'angle de la preuve, l'immatérialité des échanges électronique impose d'assurer un niveau de sécurité comparable à celui des contrats papiers.

La preuve, en matière juridique, peut se présenter sous différents angles. Elle peut désigner des éléments destinés à faire naître la conviction du juge que tel fait est vrai ou que tel acte existe, avec tel contenu. Il peut s'agir, dans un sens plus étroit, d'un procédé utilisé aux fins de démontrer l'existence d'un fait ou acte et son contenu dans l'objectif de soutenir une prétention juridique. Enfin, elle peut être employée dans le sens de résultat, de tels éléments probatoires, sur la conviction du juge et l'issue du litige[663].

[663] F. FERRAND, « *Preuve* », *in* Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (actualisation : janvier 2016).

Aujourd'hui, l'écrit électronique est admis comme preuve au même titre que l'écrit papier, sous réserve de répondre à certaines exigences qui sont souvent liées à l'identification de l'auteur de l'acte, et l'établissement et la conservation du document électronique dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. La signature électronique est un moyen efficace pour répondre à ces impératifs dont l'objectif est d'assurer la sécurité juridique des transactions réalisées sur Internet, en donnant la possibilité aux différents acteurs de prouver l'existence et la teneur de leurs échanges en ligne. Dans cette perspective, la valeur juridique de l'écrit électronique, en tant que preuve, au même titre que l'écrit sur support papier, est subordonnée à la reconnaissance de la signature électronique.

Sous le bénéfice de ces précisions, il convient de se pencher sur la question de la preuve électronique du contrat (Section I), avant d'aborder la question de la signature électronique (Section II).

Section I - La preuve de l'engagement électronique

Les nouvelles technologies de l'information et de communication jouent sur le droit de la preuve. Monsieur Mouly-Guillemaud souligne, en ce sens, que « *les nécessités modernes imposent son actualisation et le constat de l'importance des répercussions de l'avancée technologique sur cette matière apparaît tel un poncif, à l'heure où l'adaptation du droit de la preuve à l'électronique, longtemps perçue comme une nécessité, devient réalité* »[664].

La dématérialisation se répand de plus en plus dans toutes les activités de notre société, la recevabilité et la fiabilité de la preuve des documents établis sous forme électronique sont des sujets portés devant les tribunaux[665].

Toutefois, il ne faut pas en conclure que le droit ne peut exister qu'en présence de sa preuve. L'absence de la preuve ne conduit pas toujours à l'inefficacité du droit[666]. Tout d'abord, les conséquences juridiques d'un acte remontent au jour où les consentements ont été échangés, même si un écrit destiné à faire sa preuve n'a été rédigé qu'ultérieurement. Par ailleurs, les parties peuvent

---

[664] C. MOULY-GUILLEMAUD, « *La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme* », RTD civ. 2007. 253.
[665] É. A. CAPRIOLI, préf. J. HUET, « *Signature électronique et dématérialisation* », LexisNexis 2014, p. 380.
[666] J.-L. MOURALIS, « *Preuve (1o modes de preuve)* », *in* Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2011 (actualisation : octobre 2014).

entamer l'exécution bien que la preuve ne soit pas rapportée. Cette exigence de preuve n'existe qu'en cas de prétention litigieuse permettant d'emporter la conviction du juge.

Pourtant, il est essentiel de distinguer les règles de preuve des conditions d'existence du droit, c'est à dire de savoir lorsqu'un texte exige l'écrit pour un acte juridique, s'il pose une règle de preuve ou une règle de forme. En effet, lorsqu'un texte impose l'écrit à titre de preuve, *ad probationem*, son défaut n'a pas de répercussion sur le droit lui-même. Mais quand le législateur impose l'écrit comme condition de forme, *ad validitatem*, son existence et sa validité conditionnent celles du droit.

En tout état de cause, il faut noter que celui qui ne détient pas la preuve, risque de ne jamais pouvoir l'exercer. L'adage de l'ancien droit *Idem est non esse et non probari*, « *c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé* »[667], trouve son application en matière du contrat électronique.

A la lumière de ce qui précède, il convient d'étudier les différentes formes d'écrit pouvant être offertes au juge comme modes de preuve. Il peut s'agir des actes destinés à faire la preuve d'une opération juridique, ou bien des écrits qui n'ont pas comme objectif premier de constituer une preuve mais qui peuvent servir à fonder la conviction du juge selon les circonstances qui se présentent.

Avant d'étudier les moyens de preuves admissibles en matière de contrat électronique (Sous-section II), nous exposerons les règles de la preuve adaptées au contrat électronique (Sous-section I).

Sous-section I - Les règles de la preuve adaptée au contrat électronique

L'adage selon lequel « *les paroles s'envolent, les écrits restent* » explique en partie pourquoi, en droit, une importance considérable est accordée à la preuve pour des actes et des faits.

Ce constat est transposable en matière de preuve électronique. La reconnaissance de la valeur juridique des outils d'une transaction dans l'espace

[667] En ce sens, v. par ex. H. ROLAND, L. BOYER, « *Adages du droit français* », Litec, 3ème éd. 1992, p. 316 ; A. AYNES, X. VUITTON, « *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle* », LexisNexis 2013, 315 p.

virtuel d'Internet est d'une importance majeure et constitue un préalable indispensable à la reconnaissance d'une preuve électronique en cas de contestation.

Le rapport du Conseil d'Etat dont les travaux se sont déroulés d'octobre 1997 à juin 1998 illustre cette nécessité d'identifier les moyens s'offrant à l'Etat pour réguler efficacement les médias[668]. La philosophie générale du rapport a été résumée dans l'objectif de faire des réseaux numériques un espace de « *civilité mondiale* »[669], c'est à dire « *l'art de vivre bien ensemble* »[670].

Ce rapport a réaffirmé le rôle du droit comme « *instrument privilégié de la construction de ce nouvel espace* », concluant que « *les questions juridiques suscitées par le développement d'Internet et des réseaux numériques ne sont pas de nature à remettre en cause les fondements même de notre droit* », mais qu'au contraire « *elles confirment la pertinence de la plupart des concepts généraux, parfaitement transposables à ce nouvel environnement, même si certaines adaptations sont nécessaires* ». Il discute les conditions de cette « *adaptation* » dans le contexte du droit de la preuve.

Comme le souligne ce rapport « *l'examen de la prise en compte du document électronique par le droit de la preuve suppose de bien distinguer deux objectifs : la recevabilité du message électronique comme moyen de preuve et la force probante de ce message* ».

En effet, le droit de la preuve constitue un mécanisme de protection de celui qui prétend avoir un droit contesté. C'est aussi un moyen de préconstitution de la preuve par confection de multiples formes de l'écrit juridique. L'adaptation des principes du droit de la preuve au contexte des transactions électroniques est une nécessité accrue et synonyme de bouleversements profonds des pratiques qui entourent le droit de la preuve.

L'instauration des règles de la preuve adaptée au contexte des transactions électroniques se manifeste, avant tout, à travers la reconnaissance juridique de la

---

[668] J.-F. THERY, I. FALQUE PIERROTIN, « *Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998* », La Documentation française, décembre 1998.
[669] Synthèse du Rapport disponible en ligne : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/984001519.pdf
[670] *Ibid.*

force probante de l'écrit électronique (I), ce qui conduit à envisager, également, la question du contrat électronique *ad validitatem* (II).

I - La reconnaissance juridique de la force probatoire de l'écrit électronique

En Europe comme ailleurs, des lois nouvelles ont été adoptées sur la question de la force probante de l'écrit électronique.

Il convient, à ce titre, d'étudier le régime légal de l'écrit électronique (A) avant de montrer l'importance de l'archivage électronique (B).

A - L'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit traditionnel

Le principe d'assimilation de la preuve électronique à la preuve écrite sur papier suppose que l'écrit électronique donne au moins les mêmes garanties que le papier et que l'ensemble des règles relatives à la preuve puissent s'appliquer à la preuve électronique. En effet, pour donner toute sa place à l'écrit électronique dans le système probatoire, Madame Mikalef-Toudic estime qu' « il ne faut pas négliger l'aspect psychologique de la preuve »[671]. Pour l'auteur, « *afin que l'écrit électronique atteigne le sommet de la hiérarchie des modes de preuve, au même titre que l'écrit papier, il est indispensable que les justiciables aient confiance dans ce système de preuve. A défaut, la reconnaissance de l'écrit électronique sera vaine puisqu'au lieu de remplacer le papier, le support électronique viendra en juxtaposition avec celui-ci* »[672].

La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a élaboré une loi type de 1996 sur le commerce électronique, avec un guide pour son incorporation[673]. Cette loi a pour objet de faciliter le commerce électronique en proposant aux Etats un ensemble de règles internationalement acceptables dont le but est de lever les obstacles juridiques résultant des dispositions légales auxquelles les parties ne peuvent déroger conventionnement, en offrant une égalité de traitement à l'information sur support papier et support électronique. Cette égalité permet de faciliter la

---

[671] V. MIKALEF-TOUDIC, « *La preuve à l'aide des nouvelles technologies* » Procédures n° 4, Avril 2010, dossier 3, LexisNexis.
[672] *Ibid*.
[673] Consultable sur le site internet de la CNUDCI, http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

communication sans support papier et donc de promouvoir l'efficacité du commerce international.

La loi type de la CNUDCI indique que la forme sous laquelle une certaine information est présentée ou conservée ne peut être invoquée comme unique raison pour laquelle cette information n'aurait aucune valeur légale, validité ou force probante[674]. Elle dispose dans l'article 5 que « *la valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas refusées au seul motif qu'elle est présentée dans la forme d'un message de données* ».

Par ailleurs, l'assemblée générale de la CNUDCI a adopté le 23 novembre 2005 la Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[675]. Ce texte qui a pour objectif de renforcer la sécurité juridique lorsque les communications en matière électronique de contrats internationaux se font par le biais de messages de données, requiert, en conséquence, des pays signataires la reconnaissance de la validité des communications électroniques.

Cette convention se fonde une fois de plus sur les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et d'équivalent fonctionnel. Conformément à l'article 8 de la convention « *la validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique* ». En outre, l'article 9 de la convention sur les communications électroniques réaffirme les règles fondamentales de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

[674] Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 tel qu'adopté en 1998 avec le nouvel article 5 bis, PUBLICATION DES NATIONS UNIES, New York, 1999, accessible sur le site de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

[675] La convention a été ouverte à la signature depuis le 16 janvier 2006 jusqu'au 16 janvier 2008. En septembre 2006, plusieurs pays avaient signé la Convention : République centrafricaine, Liban, Madagascar, Sénégal, Chine, Sierra Leone, Singapour et Sri Lanka. Si d'autres pays devraient suivre, il semble que pour l'Union européenne, la Commission (ayant le statut d'observateur à la Commission des Nations unies pour le droit commercial international) ne souhaite pas la signature de la Convention par les Etats membres. Elle est entrée en vigueur le 1er mars 2013 et a recueilli la ratification de huit Etats selon les dernières données de la CNUDCI). V. site officiel de la CNUDCI http://www.uncitral.org (dernière visite le 29 septembre 2017). V. également E. A. CAPRIOLI, Préf. R. SORIEUL « *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », 2ème Ed., LexisNexis 2007, p. 94.

concernant les critères d'établissement de l'équivalence fonctionnelle entre les communications électroniques et les documents papiers[676].

En droit européen, la Directive n° 1999/93/CE sur la signature électronique[677], abrogée au 1er juillet 2016[678] par le Règlement du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques[679], avait pour objet de généraliser la recevabilité de la preuve électronique. Toutefois, cette directive, excluait de son domaine « *les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire* »[680]. Le Règlement précité du 23 juillet 2014 indique également qu'il « *n'affecte pas le droit national ou de l'Union relatif à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations juridiques ou procédurales d'ordre formel* »[681].

C'est donc la Directive sur le commerce électronique qui régit la question des spécificités nationales en matière d'exigences de forme en annonçant dans l'article 9, &1 la nécessité de reconnaître l'effet juridique et la validité des contrats conclus sous forme électronique. Ce texte dispose que « *les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats au motif qu'ils sont passés par voie électronique* ». Il en ressort principalement que le processus contractuel doit pouvoir être adapté par les Etats membres à la forme électronique. Il impose d'assurer que chaque formalité existant

---

[676] Il faut noter que cette convention a reçu le soutien de la chambre de commerce Internationale qui a participé aux réunions du groupe de travail lors de son élaboration. E. A. CAPRIOLI, Préf. R. SORIEUL, « *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », *op.cit.,* p. 91

[677] Directive n° 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (*JO L 13 du 19.1.2000, p. 12–20).*

[678] Art. 50 du Règlement sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

[679] Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, (*JO L 257 du 28.8.2014, p. 73–114*).

[680] Art. 1, Direc. sur la signature électronique.

[681] Art. 2, Règlement n° 910/2014.

dans l'univers papier puisse trouver réellement un équivalent dans l'univers électronique[682].

Cette approche européenne qualifiée par Madame Rochfeld de théorique, tient au fait que « *la connaissance de la faisabilité systématique de l'équivalence supposerait des investigations sérieuses* »[683], en donnant l'exemple par la difficulté pratique « *d'assurer que des conditions générales d'un professionnel soient accessibles électroniquement, à l'instar d'une remise sous format papier. Notamment, si cet accès prend le chemin du lien hypertexte, il faut remarquer que cette technique n'est pas encore maitrisée par l'ensemble du grand public et que chacun sait qu'il est fort difficile de consulter de multiples pages électroniques tout en conservant les repères utiles pour en tirer profit* ».

Il semble que le principe européen vise à donner à la forme électronique la même valeur juridique qu'une forme papier, sans considération du formalisme adopté dans le processus de formation du contrat électronique. Une fois qu'un cybercontractant se trouve dans un univers électronique, il est appelé à être conscient du caractère immatériel des échanges électroniques et des écrits électroniques, lesquels peuvent se présenter au cours de la formation du contrat électronique.

Le fait d'être rassuré que l'écrit électronique dispose de la même valeur juridique que l'écrit papier, est un préalable nécessaire à toutes transactions passées par voie électronique. Les conditions d'accessibilité aux conditions générales ou particulières de la transaction électronique interviennent dans le processus de formation du contrat afin de mesurer le niveau de l'information communiquée au cybercontractant et de s'assurer, en conséquence, du consentement parfait à la conclusion du contrat et à l'absence des faits de nature à entrainer l'altération du consentement.

Le droit français a connu, aussi, une réforme d'envergure par l'adoption de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique[684] et par les

[682] J. ROCHFELD, « *L'acquis communautaire : le contrat électronique* », *op.cit.,* p. 262.
[683] J. ROCHFELD, *ibid.*
[684] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF n°62 du 14 mars 2000 p. 3968*.

textes ultérieurs visant à adapter son droit aux nouvelles technologies. Parmi ces textes, figure l'adoption du décret du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, abrogé au 1er octobre 2017 par le Décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique.

Le législateur français va plus loin en admettant dans l'article 1366 du Code civil[685] que « *l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* ». Il est donc affirmé par le législateur français que la force probante de l'écrit électronique est égale à celle de l'écrit papier. Il admet le document électronique comme mode de preuve écrite, mais avec des conditions de précaution se rapportant aux moyens techniques utilisés assurant la bonne conservation du message et garantissant l'identité de celui dont émane l'écrit.

Comme le soulignent certains auteurs, « *ce n'est pas parce que l'écrit est dématérialisé, c'est à dire que le texte n'est plus inscrit sur du papier, mais sur un écran, après sa transmission également dématérialisée, qu'il perd pour autant sa qualité d'écrit* »[686].

En effet, nous retrouvons dans ce texte les conditions qu'avaient posées la Cour de cassation dans son arrêt du 2 décembre 1997 en considérant que « *l'écrit constituant, aux termes de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981, l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle, peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées* »[687].

Par ailleurs, force est de constater que la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 place délibérément les différents supports au même niveau et se refuse à reconnaitre une prééminence au support papier, sauf dispositions légales ou

[685] L'ancien article 1316-1 du Code civil, lequel a été légèrement modifié par l'Ordonnance n° 2016-131. L'expression « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier »* est remplacée par *« l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ».
[686] P.-Y. GAUTIER, X. LINANT DE BELLEFONDS, « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* », JCPE 2000, p. 1273.
[687] Cass., com., 2 déc. 1997, n° 95-14.251, Bull. 1997, IV, n° 315, p. 271.

conventions contraires. C'est ce qui ressort du nouvel article 1368 du Code civil qui dispose qu' « *à défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable* »[688].

Tenant compte de l'évolution des nouvelles technologies, le législateur français a prouvé davantage sa volonté d'adapter les règles de preuve au contexte du contrat électronique. La très récente Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dont ses dispositions sont entrées en vigueur le 1er octobre 2016 de manière différée, a modifié le livre III du Code civil qui comporte le titre IV *bis* intitulé « *De la preuve des obligations* », comprenant les articles 1353 à 1386-1. Dans un souci de modernité, cette ordonnance détermine la force probante des « *copies* » particulièrement utile au regard des nouvelles technologies[689].

Comme le législateur français, son homologue québécois a consacré, dès 1992 un livre entier à la preuve dans le nouveau Code civil de Québec. La section VI intitulé « *Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique* » contient quatre articles dont l'article 2837 qui précise que « *l'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique. Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ».

La suite des articles détermine à quelles conditions le support technologique fait preuve au même titre qu'un support papier en disposant que « *outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée* »[690]. De même, l'article 2339 ajoute que « *l'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue*

[688] Art. 1316-2 C. civ. (ancien), avec de légères modifications.
[689] P. GUIOMARD, « *Les nouveautés de la réforme du droit des obligations* », Dalloz actualité, 15 février 2016.
[690] Art. 2338 du C. civ. de Québec.

dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue ».

Le législateur allemand a, de son côté, légiféré dans le même sens. En effet, afin de tenir compte des deux directives européennes sur la signature électronique et le commerce électronique, la loi allemande de 1997 « *Signaturgesetz* » a été modifiée. Une loi du 13 juillet 2001 est complétée par un décret d'application du 16 novembre 2001 ont vu le jour. Ainsi, le § 126, alinéa 3 du Code civil allemand dispose que « *la forme écrite peut être remplacée par la forme électronique, sauf les cas où la loi en dispose autrement* »[691].

En outre, le Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnunq –ZPO*), a été modifié afin d'admettre le document électronique pour les conclusions, demandes, déclarations des parties, expertises émanant de tiers, dés lors que cette forme est adaptée à son utilisation par le tribunal (§ 130a ZPO)[692].

La valeur juridique des documents électroniques est reconnue également par le législateur italien. Une loi italienne du 15 mars 1997 relative à la réforme de l'administration publique et à la simplification administrative dite « *loi Bassanini* » affirme la valeur juridique des supports électroniques. L'article 15-2 dispose dans ce sens que « *les actes, données et documents constitués par l'administration publique et par les personnes de droit privé à partir d'outils informatiques ou télématiques, les contrats rédigés sous cette même forme, ainsi que leur enregistrement ou leur transmission informatique, sont valables et produisent tous les effets juridiques au regard de la loi* »[693].

On peut déduire, donc, de la portée générale de ces textes qu'il n'y pas de difficultés à la reconnaissance de la valeur juridique du support électronique, identique à celle accordée au support papier. Toutefois, cette valeur attribuée à l'écrit électronique doit répondre à certaines exigences pour que sa force probante soit reconnue devant les tribunaux.

---

[691] V. JALUZOT, « *Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande* », D. 2004. 2866 ; Frédérique FERRAND, « *Preuve* », *op.cit.*
[692] Frédérique FERRAND, « *Preuve* », *op.cit.*
[693] *Ibid*.

B - L'archivage de l'écrit électronique

La dématérialisation des données entraine de plus en plus la disparition des supports traditionnels d'archivage des documents au profit de nouveaux systèmes d'archivage électronique.

Toutefois, l'écrit électronique ne peut être « *témoin compétent* »[694] d'un fait juridique que lorsque toutes les traces qui l'accompagnent et qui documentent l'ensemble des opérations (créations, modifications, signature, sauvegarde, etc.) soient crédibles. Mais pour atteindre cet objectif de crédibilité, il faut que ces opérations s'effectuent par des systèmes de traitement de l'information jugés fiables, c'est-à-dire conformes aux critères d'archivage pour la création, la gestion et la conservation des écrits électroniques.

La loi française tout comme le droit européen, notamment la Directive sur le commerce électronique, n'ont pas prévu une obligation spéciale d'archivage des contrats. Ils n'ont abordé qu'indirectement la question de la conservation des écrits sous forme électronique à des fins de preuve. Particulièrement, l'article 1366 du Code civil prévoit seulement que l'écrit électronique doit être « *établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

Il n'y a donc aucune disposition traitant la forme et les modalités d'archivage. Cependant certains auteurs[695], en comparant le document papier à celui établi sous forme électronique, soutiennent que « *si l'on raisonne « document papier », il est inconcevable de penser que le législateur eût prescrit, par exemple, une encre ou un papier spécifiques pour leur établissement, ou l'utilisation de méthodes spéciales de lutte contre les bactéries ou les insectes pour leur conservation […]. Au vu de ces éléments, il apparaît donc fondé que la loi se cantonne à fixer les caractéristiques générales attendues de la preuve sous forme électronique, à savoir l'intelligibilité, l'identification de l'auteur de l'acte, son lien avec l'acte signé et l'intégrité de l'acte électronique* ».

En l'absence de cadre légal, plusieurs fondements juridiques peuvent être envisagés pour donner force probante aux documents électroniques. Il est possible

[694] J.-F. BLANCHETTE, « *Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français* », Comm. Com. Elec., mars 2005, n° 3, étude 13.
[695] A. CANTERO, E. A. CAPRIOLI et X. LE CERF, « *468 : Commerce électronique* », Le Lamy droit des médias et de la communication.

de recourir à des mécanismes contractuels comme une convention de preuve dont l'objet est de définir les modes de preuves admissibles entre les parties, la charge de la preuve et les modalités de règlement des conflits de preuve et qui visent à garantir la force probante des documents produits par un système d'archivage électronique[696].

Il existe aussi des moyens de garantir l'intégrité des documents électroniques et leur fiabilité. En effet, un détenteur d'un écrit électronique, établi par un système certifié par un tiers qualifié, bénéficie d'une présomption de fiabilité qui perdure quand bien même par l'effet de l'écoulement du temps, il n'est plus possible de lire le certificat[697].

Dans le même ordre d'idée, la loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique impose à travers son article 10 un ensemble de règles relatives aux exigences concernant l'archivage d'information. Il énonce que « *lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes : a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ; b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues ; c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent* » [698].

En droit espagnol, la loi n° 25/2007 du 18 octobre 2007 sur la conservation de données relatives aux communications électroniques oblige les sociétés à conserver les données d'accès qui permettent l'identification des usagers avec

[696] L. DEVIC, « *L'archivage numérique est-il suffisant ?* », *in* Juris associations 2005, Dalloz, n° 320, p. 23.
[697] L. GRYNBAUM, « *La preuve littérale. - Dispositions générales. – Écrit électronique* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Civil Code, LexisNexis, 19 Décembre 2011, Fasc. 10.
[698] Un message de donnée est défini à l'article 2 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique comme étant « *l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie* ».

noms et prénoms[699]. Les sociétés doivent conserver les données de l'horaire et la durée de l'appel ou de la connexion. Ces données doivent être conservées, en principe, pendant douze mois.

Au Canada, les *Guidelines for the Discovery of Electronic Documents in Ontario* constituaient la première tentative d'élaboration de lignes directives sur les pratiques exemplaires en matière d'administration de la preuve électronique pour les tribunaux et les avocats en Ontario[700]. Dans son introduction, il est souligné que les règles et la jurisprudence fournissent très peu d'orientation précise aux parties et à leurs avocats quant à la façon de respecter les obligations en matière d'administration de la preuve électronique[701].

Il y a lieu de noter que le stockage de documents électroniques est plus facile que le stockage de documents papiers. Un document électronique peut se trouver à plusieurs endroits, tels que des disques durs d'ordinateurs, serveurs de réseau, CD, bandes de sauvegardes, etc. En plus, le stockage de documents électronique est relativement moins coûteux que dans le cas de document papier.

Par ailleurs, il est plus simple de récupérer un document électronique supprimé, qu'un document papier détruit. Les méthodes d'enquête informatique permettent de récupérer ou de reconstituer les documents supprimés et même, dans certains cas, les documents qui semblent avoir été supprimés définitivement.

Toutefois, les documents électroniques ont des fonctions dynamiques. Ils peuvent être modifiés dans le temps.

En conséquence, afin d'assurer l'intégrité de l'écrit électronique, il y a lieu de s'assurer de la présence de trois critères importants. Il s'agit de la lisibilité du document, de la stabilité du contenu et de la traçabilité des opérations sur le

---

[699] J. NIEVA-FENOLL, « *La preuve des actes électroniques en droit espagnol* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009, nº 52 Supplément du 08/2009.

[700] Les Principes de Sedona Canada « *L'administration de la preuve électronique* » Groupe de travail N° 7 (GT7), Comités directeur et de rédaction : Colin Campbell, Robert J. C. Deane, Borden Ladner Gervais s.r.l., David Gray, McCarthy Tetrault s.r.l., J.E. Scanlan, Dominic Jaar, Glenn Smith, Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Susan B. Wortzman, Wortzman Nickle LLP, John H. Jessen, EED Inc., WA. The Sedona Conference 2008.

[701] Les *Ontario E-Discovery Guidelines* soulignent que « *the premise of these Guidelines is that existing Rules already provide a legal foundation for the requirement that parties address issues relating to e-discovery, because the definition of "document" in applicable civil Rules already includes "data and information in electronic form." However, those Rules and the case law to date provide little clear guidance to parties and their counsel on how to fulfill that requirement. The suggestions in these Guidelines have been developed to address this issue with respect to production of documents in civil litigation* ».

document[702].

La lisibilité désigne la possibilité d'avoir accès, au moment de la restitution du document, à l'ensemble des informations qu'il comporte. Quant à la stabilité du contenu, elle désigne la nécessité de pouvoir garantir que les informations véhiculées par le document restent les mêmes depuis l'origine. Pour la traçabilité, il s'agit de la possibilité de présenter et de vérifier l'ensemble des traitements, opérés sur le document lors du processus de conservation.

Dans ce cadre, il convient de noter que la conservation des documents sur Internet a, souvent, un caractère instable. Ainsi, en ce qui concerne les courriers électroniques, ils sont disponibles pendant un temps illimité dans les serveurs de stockage de l'opérateur, ce qui permet une conservation durable des courriels dans la boite aux lettres du propriétaire du compte. Cela signifie que les messages sont aussi disponibles pour l'opérateur et qu'ils peuvent être récupérés, en cas de perte des données sur la boite aux lettres du propriétaire.

Par contre, pour les sites Internet sur lesquels un utilisateur a contracté, il y a un risque à ce que les données de contractualisation disparaissent du site. Cela devient encore plus complexe si notre cocontractant (le cybercommerçant en général) n'envoie aucun récapitulatif de la transaction électronique conclue en ligne que le serveur puisse certifier. Souvent, ce qui est la pratique courante dans les transactions conclues sur Internet, les cybercommerçants se contentent d'envoyer des notifications (dans la plupart du temps par courrier électronique) avec un exposé superficiel de l'engagement issu de la transaction en ligne, mais dans lesquelles ne sont pas incluses les conditions générales. Il en résulte que si le site disparait, le contractant aura perdu toute preuve de la formation du contrat, ce qui constitue une source d'instabilité et d'insécurité dans la conservation des éléments de preuve en cas de litige. Pour pallier ce problème, l'envoi d'une notification avec toutes les conditions du contrat est fortement recommandé.

Les principes de Sedona Canada considèrent que « *la meilleure approche en matière d'administration de la preuve électronique consiste d'abord à reconnaître l'interaction nécessaire entre la jurisprudence et les nouvelles technologies. Les normes en matière d'administration de la preuve sont énoncées de façon très*

[702] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », *op.cit.,* p. 87

générale et doivent être appliquées de façon raisonnable. Ces normes s'appliquent à tous les documents indépendamment du support utilisé. Par contre, leur caractère général commande une compréhension précise du contexte pour bien les appliquer. Dans le cas de l'administration de la preuve électronique, les parties et les tribunaux doivent maîtriser le fonctionnement des documents électroniques, ainsi que les coûts et les avantages des différentes approches »[703].

Il faut souligner que la sécurité dans la création de document électronique et l'intangibilité lors de la conservation constituent des exigences techniques nécessaires pour l'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier[704].

L'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit sur papier en matière de preuve parait indiscutable. En est-il de même lorsque l'écrit est exigé à titre de validité ?

II - L'écrit *ad validitatem*

L'exigence d'un écrit est parfois nécessaire à la conclusion d'un contrat. La forme requise généralement est la forme écrite sur un support papier. Cette exigence de forme constitue un obstacle à la conclusion du contrat électronique que le législateur s'est mobilisé afin de lever (A). Toutefois, l'admission de l'écrit électronique n'est pas sans limites (B).

A - Validité de la forme électronique du contrat

Afin d'éliminer les obstacles liés à l'exigence de la forme écrite sur un support papier, tout comme la loi modèle de la CNUDCI de 1996, une solution est retenue par la Directive européenne sur le commerce électronique énonçant dans l'article 9, 1° que « *les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ». La directive a posé un principe selon lequel un contrat peut valablement être conclu par voie

[703] Les Principes de Sedona Canada « *L'administration de la preuve électronique* » Groupe de travail, N° 7, (GT7), p.10, *The Sedona Conference* janvier 2008. Principes accessibles *via* le lien file:///Users/meryem/Downloads/Les_Principes_de_Sedona_Canada.pdf

[704] L. GRYNBAUM, « *La preuve littérale. - Dispositions générales. – Écrit électronique* », *op.cit.*

électronique quand bien même y aurait-il une exigence de forme dans le droit national.

Il faut noter que lorsque le législateur pose une exigence de forme *ad validitatem*, c'est pour protéger, généralement, l'une partie des parties dans le contrat. L'objectif n'est pas le même lorsque l'exigence de forme *ad probationem* est posée, car, dans ce cas, cette exigence vise à assurer la sécurité juridique. Or, le texte européen ne met pas en jeu cette distinction en assemblant les questions de sécurité et de protection[705].

La distinction entre les deux sortes de formalisme se trouve, en revanche, en droit français. Les travaux préparatoires de la loi du 13 mars 2000 peuvent laisser penser que les auteurs de la loi ont voulu maintenir cette distinction entre l'écrit requis *ad validitatem* et l'écrit requis *ad probationem*, admettant dans ce sens que l'écrit électronique ne peut pas équivaloir à l'écrit sur papier comme condition de validité d'un acte juridique[706].

La reconnaissance de l'écrit électronique n'a semblé être admise en France que dans les cas où l'écrit est requis à titre de preuve, ce qui exclut en conséquence un nombre important des contrats pour lesquels la loi exige des formes solennelles *ad validitatem*. Toutefois, dans la mesure où la Directive du 8 juin 2000 paraît contredire cette interprétation, il est dès lors difficile en France d'exclure la validité d'un acte du seul fait qu'il est établi sous forme électronique, notamment après l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes sur le manquement à la transposition de la Directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux[707].

C'est peut-être la raison pour laquelle la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans la société numérique a ajouté au Code civil l'article

---

[705] J. HUET, « *Pratique des contrats électroniques* », *op.cit.*

[706] J. HUET, « *Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques* », D. 2000. Chron. 95 ; J.-L. MOURALIS, « *Preuve (1° modes de preuve)* », *op.cit*.

[707] CJCE du 13 janvier 1993, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, Aff. n° C-293/91.

1174[708] qui dispose que « *lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369* ». Ce texte affirme donc la stricte équivalence des écrits papier et électronique ; les écrits *ad validitatem* et *ad probationem* répondent désormais à la même définition. Quelques conditions sont posées, toutefois, pour identifier la personne et garantir l'intégrité de l'écrit électronique. La loi du 21 juin 2004 lève aussi l'obstacle à l'usage de l'écrit électronique quand la loi requiert l'apposition d'une mention manuscrite[709].

Pourtant, le principe de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique lorsque la loi exige l'écrit *ad validitatem* comporte des limites.

B - Limites à la validité du contrat électronique

Les limites à l'admission de l'écrit électronique pour la validité d'un contrat sont justifiées par l'importance et les conséquences juridiques lourdes que comportent certains types de contrats.

Conscient de cet aspect, la Directive de 2000 sur le commerce électronique a laissé par anticipation aux Etats membres le libre choix de reconnaître la validité des « *contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ; contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions* »[710].

En droit français, bien que l'écrit électronique est admis, par l'article 1174 du Code civil[711], pour la conclusion du contrat où l'écrit est requis *ad validitatem*,

[708] Art. 1108-1 C. civ. (ancien).
[709] L'article 1174 du Code civil précise que « *lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même* ».
[710] Article 9, parag. 2 de la directive.
[711] Art. 1108-1, C. civ. (ancien).

l'article 1175 du même Code[712], reprenant deux exceptions permises, mais non imposées par la directive de 2000, écarte l'application de cet article dans les hypothèses des « *actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions* » et les « *actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de la profession* ».

Toutefois, cette liste des exceptions paraît insuffisante. Par exemple, le contrat de crédit à la consommation n'est pas cité dans la liste des exceptions, alors que la jurisprudence a exigé, avant cette réforme, un support papier en la matière[713]. La directive de 1986 qui régit le crédit immobilier, exige un écrit et selon les autorités communautaires, cet écrit pouvait être sous forme électronique[714].

En outre, il y a lieu de souligner, comme l'observe Monsieur Huet, que le système d'exceptions retenu par l'article 9 de la Directive de 2000 sur le commerce électronique est aussi critiquable. En effet, cet article « *prévoit que les Etats peuvent y apporter des exceptions, mais l'autorité communautaire ne prévoit pas elle-même ces exceptions. Donc les exceptions ne sont pas elles-mêmes nécessaires, simplement elles peuvent sembler justifiées par les Etats membres* »[715].

Malgré les limites imposées, il convient de relever que l'écrit électronique partage désormais la place avec l'écrit papier, et est reconnu *ad validitatem* lorsqu'un écrit est requis pour la validité de l'acte. En outre, la force probante est reconnue à l'écrit électronique au même titre que l'écrit papier. Toutefois, cette équivalence suscite un certain nombre d'interrogations sur les conditions d'admissibilité de l'écrit électronique comme preuve. En d'autres termes, quels sont les moyens de preuve admissibles ?

---

[712] Art. 1108-2 C. civ. (ancien).
[713] Cass., 1ère civ., 29 octobre 2002, n° 99-17.333, Bull. 2002, I, n° 255, p. 196, cité dans : J. HUET, « *Pratique des contrats électroniques* », *op.cit.*
[714] *Ibid*.
[715] Obs. J. HUET, *Ibid*.

Sous-section II - Les moyens de preuve électroniques admissibles

Le développement des moyens modernes de communication et du commerce électronique rendent indispensable d'adapter les notions de preuve aux nouvelles technologies.

Prouver les actes juridiques électroniques nécessite d'adopter un raisonnement compatible avec les contrats électroniques. A ce titre, peu importe la forme dès lors que les fonctions d'information, d'identification, d'intégrité et d'adhésion au contenu sont remplies. La fonction est donc immuable mais la forme peut évoluer, ce qui importe c'est l'expression d'une volonté par un moyen quelconque et son caractère compréhensible[716].

Depuis l'entrée en vigueur des différents textes nationaux et internationaux sur l'équivalence fonctionnelle entre l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique, le droit de la preuve s'est transformé. L'écrit au sens traditionnel du terme n'occupe plus le sommet de la hiérarchie des modes de preuve, « *il doit partager la place avec l'écrit électronique* »[717].

L'écrit électronique peut être admis comme une preuve parfaite s'il remplit un certain nombre de conditions. A défaut, il ne pourra au mieux être considéré qu'à titre de copie ou de commencement de preuve par écrit[718].

La consécration de la valeur juridique de l'écrit électronique suscite un certain nombre d'interrogations sur l'efficacité des moyens de preuve électronique, et à quelles conditions la preuve électronique est admissible (I). Ce souci d'efficacité des moyens de preuve électronique conduit à s'interroger sur les critères d'admissibilité des actes authentiques électroniques (II).

I - Conditions de recevabilité de la preuve électronique

L'enjeu de l'efficacité de la preuve électronique est important. Si l'écrit électronique produit à titre de preuve est non admissible, les conséquences

---

[716] A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, « *Droit de l'informatique et de l'Internet* », Thémis Droit privé, PUF 2001, n° 861, p. 591 ; V. MIKALEF-TOUDIC, « *La preuve à l'aide des nouvelles technologies* », Procédures n° 4, Avril 2010, dossier 3, LexisNexis.
[717] V. MIKALEF-TOUDIC, *Ibid*.
[718] Y. BRULARD, P. FERNANDEZ, « *Signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une « souris » ?* », LPA 25 oct. 2001, n° 213, p. 8.

seront lourdes pour celui qui réclame ses droits. Le plaideur risque de perdre son procès s'il ne dispose pas d'autres preuves.

L'intervention du législateur était, donc, indispensable afin d'en préciser les contours et d'admettre la preuve à l'aide des nouvelles technologies, en montrant leur efficacité comparable à l'écrit sur papier (A).

Etant confirmé que l'écrit papier et l'écrit électronique ont une force probante équivalente, il appartient au juge, en cas de conflit, de déterminer lequel des deux est le plus vraisemblable (B).

A - Les critères généraux d'admissibilité de la preuve électronique

Le droit est censé encadrer les évolutions technologiques en s'appuyant sur la sécurité qu'elles engendrent.

La force probante de l'écrit électronique n'aurait pas pu être reconnue si les mentions manuscrites restaient une exigence à la validité des actes. Les législateurs de plusieurs pays du monde sont intervenus afin d'adapter certaines exigences établies pour l'écrit papier.

La loi type de la CNUDCI de 1996 connaît un large succès dans la mesure où elle a servi de modèle dans la grande majorité des Etats qui entendaient apporter une réponse aux problèmes juridiques du commerce électronique spécialement aux questions de preuve. L'objectif recherché est l'harmonisation des règles en rappelant les trois principes de base suivantes : la non-discrimination juridique à l'égard des messages électroniques, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle.

L'approche dite d'équivalent fonctionnel trouve son application dans l'article 9 de la loi type de 1996 en disposant que « *1. Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve : a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données ; ou b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale* ».

Consécutivement à la loi-type, l'approche de l'équivalent fonctionnel a été adoptée dans la plupart des législations en vigueur : *Singapour*[719], *Italie*[720], *Portugal*[721], *Autriche*[722], *Etats unis*[723], *Europe*[724], *France*[725], *Belgique*[726], *Canada*[727], *Maroc*[728], etc.

Ces règles fondamentales ont instauré l'équivalence fonctionnelle, mais elles ont mis en place des exigences de fiabilité technique et d'identification, un préalable nécessaire à l'efficacité de la preuve électronique.

Ainsi, la loi type de la CNUDCI de 1996 précise que la force probante « *s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente* »[729].

---

[719] *Electronic Transaction Bill* 1998, n° 23/98, adopté par le Parlement de Singapour le 29 juin 1998. V. E. CAPRIOLI, « *Le juge et la preuve électronique. Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique* », publié le 10 janvier 2000, Juriscom.net

[720] Loi n° 59-97 du 15 mars 1997, article 15, al. 2, *Gazzetta ufficiale della Republica Italiana*, 17 mars 1997 et son décret du Président de la république du 10 novembre 1997, n° 513, publié dans la *Gazzetta ufficiale della Republica Italiana* du 13 mars 1998, n° 60 ; V. E. CAPRIOLI, « *Le juge et la preuve électronique. Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique* », *op.cit*.

[721] Décret-Loi n°290-D/99 du 2 août 1999, Diario da Republica - I Série-A, n°178-2.8.1999, 4990-(2) à 4990-(10). E. CAPRIOLI, « *Le juge et la preuve électronique. Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique* ». Publié le 10 janvier 2000, Juriscom.net

[722] La loi « *Signaturestz* » a été publiée au *J.O. du 19 août 1999*.

[723] En 1999, la National Conference if Commissioners on Uniform State Laws promulguait la Uniform Eletronic Transactions Act (UETA) qui constitue le premier effort des Etats unies de création de règles uniformes visant à régie les transactions commerciales électroniques. UETA garantit que les transactions électroniques sont équivalentes aux transactions sur papier et sont tout aussi exécutoire et « *establishes the legal equivalence of electronic records and signatures with paper writings and manually-signed signatures, removing barriers to electronic commerce* ». http://www.uniformlaws.org/

[724] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et le nouveau Règlement (UE) n ° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE,(*JO L 257 du 28.8.2014) ;* Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), (*JO L 178 du 17.7.2000, p. 1–16).*

[725] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000, p. 3968

[726] Code de droit économique, XII.15, § 1er.

[727] Par ex. Loi Québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information (LCCJTI). L.R.Q., chapitre C-1.1 ; Loi d'Ontario de 2000 sur le commerce électronique, LO 2000, c 17

[728] Loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques, Art. 2.

[729] Art. 9 de la loi type de la CNUDCI de 1996.

En matière de preuve électronique, il faut s'assurer donc que l'écrit électronique en cause émane de celui auquel on l'oppose. Cette approche conduit à certaines exigences : l'origine de l'échange électronique doit être fiable, sécurisé et non falsifié, ce qui implique l'identification de son auteur.

L'affirmation du principe d'équivalence probatoire a débouché sur l'élaboration de règles dont l'objet est d'instaurer un certain nombre de conditions permettant d'assurer la valeur probante de l'écrit électronique.

C'est ainsi que l'ancien article 1316-1 du Code civil français visait la reconnaissance explicite de l'admissibilité en mode de preuve de l'écrit électronique sous deux conditions. Il faut, d'une part, que cet écrit puisse dûment identifier la personne dont il émane et, d'autre part, qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité [730].

Il faut souligner que l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a modifié cet article qui est devenu désormais l'article 1366, en remplaçant l'expression « *est admis en preuve au même titre* » par l'expression « *a la même force probante* », sans pourtant modifier les exigences consacrées par ce texte dans sa version actuelle[731].

Par ailleurs, pour adapter les moyens de preuve aux nouvelles technologies, la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 a modifié l'article 1326 du Code civil[732] imposait que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible, soit constaté dans un titre comportant la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention écrite « *de sa main* » de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. Dorénavant, la mention écrite doit être faite « *par lui-même* »[733]. Le respect de cette

[730] Il s'agit, comme nous l'avons vu, d'une reconnaissance légale qui s'inspire de la jurisprudence française, en particulier de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 décembre 1997 qui posait déjà les deux conditions : authentification des parties et intégrité du message. Cass., com., 2 décembre 1997, n° 95-14.251, *op.cit.*

[731] L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a réécrit le droit de la preuve. Le titre IV bis du livre III du Code civil « *De la preuve des obligations* » est composé de trois chapitres consacrés aux dispositions générales (art. 1353 à1357 C. civ.), à l'admissibilité des modes de preuve (art. 1358 à 1362 C. civ.) et aux différents modes de preuve (art. 1363 à 1386-1 C. civ.). Les différents modes de preuve demeurent l'écrit, le témoignage, la présomption judiciaire, l'aveu et le serment. Même si leur rédaction est retouchée, les règles se rapportant à la preuve par écrit ne sont pas bouleversées, quand au fond (art. 1363 à 1380 du C. civ.).

[732] Nouvel article 1376, C. civ.

[733] Le nouvel article 1376 du Code civil garde la même formule de l'ancien article 1326.

règle, en matière électronique, suppose la mise en place d'un procédé fiable d'identification[734].

Toutefois, certains auteurs[735] ont critiqué quelques lacunes de la loi de 2000 sur l'adaptation du droit de la preuve. Pour ces auteurs, cette exigence « *par lui-même* » supprime la mention manuscrite et tolère ainsi l'apposition par document électronique dès lors que l'identité de l'auteur peut être considérée comme certaine. En revanche, ils considèrent que l'article 970 du Code civil[736] par exemple qui concerne le testament olographe, n'a pas fait l'objet d'une adaptation destinée à admettre la rédaction d'un testament olographe par document électronique.

S'il nous est permis de faire du droit comparé, nous constatons que le Code civil de Québec impose, de son côté, certaines règles qui visent à conférer une force probante à l'écrit électronique. En effet, son article 2838 précise la nécessité d'assurer l'intégrité du support faisant appel aux technologies de l'information. Cette intégrité est assurée « *[…] lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve* »[737].

A défaut de remplir les conditions requises pour la validité de l'écrit électronique, il pourra valoir comme copie ou comme commencement de preuve. Cette règle est la même que celle applicable en cas de l'écrit papier imparfait.

L'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier est totale. La preuve contraire peut être apportée par un autre écrit papier ou électronique. Cette solution était indispensable pour instaurer la confiance en l'écrit électronique et présente l'avantage d'affirmer la volonté du législateur de placer l'écrit électronique au même niveau que l'écrit papier[738].

---

[734] V. MIKALEF-TOUDIC, « *La preuve à l'aide des nouvelles technologies* », *op.cit*.
[735] Ph. NATAF et J. LIGHTBURN, « *La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information* », JCP E 2000, n° 21-22, p. 836.
[736] Cet article dispose que « *le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme* ».
[737] Art. 2839 du C. civ. de Québec.
[738] V. MIKALEF-TOUDIC, « *La preuve à l'aide des nouvelles technologies* », *op.cit*.

C'est aussi l'objectif recherché par la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de définir « *les fonctions essentielles des supports papier en vue de déterminer des critères qui, s'ils sont satisfaits par des messages de données, permettraient à ces messages informatisés de bénéficier du même degré de reconnaissance juridique que le document papier correspondant remplissant la même fonction* »[739].

C'est donc pour qu'il soit admis en matière de preuve, l'écrit électronique doit remplir les conditions requises par le législateur. En cas de conflit, il appartient au juge de déterminer les conditions de son admissibilité.

B - Le pouvoir d'appréciation du juge du fond

La force probante d'un moyen de preuve électronique implique la recevabilité de tel moyen par le juge à l'occasion de la contestation de l'existence d'un droit.

Les preuves obtenues au moyen des procédés électroniques en violation des exigences légales peuvent être écartées par le juge.

La Cour de cassation française rappelle, dans ce cadre, dans un arrêt en date du 1er juillet 2010 le pouvoir souverain des juges du fond en matière d'admission des preuves, en l'espèce écrite[740]. Elle en conclut que la Cour d'appel procède de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits.

Il appartient donc au juge d'apprécier souverainement la valeur probante de l'écrit électronique. Il doit s'appuyer, pour forger sa conviction, sur les preuves obtenues au moyen des nouvelles technologies, dés lors qu'elles sont collectées conformément aux prescriptions légales en vigueur et légalement admissibles.

---

[739] V. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), p. 22, accessible sur :
http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

[740] Pour défendre sa position, une partie avait produit la copie d'un courrier ainsi que l'accusé de réception signé par la partie adverse. Celle-ci a avancé que le courrier présentait un en-tête et un pied de page qui n'étaient pas employés à l'époque des faits, remettant en cause la recevabilité de ce courrier. La Cour de cassation considère que « *l'arrêt relève que la caisse produit (...) une copie de la lettre recommandée du 17 février 2004 (...) ainsi que l'accusé de réception signé par la société le 19 février 2004 ; que cette pièce constitue un commencement de preuve émanant de la personne à laquelle elle est opposée et rend vraisemblable le fait allégué, même si l'en-tête et le pied figurant sur la lettre ne sont pas ceux qu'utilisait la caisse à l'époque, et résulte de la réédition de la lettre conservée en informatique* ». Cass. 2ème civ., 1er juill. 2010, n° 09-14.685 (Inédit), JurisData n° 2010-010591.

Une récente décision de la Cour d'appel de Paris du 7 octobre 2015[741] rappelle une fois de plus la nécessité de constituer des preuves valables recevables en cas de conflit, particulièrement sur Internet.

La Cour d'appel de Paris s'est appuyée sur des copies écran des sites en question et du forum de discussion, dont la valeur probante était contestée par la partie adverse, mais que la Cour a considéré recevable en affirmant qu' « *il appartient au juge d'apprécier la force probante des pièces produites devant lui ; que la Cour ne voit aucun motif d'écarter les captures d'écran produites par l'appelante, qui sont parfaitement nettes et datées* ».

En revanche, la Cour a rejeté un constat d'huissier en considérant que l'huissier a procédé à des constatations en dissimulant son identité et sa qualité lors de ses constats en se connectant aux sites *via* le compte de sa cliente, « *en violation du principe de la loyauté de la preuve »*.

La Cour a écarté des débats le constat d'huissier en soulignant que « *les preuves rapportées par un constat d'huissier doivent avoir été obtenues loyalement ; que même si le site Dailyfriends est un site public, l'huissier de justice doit utiliser sa propre identité et mentionner sa qualité pour se connecter et naviguer sur ce site ; qu'en utilisant les codes de connexion préalablement créés par la société Netuneed, ainsi que le pseudo "Moipolo" également créé par sa cliente, donnant accès à un "espace perso" sur lequel dialoguent des membres du site Dailyfriends, l'huissier a procédé à des constatations en dissimulant son identité et sa qualité* ». Il appartient donc au juge de vérifier le procédé employé pour collecter les preuves et d'apprécier leur recevabilité eu égard aux circonstances de l'espèce.

Par ailleurs, la force probante d'un constat d'huissier a été contestée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 2 juillet 2010. La Cour a jugé que le constat est dépourvu de force probante du fait qu'il a été effectué « *à partir d'un service d'archivage exploité par un tiers à la procédure, qui est une personne privée sans autorité légale, dont les conditions de fonctionnement sont ignorées », et qu'il*

[741] CA Paris, Pôle 5, Ch. 4, 7 oct. 2015, V. *Netuneed c/ Charles R.*, legalis.net.
En l'espèce, la société Netuneed qui exploite le site internet « *onvasortir.com* » a assigné devant le tribunal de grande instance de Paris M. Charles R., qui exploite le site « *Dailyfreinds* » sous l'enseigne Charles R. Data Network Services en lui reprochant des actes de concurrence déloyales et de parasitisme.

ressort de « l'extrait des questions posées sur son fonctionnement […] que cet outil de recherches n'est pas conçu pour une utilisation légale »[742].

Le refus d'admettre comme moyen de preuves un constat d'huissier qui ne remplit pas les conditions requises pour sa recevabilité, ne constitue pas le cas unique en jurisprudence française. La Cour de cassation a refusé d'admettre un mail comme écrit électronique et de lui donner une force probante au motif que, d'une part, les conditions de création et celles de conservation d'un mail ne correspondent pas aux exigences légales de fiabilité et d'autre part, le courriel n'est pas signé par une signature électronique au sens de l'alinéa 2 de l'article 1316-4 du Code civil[743].

La question posée était de savoir si un message électronique a une valeur d'écrit électronique dès lors que celui à qui on l'oppose, conteste son authenticité[744].

La Cour de cassation[745], contrairement à la Cour d'appel[746], a limité la portée des dispositions du Code civil et a appliqué strictement les articles 1316-1 et 1316-4[747] pour rejeter la qualification du mail en question comme écrit électronique. Elle a insisté sur le fait qu'un mail n'est recevable comme mode de preuve que lorsque, d'un côté, celui à qui l'on oppose ne nie pas s'être engagé ou conteste le contenu[748] et, d'un autre côté, que les conditions mises par les articles précités à la validité de l'écrit ou de la signature électronique soient satisfaites. Cela montre à quel point la

---

[742] V. Note de C. BOURGEOS-BONNARDOT, « *Régime juridique des archives* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Communication, Lexis Nexis, 27 Avril 2010, (mise à jour : 28 Août 2014), Fasc. 2750.

[743] Cass. 1ère civ., 30 sept. 2010, n° 09-68.555, Bull. 2010, I, n° 178, JurisData n° 2010-017147.

[744] Il s'agit d'une affaite de bail d'habitation pour lequel un acte spécifique de congé est exigé. « *Dans cette affaire un congé a été délivré. La locataire prétend qu'il l'a été un 28 août alors que le bailleur soutient qu'il s'agit du 10 septembre, date pour laquelle un avis de réception est bien produit. Toutefois, la locataire se prévaut d'un message électronique aux termes duquel le bailleur reconnaît que le congé court bien à partir du 28 août. Dans le litige qui oppose ces deux parties, la locataire se prévaut d'un mail du 18 octobre qui émanerait du bailleur et dans lequel ce dernier reconnaitrait bien un point de départ du préavis au 28 août. Il semble que les deux parties communiquaient au moyen du courrier électronique. Toutefois, le bailleur dénie l'authenticité de ces mails* ». Note L. GRYNBAUM, « *La preuve littérale. - Dispositions générales. - Écrit électronique* », *op.cit.*

[745] Cass. 1ère civ., 30 sept. 2010, n° 09-68.555, *Ibid*.

[746] La Cour d'appel de Dijon avait tenté de faire évoluer le droit de la preuve en décidant que les parties ayant utilisé les messages électroniques pour communiquer et le bailleur ne produisant pas d'autres écrits, ce dernier pouvait se voir opposer des courriels qui lui étaient imputables. Il aurait fallu selon les juges du fond que le bailleur produise d'autres documents de nature à contredire les mails ; V. note L. GRYNBAUM , *Ibid*.

[747] Respectivement, les nouveaux article 1366 et 1367 C. civ.

[748] V. note L. GRYNBAUM, *Ibid.*

reconnaissance de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique est tributaire des exigences de fiabilité technique.

Bien qu'une appréciation souveraine peut bien fort conduire au rejet des courriers électroniques produits au cours d'une instance, il appartient toujours au juge d'apprécier la fiabilité des courriels présentés comme moyen de preuve. A travers d'autres arrêts, il paraît que les juges du fond se montrent, toutefois, accueillants à la production de simples courriers électroniques.

Dans un arrêt du 25 septembre 2013, la Cour de cassation a estimé inapplicable les dispositions des articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil et de l'article 287 du Code de procédure civile « *au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond* »[749].

La production des échanges de mails comme moyen de preuve à l'appui d'une action en harcèlement moral est aussi recevable, dès lors que la Cour d'appel a usé de son pouvoir souverain d'appréciation de la portée des moyens de preuve qui lui étaient soumis et qu'elle ne les a pas dénaturés[750].

Dans le même ordre d'idées, une appréciation souveraine par le juge du fond[751] des courriers électroniques qui lui étaient soumis, établissant la preuve de transmission des directives précises et insusceptibles de discussion de la part du

---

[749] Cass. soc. 25 sept. 2013, n° 11-25.884, Bull. 2013, V, n° 207. Sur la force probante d'un courrier électronique produit pour faire la preuve d'un acte juridique : Cass. 1ère civ., 30 sept. 2010, n° 09-68.555, Bull. 2010, I, n° 178. Sur la force probante d'un courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, à rapprocher : Cass. soc. 2 juin 2004, n° 03-45.269, Bull. 2004, V, n° 152.

[750] Cass. soc. , 21 juin 2011, n° 10-16.091, (Inédit). La Cour de cassation a estimé qu' « *usant de son pouvoir souverain d'appréciation de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis et qu'elle n'a pas dénaturés, la cour d'appel a relevé que M. Y... s'était opposé à la nomination de la salariée, avec laquelle il ne souhaitait pas travailler, au poste de DRH, que cette opposition n'ayant pas été prise en compte, Mme X..., après avoir dû subir la réaction extrêmement violente de l'intéressé avait rapidement fait part à M. Z..., son supérieur hiérarchique, de l'animosité à son égard de son collègue et des relations très difficiles avec celui-ci, qu'elle produisait des courriels attestant de ces difficultés dont un émanant de M. Y... où celui-ci confirmait en termes non équivoques sa volonté de ne pas travailler avec elle ; que l'arrêt ajoute que M. Z... n'avait jamais contesté la matérialité des faits dénoncés et avait adressé des mises en garde à leur auteur en l'incitant à prendre "toute mesure et résolution visant à modifier le mode et les moyens de sa relation avec Mme X...", ce qui n'avait pas modifié la situation, laquelle avait au contraire encore été aggravée par la réaction disproportionnée de l'employeur, en avril 2007, à la suite d'un incident survenu lors des élections professionnelles ; qu'en l'état de ces motifs dont elle a déduit que la salariée établissait la matérialité de faits laissant présumer l'existence du harcèlement dont elle se plaignait, la cour d'appel en a exactement déduit, dès lors qu'aucune justification de ces agissements n'était alléguée, que la demande de dommages-intérêts de Mme X... était fondée ; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches* ».

[751] Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-23.237, (Inédit).

gérant d'une société, permettait de constater, qu'hors toute dénaturation, qu'il existe un lien de subordination à l'égard de ladite société[752].

L'appréciation souveraine du juge du fond[753] permettait également de considérer, au visa de l'ancien article 1316-1 du Code civil[754], qu'un accord sur la chose et le prix entre les parties pour la vente d'une parcelle de terre qui s'est faite par échange de courriers électroniques est parfait en se fondant sur l'analyse menée par la Cour de ces courriers électroniques dont les auteurs n'ont pas contesté sérieusement qu'ils proviennent de leurs messageries électroniques[755].

Dans le même sens, la Cour d'appel de Pau a admis comme preuve, en l'absence de tout autre élément, les écrits en forme électronique, dont l'auteur n'a pas contesté le contenu au cours de l'instance[756].

En se penchant sur les dispositions de l'article 1366 du Code civil selon lequel l'écrit électronique doit répondre à deux conditions : il doit dûment identifier la personne dont il émane, et il doit être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité, et en se référant aux décisions précédentes qui accueillent les courriers électroniques, sans considération de ces exigences, comme mode de preuve, nous estimons que les juges du fond sont priés de faire preuve de prudence.

---

[752] Dans cette affaire, la partie adverse a contesté l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 18 juin 2013 au motif « *qu'en application de l'article 1316-1 du Code civil, l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane; qu'en l'espèce, en considérant que les courriels des 6 décembre 2007, 24 janvier 2008, 5 février 2008, 13 mars 2008 et les deux courriels du 21 mars 2008 établissaient la preuve que M. Z... s'adressait à M. X... sur le registre du commandement alors que ces courriels ne comportaient, à la différence des autres courriels émanant de M. Z..., ni son adresse électronique, ni sa signature ce qui n'était pas de nature à identifier dûment la personne dont ils émanaient, la cour d'appel a violé l'article 1316-1 du Code civil* ». Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-23.237, *Ibid.*

[753] CA Caen, civ. 1, 12 nov. 2013, n° 11/03186, JurisData n° 2013-027809.

[754] Nouvel Art. 1366 du C. civ.

[755] En résumé de l'affaire : « *L' article 1316-1 du Code civil dispose que l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. En l'espèce, les messages proviennent bien des messageries de l'acheteur et du vendeur, ce qui n'est pas contesté. Le vendeur soutient en revanche que c'est sa petite-fille, âgée de 14 ans, qui a voulu faire une farce et qui est à l'origine des messages. Il produit en ce sens une attestation de sa petite-fille. Or, l'orthographe de cette dernière est très mauvaise, alors que les messages envoyés depuis la messagerie du vendeur ont une orthographe correcte et contiennent des précisions qui ne peuvent émaner que d'un adulte (surface, référence cadastrale, prix au mètre carré, coordonnées du notaire). Le vendeur est donc d'une parfaite mauvaise foi en produisant ce témoignage. Les courriers électroniques établissant l'accord sur la chose et sur le prix, la vente est parfaite et l'acheteur est bien fondé en sa demande de réalisation forcée de la vente* ». CA Caen, civ. 1, 12 nov. 2013, n° 11/03186, n° JurisData : 2013-027809.

[756] CA Pau, civ. 1, 30 Avril 2014, n° 14/1563, 13/01031, JurisData n° 2014-026302.

En effet, rien n'empêche techniquement de se faire passer pour une autre personne en recourant à son nom dans son adresse de courrier électronique, voire même de créer un compte sur Yahoo, Gmail…avec une fausse adresse de courrier électronique. La fausse identité est donc possible dans les courriers électroniques, seul le certificat électronique permet de vérifier l'identité du signataire du courrier électronique[757]. Pour l'intégrité du contenu, là encore rien ne garantit que le courrier électronique soit modifié par son auteur. La possibilité technique offerte de transférer un courriel peut être source d'altération du contenu, car le contenu du mail devient modifiable. Seul un procédé cryptographique est susceptible de garantir l'exigence d'intégrité.

Comme le souligne Monsieur Caprioli, à cet égard, le courrier électronique non signé ne devrait pas pouvoir à lui seul emporter la conviction d'un juge. S'il a été signé électroniquement, le juge doit procéder aux vérifications nécessaires[758].

En droit anglais, toute forme de preuve est admissible à condition qu'elle ait un rapport avec la vérification du point en question[759]. A la survenance d'un litige sur l'authenticité et de l'intégrité d'un document, le tribunal peut examiner des preuves orales ou des preuves indirectes, et même les caractéristiques d'un système informatique[760].

D'autres aspects sont pris en considération par les tribunaux. Ils consistent à savoir comment les supports électroniques ont été crées, gérés et archivés. En Angleterre, une référence spécifique à l'importance des normes techniques a été faite dans le recueil des *« Directives en matière de signatures électroniques* », publié par *Judicial Studies Board*[761] afin d'aider les juges à comprendre les questions relatives aux technologies de la signature électronique[762].

---

[757] É. A. CAPRIOLI, « *Vérification d'écriture et courrier électronique* », Comm. Com. Elec., Décembre 2010, n° 12, comm. 129.
[758] É. A. CAPRIOLI, « *Vérification d'écriture et courrier électronique* », *Ibid*.
[759] L. BRAZELL, *« Electronic signatures and identities : law and regulation »,* 2ème Ed., Sweet & Maxwell 2008, p. 100, Réf. cité par K. GLEZAKOU, « *La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009 - nº 52 Supplément du 08/2009.
[760] K. GLEZAKOU, « *La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009, nº 52 Supplément du 08/2009.
[761] Le *Judicial Studies Board (*actuellement *The Judicial College*) est un organe destiné à former des juges dans plusieurs domaines de droit et pour une grande variété de tribunaux en Angleterre et au Pays de Galles. Il encourage la coopération européenne et internationale en matière de formation judiciaire et il a crée un Comité international à cette fin. http://www.ejtn.eu/
[762] K. GLEZAKOU, « *La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais* », *op. cit*.

En droit espagnol, il existe plusieurs textes de loi régissant le régime de la preuve des actes électroniques. Il s'agit, à titre indicatif, des articles 382 à 384 du Code de procédure civile, la Loi n°59/2003 de 19 décembre 2003 de signature électronique, la Loi n° 41/2007 du 7 décembre 2007, la Loi n° 34/2002 du 11 juillet 2002 sur les services de la société de l'information et du commerce électronique, lesquelles ont mis en place l'équivalence des effets juridiques des supports électronique et les supports papiers[763]. Toutefois, la justice donne une image qui ne reflète pas l'esprit de toutes ces réformes[764]. Les tribunaux espagnols font preuve de méfiance à l'égard de l'écrit électronique et les juges pensent même à procéder à une confrontation lorsque le document est électronique, chose qu'ils ne le font pas habituellement pour l'écrit papier[765].

En revenant à l'approche française en matière de preuve électronique, il convient de souligner que plusieurs facteurs peuvent être pris en compte par le juge pour se prononcer sur la force probante d'un document électronique produit en litige. Le juge peut tenir compte de la nature du rapport établi entre les parties, les pratiques mises en place, comme dans l'arrêt précité du 11 mars 2015[766], ou bien des questions techniques et des problèmes d'identification, comme dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 octobre 2015 qui a rejeté un constat d'huissier de justice.

La façon dont les juges doivent évaluer les preuves, comme le souligne Madame GLEZAKOU, « *ne saurait être déterminée par des règles fixes. La raison en est que derrière tout cela on trouve des concepts tels le bon sens, la logique et l'expérience, que l'on va utiliser lorsque la force probante des faits pose problème*[767]*. En soi, le juge a une discrétion considérable à sa disposition lorsque le poids des preuves est pris en compte* »[768].

Toutefois, si les critères d'admissibilité d'un écrit électronique peuvent être allégés en tenant compte des circonstances de l'espèce, la règle ne serait pas la

---

[763] J. NIEVA-FENOLL, « *La preuve des actes électroniques en droit espagnol* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009, nº 52 Supplément du 08/2009.
[764] J. NIEVA-FENOLL, « *La preuve des actes électroniques en droit espagnol* », *Ibid*.
[765] J. NIEVA- FENOLL, *Ibid*.
[766] Cass. civ., soc., 11 mars 2015, n° 13-23.237, *op.cit.*
[767] Phimpson on Evidence, 16ème Ed., version disponible sur internet sur Westlaw Database, paragraphe 7.17.
[768] K. GLEZAKOU, « *La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais* », *op.cit.*

même en présence des engagements particulièrement importants nécessitant un écrit authentique.

II - Les critères d'admissibilité concernant l'acte authentique électronique

La révolution numérique bouscule tous les secteurs économiques traditionnels en revisitant leurs modèles. Jean-Jacques Rousseau disait sur l'adaptation aux changements « *ainsi, devenus pauvres sans avoir rien perdu, simplement parce que tout changeait autour d'eux et qu'eux n'avaient point changé*»[769]. Dés lors, les métiers juridiques ne peuvent pas rester en marge des mouvements technologiques et c'est le cas du notariat. Pour ce faire, plusieurs efforts, particulièrement français, ont débouché sur la mise en place de l'acte authentique électronique.

Sans aucun doute, le formalisme des actes juridiques, spécialement les actes authentiques, relève d'un souci de protection du consentement des parties à l'acte lorsqu'elles contractent des engagements particulièrement importants, touchant aux patrimoines des personnes, tels que l'achat des biens immobiliers. Mais pas uniquement pour ces engagements, le droit français, par exemple, exige une preuve par écrit pour tout acte juridique excédant la somme de 1500 euros[770]. Pour répondre à cet impératif, les actes instrumentaires peuvent être soit notariés, soit sous seins privés.

L'acte authentique électronique constitue donc une réelle évolution technologique, car chacun sait que les attributs conférés à un acte authentique ne sont pas procurés par les autres actes juridiques. Celui-ci présente plusieurs visages, regroupant des actes obéissant à des modalités concrètes différentes. Certains auteurs distinguaient les actes administratifs, les actes judiciaires, les actes extrajudiciaires et les actes de juridiction volontaire, les actes notariés appartenant à cette dernière catégorie d'actes authentiques[771].

---

[769] J.-J. ROUSSEAU, « *Discours sur l'inégalité* », Œuvres complètes, Paris 1971, Seuil, p. 228.
[770] Art. 1359 du C. civ., crée par Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 (ancien art. 1341, C. civ.).
[771] G. MARTY, P. RAYNAUD, « *Droit civil, introduction générale* », t. I, Sirey, 2ème Ed., 1972, n° 229.

Nous nous intéresserons ici aux actes dressés par les notaires qui ont la charge d'instrumenter à la demande des parties, notamment à des fins de pré-constitution de la preuve.

La réflexion s'engage donc sur l'acte authentique électronique en se focalisant sur sa force probante (A), les modalités de son établissement et de sa conservation (B).

A - Force probante de l'acte authentique électronique

Comme l'acte authentique sur support traditionnel, l'acte authentique sur support électronique répond aux garanties de sécurité juridique et de conservation et bénéficie d'une date certaine, d'une force probante et exécutoire[772]. Son authenticité est subordonnée au respect des règles régissant sa rédaction. Les actes authentiques se séparent donc des actes sous seing privé par les conditions auxquelles ils obéissent et qui sont plus rigoureuses.

Le défi de l'acte authentique électronique consiste à confronter deux impératifs tenant d'une part, à la nécessité d'adaptation du notariat aux nouvelles technologies du numérique et d'autre part, à la préservation des garanties consubstantielles à l'authenticité. Ces impératifs se manifestent à la fois dans la façon de créer l'acte avec l'outil informatique et Internet, son support avec l'acte authentique électronique, et jusqu'à son contenu en raison des nouvelles conventions rendues nécessaires par le développement des échanges électroniques[773].

Il convient avant de se pencher sur la valeur probante de l'acte authentique électronique (2), de déterminer sa notion qui permettra de déterminer ses contours et son caractère distinctif des autres actes (1).

---

[772] D. MONTOUX, « *Synthèse- Acte notarié : caractères* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Notarial Formulaire, LexisNexis, 18 nov. 2016 ; B. VINCENT, A.-M. LEROYER, « *Rédaction et réception de l'acte authentique : les exigences de la loi* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 4, 27 Janvier 2012, 1055.

[773] Th. MUGARRA, « *Acte notarié électronique et dématérialisation des procédures* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 40, 7 Octobre 2016, 1292.

1 - Notion de l'acte authentique électronique

L'acte authentique est, aux termes du 1er alinéa de l'article 1369 du Code civil français[774], « *[…] est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter*. ». Par cette formule, le nouvel article 1369 du Code civil semble subordonner la reconnaissance de l'authenticité à deux conditions, celle relative à la qualité du rédacteur de l'acte et à sa compétence. L'article 1370 du Code civil[775] ajoute une troisième condition liée à la capacité[776].

L'acte authentique par nature s'articule donc sur deux pôles : l'homme qui s'entend toujours d'un officier public légalement investi d'un pouvoir d'authentification[777] et l'acte qui doit être dressé dans le respect de solennités destinés à en garantir la fiabilité.

Le 2 juillet 2013, la commission de réflexion sur l'authenticité, essentiellement composée d'universitaires, avait remis son rapport au Président du conseil supérieur du notariat à travers lequel elle avait présenté une étude chronologique de l'authenticité.

La commission a présenté, dans ce rapport, une définition substantielle de l'acte authentique qui prend la forme d'une devise : dresser, vérifier et conserver en considérant la définition donnée par l'ancien article 1317 du Code civil comme étant irrationnelle. L'acte authentique est, selon la commission, « *un acte instrumentaire, dressé, vérifié et conservé par l'autorité publique* ». Cette définition présente l'acte authentique comme un acte de mémoire fiable et pérenne[778].

En effet, la notion d'authenticité comporte deux volets. D'une part, la source apparente de l'écrit est la source réelle, c'est à dire qu'il a véritablement été fait et signé par la personne identifiée par la signature, et d'autre part, qu'il n'a pas été

---

[774] Art. 1317, al. 1, C. civ (ancien).
[775] Art. 1318, C. civ (ancien).
[776] Le nouvel article 1370 exige la capacité aux termes suivants : « *l'acte qui n'est pas authentique du fait de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il a été signé des parties* ».
[777] Sans que ce pouvoir soit limité à un périmètre géographique et matériel limité, puisque le nouvel article 1369 du code civil enlève de l'ancien texte de l'article 1317, al. 1 la mention « *dans le lieu où l'acte a été rédigé* », une suppression qui convient aux particularités de l'acte authentique électronique.
[778] M. MEKKI, « *Voyage au pays de l'authenticité. - Quelques réflexions à partir du rapport de la commission présidée par le professeur Laurent Aynès* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 41, 11 Octobre 2013, 1237, LexisNexis.

altéré gardant le même état du moment où il a été signé, c'est à dire son intégrité[779]. La preuve de l'authenticité doit couvrir ces deux volets : le témoin, qui admet l'écrit, reconnaît à la fois l'authenticité de la signature et l'absence d'altération de l'écrit[780].

L'acte authentique en France était hors du périmètre initial du projet de loi adopté le 13 mars 2000. Au niveau européen, l'article 1er, 5, d) de la directive n°2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique exclut de son champ d'application « *les activités de notaire ou les professions équivalentes, dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique* ».

Il y eut donc une forte pression des notaires pour que soit inscrite dans la loi, l'alinéa 2 de l'ancien article 1317 du Code civil, s'agissant de l'acte authentique, qu'il « *peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Par la suite, deux décrets ont été adoptés, le 10 Août 2005, l'un concernant les notaires[781], et l'autre relatif aux huissiers[782].

Ces deux dispositions législatives françaises ont donné naissance à la possibilité pour tout officier public de créer des actes authentiques sans support papier.

Au même titre que la France, au Canada par exemple, à la province de Québec, les officiers publics sont autorisés à dresser des actes authentiques électroniques. L'article 2813 du Code civil définit l'acte authentique comme étant celui qui a été reçu ou attesté par un officier public compétent selon les lois du Québec ou du Canada, avec les formalités requises par la loi. L'acte notarié se retrouve parmi les documents authentiques énumérés à l'article 2814 du Code civil du Québec. Cet acte peut être établi sur support électronique dans les conditions prévues à l'article 2838 du Code civil du Québec qui illustre que « *outre les autres*

---

[779] C. FABIEN, « *La preuve par document technologique* », (2004) 38 R.J.T. 533, Edit. Themis.
[780] L. DUCHARME, « *Précis de la preuve* », 4ème Ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, no 1178-1188, p. 122, cité dans : C. FABIEN, « *La preuve par document technologique* », (2004) 38 R.J.T. 533, Edit. Themis
[781] Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005 p.13096, texte n° 34.
[782] Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, *JORF n°186 du 11 août 2005, p.13095, texte n° 33.*

exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée ».

2 - Valeur de l'acte authentique électronique

Les documents électroniques ont été mis sur un pied de totale égalité avec les documents papiers et en conséquence, ces documents électroniques sont considérés authentiques ou sous seing privé et ont la même valeur de preuve que les documents traditionnels. Le Code civil de Québec le résume bien dans l'article 2838 qui dispose que l'acte authentique, l'acte semi-authentique et l'acte sous seing privé, établis sur un support faisant appel aux technologies de l'information, font preuve « *au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier* ».

L'acte authentique, ainsi protégé, se trouve hissé au sommet de la hiérarchie des preuves littérales. Monsieur Grynbaum affirme dans ce sens qu' « *il […] paraît impossible de contester les constatations de l'officier public contenues dans un acte authentique en produisant une autre preuve littérale, sauf à diligenter une procédure d'inscription de faux prévue aux articles 303 et suivants du Code de procédure civile. A défaut, la règle instaurée par l'article 1319 du Code civil aux termes de laquelle " l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause " serait ruinée* »[783].

Comme déjà défini, l'acte authentique est un acte instrumentaire, c'est à dire un instrument de preuve de l'identité des parties, du contenu de l'acte, de la date et de l'accord des parties. Mais l'acte authentique constitue aussi, dans certains cas, notamment la cession du bien immobilier, un instrument nécessaire à la validité du contrat lui-même. Il est donc dressé *ad probationem* et parfois requis *ad validitatem*.

Si l'acte sous seing privé est établi par les parties elles-mêmes qui y reconnaissent entre elles l'existence et l'exactitude de son contenu, l'acte authentique est dressé par un tiers, un notaire, qui a le rôle du témoin officiel. J.

[783] L. GRYNBAUM, « *La preuve littérale. - Dispositions générales. - Écrit électronique* », *op.cit.*

Flour avait déjà souligné que la présence du notaire lors de l'établissement de l'acte participait de l'essence même de l'acte authentique[784]. L'article 1367 du Code civil[785] précise que c'est la signature de l'officier qui « *confère l'authenticité à l'acte* ».

En outre, la jurisprudence européenne a consacré, à travers l'arrêt *Unibank* du 17 juin 1999, le principe selon lequel les actes établis entre particuliers ne possèdent pas, par eux-mêmes, le caractère authentique. L'intervention d'une autorité publique ou de toute autre autorité habilitée par l'Etat est nécessaire pour conférer à l'acte la qualité d'actes authentiques[786]. La Cour a posé les critères permettant d'identifier un acte authentique, dont l'existence est subordonnée à trois conditions : « *l'authenticité de l'acte doit être établie par une autorité publique, cette authenticité doit porter sur son contenu et non pas seulement, par exemple, sur la signature, l'acte doit être exécutoire par lui-même dans l'Etat dans lequel il a été établi* »[787].

Toutefois, il ne faut pas ignorer que l'acte sous seing privé peut avoir la même force probante de l'acte authentique s'il est reconnu par celui auquel on l'oppose.

C'est ce qui ressort, par exemple, des dispositions de l'article 326.1 du Code espagnol de procédure civile (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) qui précise que les documents électroniques sous seing privé auront la même valeur probante que les documents authentiques s'ils ne sont pas contestés par les parties[788]. En droit français, l'ancien article 1322 du Code civil donnait également la même force probante à l'acte sous seing privé s'il est reconnu par la partie à laquelle on l'oppose. Le nouvel article 1372 du Code civil a supprimé cette équivalence à l'acte

---

[784] J. FLOUR, « *Sur une notion nouvelle de l'authenticité* », Defrénois 1972, art. 30159, n° 5, p. 981.
[785] Art. 1316-4, C. civ (ancien).
[786] La Cour a conclu qu' « *un titre de créance exécutoire en vertu du droit de l'État d'origine dont l'authenticité n'a pas été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire par cet État ne constitue pas un acte authentique au sens de l'article 50 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale…* ». CJUE, 5ème Ch., 17 juin 1999, *Unibank A/S contre Flemming G. Christensen*. Aff. C-260/97.
[787] Conditions édictées par le rapport Jenard-Möller, à son paragraphe 72, cité dans l'arrêt *Unibank* du 17 juin 1999.
[788] Dans sa version originale, l'article 326.1 dispose que « *1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen* » ; V. aussi J. NIEVA-FENOLL, « *La preuve des actes électroniques en droit espagnol* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009, nº52 Supplément du 08/2009.

authentique, ce qui a permis de percevoir la différence entre les deux catégories d'actes. L'acte authentique n'a pas besoin d'être reconnu[789] alors que l'acte sous seing privé doit avoir été reconnu par celui auquel on l'oppose ou être « *légalement tenu pour reconnu* »[790].

En droit allemand, le § 371a du Code de procédure civile (ZPO) affirme également que les dispositions relatives à la force probante des actes authentiques (*öffentliche Urkunden*) s'appliquent par analogie aux actes électroniques établis par une autorité publique dans la limite de ses compétences ou par une personne telle qu'un notaire, bénéficiant d'une délégation d'autorité publique (*öffentliche Urkunden*). Si le document est revêtu d'une signature électronique qualifiée, il bénéficie de la force probante prévue au § 437 ZPO, c'est à dire une présomption d'authenticité (§ 371a, al.2)[791].

Il convient donc de savoir si un acte sous seing privé non contesté est en contradiction avec l'acte authentique, lequel des deux actes doit prévaloir ?

L'acte authentique est l'œuvre d'un officier public qui porte son témoignage sur la réalité de la convention, son contenu et l'identité des parties. En plus, alors que l'acte sous seing privé peut être combattu par un autre écrit[792], l'acte authentique ne peut être contesté par la production d'un autre mode de preuve, d'où il suit que l'acte authentique a une force probante incontestable, il ne peut être contredit que difficilement suivant, généralement, la procédure d'inscription de faux qui est considéré longue et périlleuse.

Une difficulté est apparue, en 2012, concernant la question de savoir si un acte authentique présentant des irrégularités de forme[793] conserverait les effets d'un acte authentique ou bien cette irrégularité devrait être considérée comme un défaut de forme au sens de l'article 1318 du code civil[794] et en conséquence, dégradant l'acte authentique au rang de l'acte sous seing privé, donc sans force

---

[789] V. en ce sens I. PETEL-TEYSSIE, « *Preuve des obligations . – Modes de preuve . – Acte authentique* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Civil Code > Art. 1369 à 1371, Lexis360, 15 mars 2017, Fasc. unique.
[790] Art. 1372 C. civ., (ancien art. 1322).
[791] F. FERRAND, « *Preuve* », *op.cit.*
[792] V. par exemple : Cass. 1ère civ., 4 novembre 2011, n° 10-27.035, Bull. 2011, I, n° 194, JurisData n° 2011-024374. (Contestation par la société générale de la valeur libératoire qu'impliquait le libellé d'une quittance donnée aux emprunteurs).
[793] Consistant à la non annexion à l'acte authentique de prêt, les procurations authentiques données par les parties emprunteuses au notaire.
[794] Nouvel art. 1370 C. civ.

exécutoire.

Alors qu'un récent arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 22 mars 2012 considère que « *l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire* »[795], plusieurs autres, en revanche, ont pris le 7 juin 2012 une position inverse en affirmant que l'acte notarié qui ne comporte pas en annexe les procurations et qui ne mentionne pas que celles-ci ont été déposées au rang des minutes du notaire rédacteur, est entaché d'une irrégularité formelle, au regard de l'article 21 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires[796].

Six mois après, deux arrêts de la chambre mixte du 21 décembre 2012 ont mis fin au débat et ont conforté la position de la première chambre civile en décidant que « *l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes, ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire* »[797].

Encore une fois, l'acte authentique prouve sa force probante et sa résistance face aux controverses sur sa force exécutoire. Cette force de l'acte authentique fondée sur la présence de l'officier public n'allait-elle pas être impactée par l'usage de la forme électronique et la formation de l'acte authentique à distance, c'est à dire, sans la présence physique des parties ?

---

[795] Cass., 1ère civ., 22 mars 2012, n° 11-11.925, Bull. 2012, I, n° 66.

[796] Cass., 2ème civ., 7 juin 2012, n° 11-16.107, Bull. 2012, II, n° 102 ; Cass., 2ème civ., 7 juin 2012, n° 11-15.439, n° 11-18.085, Bull. 2012, II, n° 102 ; Cass., 2ème civ., 7 juin 2012, n° 11-17.759, n°11-19.022, Bull. 2012, II, n° 102 ; Cass., 2ème civ., 7 juin 2012, n° 11-15.112, Bull. 2012, II, n° 102 ; Cass., 2ème civ., 7 juin 2012, n° 11-15.440, Bull. 2012, II, n° 102.

[797] Cass., ch. mixte, 21 décembre 2012, n° 12-15.063, Bull. 2012, n° 4. ; Cass., ch. mixte, 21 décembre 2012, n° 11-28.688, Bull. 2012, n° 3 ; V. aussi, ultérieurement, Cass., 1ère civ., 19 février 2013, n° 11-24.287, Bull. 2013, I, n° 17 : « *l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de sa copie exécutoire, ou de les déposer au rang de ses minutes, ne fait pas perdre à l'acte ou à sa copie son caractère authentique, partant son caractère exécutoire* ».

B - Etablissement de l'acte authentique électronique

L'équivalence fonctionnelle entre l'écrit sur papier et l'écrit sur support électronique trouve toute son utilité dans le cas où l'acte authentique est conclu à distance entre des parties se trouvant en des lieux différents.

La notion d'authenticité s'applique aussi bien à l'acte authentique sur papier et à l'acte authentique électronique. Il reste néanmoins à savoir si à l'heure de l'acte authentique électronique à distance, il faut maintenir les exigences de l'authenticité traditionnelle (1). Puisque la France a été le premier pays qui a mis en application le processus de conclusion d'un acte authentique sur support numérique, nous limitons l'exposé du déroulement à l'expérience française en la matière.

Ensuite, il ne suffit pas que l'acte authentique soit conclu sous forme électronique, il doit répondre à la fonction même de l'acte électronique reposant sur sa capacité à être établi à distance, c'est à dire entre des parties qui ne se trouvent pas en présence (2). Enfin, pour que l'acte authentique électronique soit crédible face au papier, le procédé de sa conservation doit permettre d'affirmer avec certitude qu'il est définitivement verrouillé (3).

1 - Le processus de formation de l'acte authentique électronique

La signature du premier acte authentique électronique a eu lieu le 28 octobre 2008 à l'occasion d'un évènement organisé au Conseil supérieur du notariat (CSN), à Paris[798]. Le premier acte authentique dématérialisé au monde a été signé par la ministre de la Justice, garde des sceaux et le secrétaire d'Etat au développement de l'Economie numérique. Cet acte a été reçu, authentifié et contresigné par le président sortant du CSN. Cet acte inaugural a été archivé au Minutier Central Electronique, géré par Ral.Not, la filiale informatique du CSN. Quelques minutes après, l'accusé de réception a été reçu dans les locaux du CSN.

Cet acte a par la suite été suivi du premier acte de vente immobilière réalisé de manière totalement dématérialisée par M. Yves Prévost, notaire à Guignicourt (Aisne), celle d'un verger, pour une valeur de 10 500 euros. L'opération a pu être réalisée en présence des parties et devant l'assemblée générale du CSN. L'acte

[798] L. DARGENT, « *Acte authentique électronique* », D. 2008, p. 2711.

authentique a, d'une part, été archivé au Minutier Central électronique et, d'autre part, été transmis par le système télé@ctes du ministère des finances à la conservation des hypothèques, avec le règlement des droits appropriés par virement simultané[799].

La période de test de l'acte a duré jusqu'en 2012 et le déploiement s'est généralisé dans les offices de notaires à partir du 1er janvier 2013. Depuis, plus de 1,3 millions d'actes électroniques ont été signés et environ 85 000 actes sont déposés chaque mois au minutier central électronique des notaires (Micen) et 25% des actes authentiques du notaire sont signés par voie électronique en France[800].

La mise en œuvre de ce dispositif qui vise à garantir la sécurité, l'authenticité et la conservation des actes authentiques électroniques est « *l'aboutissement d'un long processus ayant nécessité de nombreux aménagements techniques et réglementaires afin d'en définir préalablement les contours et de l'inscrire dans un environnement sécurisé* »[801].

Le processus de mise en place de l'acte authentique électronique requiert, dans un premier temps, quatre conditions techniques[802] : un réseau notarial sécurisé[803], des progiciels de rédaction d'actes[804], la clé Réal[805] et le Micen[806].

---

[799] B. LEMAIRE, « *La France signe le premier acte notarié dématérialisé au monde* », 29 octobre 2008, article publié au site : http://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-la-france-signe-le-premier-acte-notarie-dematerialise-au-monde-27292-page-1.html

[800] C. LAVERDET, Compte-rendu du colloque « *Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2015 - nº 117 du 07/2015.

[801] L. DARGENT, « *Acte authentique électronique* », *op.cit.*

[802] Présentation de Monsieur Jérôme CAUR (notaire et vice-président honoraire de la chambre des notaires de Paris), cité dans le Compte-rendu du colloque « *Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », *in* C. LAVERDET, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2015, 07/2015, nº 117.

[803] Permettant de garantir la qualité et la disponibilité 24h/24 et 7j/7, l'invisibilité du réseau des études avec un accès sécurisé des applications « *métiers* » ; V. Présentation de Monsieur J. CAUR, Compte-rendu du colloque « *Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », *op.cit*.

[804] Les progiciels de rédaction d'actes sont labellisés par le CSN qui valide toutes les versions ultérieures.

[805] C'est la « *clé Real* », une sorte de clé USB sécurisé, qui garantit l'authenticité de la signature électronique du notaire. Elle est personnelle à chaque notaire et son accès est sécurisé grâce à un code PIN. Chaque notaire possède une clé qu'il l'identifie ainsi que sa signature numérique dans le cadre des télé@ctes avec la conservation des hypothèques.

[806] Minutier Central Electronique des Notaires de France est l'infrastructure nationale d'archivage sécurisé appartenant au notariat et est considéré comme le coffre-fort des actes électronique. Il faut noter que la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés a établie une nouvelle Délibération n°2014-243 du 12 juin 2014 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les notaires aux fins de signature électronique, de dépôt et de conservation des actes authentiques sur support électronique au sein du Minutier central électronique des notaires de France (MICEN), abrogeant ainsi la Délibération n° 2010-032 du 11 février 2010. La norme simplifiée n° NS-055 a pour objet d'encadrer les traitements mis en œuvre par les offices nationaux aux fins de conservation des actes

Dans un second temps, l'acte sera rédigé sur un logiciel de type Word et le rédacteur de l'acte scanne tous les documents annexes à l'acte[807]. Il est ainsi dématérialisé avec les annexes dans un unique document non modifiable du type PDF. Ensuite, les parties se retrouvent à l'office national pour la signature de l'acte et de ses annexes qui leur sont présentés sur un écran d'ordinateur. La signature est apposée par les parties sur une tablette au moyen d'un stylet sur l'écran tactile ou le Tablet PC mis à leur disposition, leurs signatures étant instantanément numérisées[808]. Puis le notaire appose sa signature au moyen de sa clé Réal[809], ce qui entraine l'horodatage de l'acte[810], car généralement le procédé de signature électronique incorpore un outil de datation permettant de savoir à quel moment la signature a été apposée.

Dans ce cadre, un auteur s'interrogeait sur ce qui peut se passer en cas de contradiction avec la date figurant dans l'acte et celle apposée au moment de la signature par le notaire, en proposant pour éviter cette difficulté que « *les procédés de signature utilisés par les officiers publics ou ministériels concernés ne comportent pas cette fonctionnalité de datation* »[811].

Nous considérons qu'eu égard au rôle de témoignage privilégié que joue le notaire dans l'établissement de l'acte authentique et de son poids dans le processus de conclusion de l'acte sur support électronique, la signature électronique du notaire confère l'authenticité à l'acte électronique[812]. En plus, à la lecture des textes législatifs, notre conviction se concilie avec l'article 8 du décret du

---

authentiques sur support électronique au sein du « *Micen* ». Elle concerne uniquement la conservation des actes au sein du Micen.

[807] L'article 22 du décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, précise que lorsqu'il y a des pièces annexées, elles doivent être « *indissociablement liées à l'acte auquel elles se rapportent* ».

[808] L. DARGENT, « *Acte authentique électronique* », *op.cit.*

[809] Conformément à l'article 17 du décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, celui qui dresse l'acte authentique doit utiliser « *un procédé de signature électronique sécurisée conforme aux exigences du décret 2001-272 du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique* ».

[810] Présentation Nathalie Couzigou-Suhas (notaire et codirectrice de cession de formation à l'ENM), cité dans le Compte-rendu du colloque « *Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », *op.cit.*

[811] J. HUET, « *Pratique des contrats électroniques* », *op.cit*.

[812] V. alinéa 1 de l'article 1367 du Code civil qui dispose que la signature « *quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte* ».

10 août 2005[813] qui confère à la date de signature de l'acte par le notaire une importance particulière en disposant que « *la date à laquelle l'acte est signé par le notaire doit être énoncée en lettres* » ainsi que avec l'article 6 du décret qui exige que « *tout acte doit énoncer le nom et le lieu d'établissement du notaire qui le reçoit, les nom et domicile des témoins, le lieu où l'acte est passé, la date à laquelle est apposée chaque signature* ». La date de l'apposition de la signature des parties peut être différée, raison de plus pour donner à la signature du notaire une date certaine. Par ailleurs, il ne faut pas ignorer que la signature électronique du notaire doit consister, selon l'alinéa 2 de l'article 1316-4 du Code civil[814] en « *un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel on l'attache* ».

Certes, ce déroulement rapide et sécurisé de formation de l'acte authentique constitue une révolution en matière de conclusion des contrats électronique, mais comme l'énonce Monsieur Jérôme Huet, « *tant que l'acte authentique est signé par les parties dans l'étude du notaire, les ordinateurs ne jouent que le rôle de super machines à écrire. L'acte authentique électronique n'en deviendra vraiment un que lorsqu'il sera signé à distance* »[815].

2 - L'acte authentique électronique à distance

Dans la conception traditionnelle de l'authenticité, l'acte authentique (*notarié*) n'est un témoignage de la réalité de l'acte qu'autant que les parties ont comparu par-devant le notaire, comme il est écrit dans les formules en usage. La forme électronique de l'acte ne dispensera pas chaque partie de la nécessité d'exprimer son consentement devant le notaire.

La présence physique des parties explique d'ailleurs certaines obligations de l'officier public vis-à-vis des parties. Si le notaire recueille à distance le consentement des parties, comment il peut être certain de l'identité de son

[813] Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires.
[814] Nouvel art. 1367, C. civ.
[815] Au cours du colloque organisé par le Centre d'études juridiques et économiques du multimédia le 18 juin 2015 à l'université Panthéon-Assas- Paris II sous la présidence du professeur M. Jérôme Passa. La matinée a été ouverte par M. Pierre Leclercq (conseiller honoraire de la Cour de cassation) et par M. Jérôme Huet (professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, et modérateur de la matinée) ; V. C. LAVERDET, « *Compte-rendu du colloque « Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », *op. cit*.

interlocuteur ? L'identité numérique est plus exposée à la fraude que l'identité physique.

Comment le notaire peut vérifier que le contractant s'engage librement, qu'il n'est pas sous l'emprise d'un trouble mental ou qu'il n'est pas sous la pression de son entourage ? Si l'officier n'a rien constaté de *visu* parce que les contractants ne sont pas présents physiquement, la notion d'authenticité qui repose sur le témoignage de l'officier public, serait donc privée de sens.

Par ailleurs, la possibilité d'établir un acte authentique hors la présence physique de l'officier public vide l'acte de sa force probante et exécutoire, d'où la nécessité de savoir si l'écrit électronique du notaire pouvait rester authentique si l'acte était dressé et signé hors la présence physique du notaire auprès de son client.

La possibilité d'établir un acte authentique électronique à distance est envisagée dans l'article 20 du décret n° 2005-973 du 10 août 2005, relatif aux actes établis par les notaires. Ce texte précise que les parties à l'acte qui ne se trouvent pas en présence du notaire instrumentaire peuvent, néanmoins livrer leur consentement ou leur déclaration par devant un autre notaire qui participe à l'acte. C'est dire que si l'acte est conclu à distance, il suppose le concours de deux notaires, qui chacun situé au lieu où se trouve l'une des parties pour recueillir leur consentement respectif, comme l'ajoute l'alinéa 3 de l'article 20 « *chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa signature* ».

Ces dispositions affirment avec précision que l'authenticité de l'acte résulte de la présence physique du notaire, en exigeant pour l'établissement de l'acte authentique électronique à distance, la présence d'un notaire auprès de chaque partie. Le rôle du conseil et du témoin privilégié est ainsi préservé[816].

Dans cette perspective, un dialogue à distance sera engagé entre les parties et leur notaire respectif, le notaire instrumentaire et le notaire distant. Les deux notaires se connectent sur le réseau Real et ils travaillent simultanément sur l'acte

[816] J. FLOUR soulignait, dans ce sens, que la présence du notaire est incluse dans la notion même de l'authenticité « *elle en constitue un élément substantiel. Elle en est, à la lettre, indissociable »,* J. FLOUR*, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité* », Defrénois 1972, n° 5, p. 981.

dont le texte s'affiche à l'identique sur leur ordinateur. L'accord, une fois qu'il est réalisé sur le contenu de l'acte, les parties y apposent leur signature, chacune en présence de son notaire qui constate son consentement à l'acte. Puis chacun des notaires y appose sa signature. La signature du notaire instrumentaire est requise en dernier puisqu'elle rend l'acte authentique parfait aux termes de l'article 20 du décret du 10 août 2005 qui dispose que « *l'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée* ».

Cela dit, une question peut être posée de savoir contre lequel des notaires une action en inscription du faux pourra être engagée pour contredire la véracité de l'acte ? Visiblement, tout dépend de la nature du faux allégué, mais il reste à admettre que l'ensemble des notaires ayant concouru à l'acte authentique sera, recherché, jusqu'à que le juge révèle, à partir des éléments de preuve présentés, l'auteur d'une éventuelle infraction.

La révolution numérique ne s'arrête pas à ce niveau, le notariat commence à développer la visioconférence afin de faciliter les échanges à distance. On se demande si l'acte authentique à distance pourrait être établi entre des personnes éloignées de centaines de kilomètres, chacune dans un pays ou continent différent.

Après ces dispositions sur l'acte authentique électronique, on relèvera quelques éléments relatifs à la conservation de l'acte.

3 - La conservation de l'acte

La conservation des actes authentiques établis sous forme électronique est la pièce maitresse du dispositif. Conformément à l'article 28 du décret, l'acte « *est enregistré pour sa conservation dans un minutier central dès son établissement par le notaire instrumentaire. Ce dernier, ou le notaire qui le détient, en conserve l'accès exclusif* ».

C'est donc une fois toutes les signatures récoltées (celles des parties et du/des notaires), l'acte est ensuite automatiquement envoyé, *via* le réseau Réal, vers l'archive privée de l'office notarial situé dans le Minutier Central Electronique (Micen), lequel est ainsi capable d'archiver ou stocker des milliers d'actes sur support électronique quotidiennement pendant au moins 75 ans. Le notaire est le

seul à bénéficier d'un accès exclusif à ses actes[817]. Une fois que l'acte authentique a bien été reçu par le Micen, le notaire reçoit quelques secondes après un accusé de réception faisant office de preuve de dépôt. Pour les transferts de propriété, les copies dématérialisées sont transmises aux services de publicité foncière par le système Télé@actes[818]. Quant au client, une copie de l'acte de vente électronique lui être transmise et, s'il le souhaite, il peut obtenir une version dématérialisée qu'il pourra conserver sur son ordinateur.

Il était nécessaire que la conservation de l'acte authentique électronique soit collective parce que les coûts de mise en œuvre, de maintenance et les risques sont imprévisibles et de ce fait ne peuvent être supportés que collectivement, d'autant plus que « *l'enregistrement d'un document ou d'une information dans un espace électronique institutionnel constitue, en soi, une reconnaissance de sa valeur administrative, puisqu'en l'absence d'une telle valeur on ne prendrait pas la peine de réaliser les opérations nécessaires à son enregistrement, si peu onéreuses ou si automatiques soient elles* »[819].

La conservation électronique des actes authentiques suscite, toutefois, une réflexion sur les difficultés qui peuvent surgir après l'archivage de l'acte.

L'article 28 du décret n° 2005-973 du 10 août 2005 exige que « *l'ensemble des informations concernant l'acte dès son établissement, telles que les données permettant de l'identifier, de déterminer ses propriétés et d'en assurer la traçabilité, doit être également conservé* ».

Or, le choix du format d'archivage est inéluctablement lié au logiciel et au matériel informatique qui permettent son interprétation en langage normal. Ce choix d'un format n'est, cependant, pas évident quand on connaît l'obsolescence rapide et certaine des logiciels et matériels.

---

[817] L. DARGENT, « *Acte authentique électronique* », *op.cit*.

[818] Présentation Mme Nathalie COUZIGOU-SUHAS (notaire et codirectrice de cession de formation à l'ENM), citée dans le Compte-rendu du colloque « *Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », C. LAVERDET, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2015, 07/2015, nº 117.

[819] Rapport du groupe de travail sur l'infrastructure juridique du document avec signature numérique, sur le thème « *la protection du document électronique : aspects techniques et juridiques* », Collection en ingénierie documentaire : 5, Mai 1999, réalisé dans le cadre du Chantier en ingénierie documentaire Coordonné par : Richard Parent et Nicole Boulet, Consultable sur : http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs39837

L'évolution technologique des standards de lecture des supports électroniques peut relever donc la question de la pérennité de la conservation des actes authentiques électroniques et de la capacité de lecture des données indépendamment de leur format d'origine. Il faut veiller à ce que le format de conservation qui est lié à des logiciels, voués à des obsolescences certaines, soit intacte.

Le Forum des droits sur l'internet et la Mission Economie Numérique recommandent que la notion d'intégrité du document de l'article 1316-1 du Code civil soit assurée par le respect de trois critères : lisibilité du document, stabilité du contenu informationnel et traçabilité des opérations sur le document[820].

Il convient d'établir un format pérenne de conservation des données qui ne nécessite aucun logiciel de traitement. La technique doit intervenir pour assurer cette pérennité et intégrité à l'acte électronique.

On déduit de la portée générale des textes que l'écrit qu'il soit requis *ad probationem* ou *ad validitatem,* est constitué par un corps de textes accompagné d'une signature électronique, ce qui suscite de demander si le régime de la preuve de l'acte juridique est dissociable de la signature électronique ? Quel est l'apport de la signature électronique dans le renforcement des engagements des parties ?

Conclusion de la Section I

Le législateur a prouvé sa bonne volonté d'adapter les règles de preuve au contexte virtuel. La force probante de l'écrit électronique est reconnu en adoptant une démarche d'adaptation des règles classiques pour pouvoir recueillir la forme électronique comme preuve des engagements. Ces règles ont instauré une équivalence fonctionnelle avec l'écrit sur support papier, tout en mettant en place des exigences de fiabilité technique et d'identification afin d'assurer une efficacité de la preuve électronique, mais surtout dans le but d'assurer la sécurité juridique des moyens de preuve admissible. Le chemin est encore long, et cette sécurité

[820] La conservation électronique des documents, Forum des droits sur l'internet, 1er décembre 2005, http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-archivage-20051201.pdf

juridique fort souhaitée dans un monde marqué par l'immatérialité, doit tenir compte du niveau de sécurité technique pour apprécier la valeur de la preuve électronique.

Il appartient au juge d'examiner souverainement la valeur probante des pièces à lui soumises et de s'appuyer, pour forger sa conviction, sur les prescriptions légales et les particularités techniques de chaque preuve obtenue au moyen des nouvelles technologies.

Section II - La signature électronique

Dans le monde actuel, les transactions par voie électronique sont de plus en plus fréquentes. Une variété des contrats se conclut sur Internet et par voie électronique dans le *cyberespace* ou selon des procédés électroniques préétablis. L'adaptation du droit aux nouvelles technologies ne fera que favoriser le développement du commerce par voie électronique et vise la protection des utilisateurs. La reconnaissance de la valeur juridique de l'écrit électronique et son équivalence avec l'écrit papier constitue l'un des moyens de sécurisation, de preuve afin de pouvoir contracter sereinement dans le monde virtuel.

Or, la difficulté sera toujours de pouvoir instaurer de la confiance entre les différents acteurs en relation. Les technologies numériques doivent servir, non seulement à faciliter les échanges numériques, mais aussi à mettre en place des techniques permettant d'assurer que celui avec qui on traite, est bien celui qu'il prétend être.

Dans un monde numérique, rien n'est plus facile que de modifier un contenu électronique sans même laisser de trace et sans connaître l'auteur des modifications. Cela vaut bien pour la signature électronique dont le rôle principal est de marquer un engagement ne pouvant être contesté par la suite[821]. Il vaut aussi pour le contenu du document dont il faut garantir l'intégrité[822].

La reconnaissance légale de la signature électronique permet de recevoir celle-ci au même titre que la signature manuscrite. Il reste, néanmoins, à mesurer la portée de cette reconnaissance (Sous-section I).

[821] Principe de non répudiation.
[822] Absence d'altération.

Les technologies de la signature aussi bien que les normes juridiques ont fait florès. Elle s'est déclinée en plusieurs variantes et niveau de sécurité. Son équivalence avec la signature manuscrite est, donc, soumise aux conditions de fiabilité requises pour la sécurité des échanges en ligne (Sous-section II).

Sous-section I - Reconnaissance juridique de la signature électronique

Née aux Etats-Unis, la signature électronique a essaimé dans tous les pays du monde, imposant ainsi sa reconnaissance dans les systèmes juridiques actuellement en vigueur.

Plusieurs organismes internationaux ont travaillé sur différents principes qui allaient permettre aux utilisateurs des technologies modernes d'apposer, de manière électronique, leur signature (I). La signature électronique est très largement reconnue et utilisée dans les pays Nord-américains tels que les Etats-Unis, le Canada et dans les pays de droit continental comme la France, l'Allemagne et l'Italie (II).

I - Naissance d'une législation internationale

La signature électronique a été développée, à l'origine, par les techniciens pour satisfaire leurs besoins de sécurité. Ayant connue une ampleur internationale par la suite, elle est décrite sous le nom de signature numérique (*ou « digital signature » en anglais*)[823].

Pour définir les contours juridiques de la signature électronique, il a fallu adopter une approche technico-juridique pour élaborer un régime légal de celle-ci.

Il s'agit, d'abord, de poser plusieurs définitions dans un domaine où la complexité est de mise et où la dimension technique a fortement influencé les pratiques au niveau mondial.

L'appropriation de la signature électronique par le droit international et par le droit européen (A) puis par les droits nationaux (B) a été clairement menée à chaque niveau de législation.

[823] T. PIETTE-COUDOL, « *Le bilan de dix ans de signature électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel- 2010, 66 supplément, p. 2.

A - La signature électronique au regard de la loi type de la CNUDCI

L'impulsion de la législation Internationale trouve son origine dans l'adoption de la loi type sur les signatures électroniques, le 5 juillet 2001[824]. Parmi les dispositions les plus importantes, on relèvera les critères de fiabilité technique pour l'équivalence entre signature électronique et signature manuscrite ainsi que des règles fondamentales de conduite. La loi type reconnaît l'équivalence de tous types de signature à la condition que les exigences techniques pour reconnaître l'opposabilité de ces signatures soient proportionnées à la nature de l'engagement.

Précisément, l'article 6, paragraphe 1, indique que « *lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière* ».

La Commission des Nation unies a conféré à la signature une portée plus large et plus souple. Selon l'article 2 de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électronique « *a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue* ». En raison du sens donné à la signature dans chaque pays du monde, la définition CNUDCI ne parle que d' « *information qui y est contenue* » et non pas de consentement.

Cependant, cette souplesse de la loi internationale ne doit pas être encensée, car le paragraphe 3 de l'article 6 énonce une série de conditions qui permettent de considérer comme fiable une signature électronique, ce qui revient à poser une présomption de fiabilité[825].

---

[824] Texte adopté lors de la Trente-quatrième session de la CNUDCI. Vienne. 25 juin- 13 juillet 2001. La loi CNUDCI et le guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ont été publiés sous la référence A/CN.9/493.

[825] Le Lamy logistique (mise à jour 04/2005), *Etude 535 : Transaction en ligne, 535-74- Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*.

Pourtant, la nature de la signature semblait purgée depuis la publication du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques qui précise dans son paragraphe 93 qu' « *une distinction devrait être établie entre la notion juridique de "signature" et la notion technique de "signature électronique", terme technique visant des pratiques qui ne supposent pas nécessairement la production de signatures ayant une valeur juridique. […] il fallait appeler l'attention des utilisateurs sur le risque de confusion qui pourrait résulter de l'utilisation du même outil technique pour la production d'une signature ayant une valeur juridique et pour d'autres fonctions d'authentification et d'identification* ».

L'article 12 de la loi type pose un principe d'une portée importante, celui de la reconnaissance des signatures et des certificats électroniques étrangers qui ne tiennent pas compte du lieu d'émission. Le texte interdit toute discrimination géographique à cet égard en prédisant que pour déterminer les effets juridiques de la signature électronique, « *il n'est pas tenu compte* » du lieu où elle a été créée, ni du lieu dans lequel le signataire a son établissement. La signature électronique et le certificat crées et utilisés en dehors d'un pays particulier devraient avoir les mêmes effets juridiques que ceux émis dans ce pays, à condition, qu'ils offrent « *un niveau de fiabilité substantiellement équivalent* » selon les normes internationales. Les parties peuvent s'entendre sur un niveau de fiabilité sans tenir compte des dispositions prévues à condition, toutefois, de le faire conformément à la loi applicable.

Retenons, enfin, que les textes de la loi type de la CNUDCI ne sont pas contraignants pour les Etats, car il s'agit simplement d'une source appréciable d'inspiration pour les législations nationales, sans négliger, toutefois, que ces dispositions constituent un cadre international acceptable qui permet de créer une certaine harmonisation entre les Etats et influencent positivement les législateurs.

Certains auteurs confirment, dans ce cadre, que « *la loi type a le mérite de plaider pour l'adoption d'une approche fonctionnelle, condition indispensable (mais toutefois insuffisante) au développement des transactions électroniques et d'inciter les Etats à réfléchir à la question* » [826].

[826] D. GOBERT, E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 41, p. 80.

B - Perspectives en droit européen

La signature électronique a été introduite dans l'Union européenne par la Directive du 13 décembre 1999 que chaque Etat membre fut contraint de transposer dans sa législation interne.

L'Union européenne se saisit du chantier dès 1997[827]. Le 13 mai 1998, elle présenta une proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur un cadre commun pour les signatures électronique[828]. Le but poursuivi était d'encourager le commerce électronique et d'éviter les distorsions de concurrence entre Etats membres, résultant de réglementations disparates[829]. Une nouvelle version fut présentée au Conseil des ministres européens et fit l'objet d'une position commune le 28 juin 1999.

La Commission parlementaire avait souhaité ajouter un point sur l'acceptation du contenu des données par le signataire[830]. Toutefois, la mention relative à l'acceptation a disparu de la version définitive de la Directive, de sorte que la version actuelle de la signature avancée ne donne aucune garantie en matière de consentement sur le contenu.

La Directive n° 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques[831] fixe son périmètre dans l'article 1 à travers la reconnaissance juridique de la signature électronique comme moyen de preuve, sans empiétement sur le formalisme juridique interne des Etats membres.

L'objet de la directive est double : fournir un cadre pour la réglementation de la signature électronique et définir les principes directeurs relatifs à l'activité de prestation de services de certification.

Tout comme la loi type de la CNUDCI, la Directive se fonde sur l'approche fonctionnelle pour encadrer la signature. Cette démarche consiste à définir les fonctions de la signature dans l'environnement papier afin de les transposer

---

[827] Dans un document de référence COM (97) 503.
[828] Proposition de Directive du parlement européen et du Conseil sur le cadre commun pour les signatures électroniques, COM (98) 297 final.
[829] D. MOUGENOT, « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., Larcier, 24 oct. 2002, p. 180.
[830] Doc. 98/091COD, 29 avr. 1999.
[831] *JO n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020.*

dans l'environnement électronique[832]. La Directive poursuit par ailleurs un objectif de neutralité technologique et crée un statut de faveur pour les techniques offrant une garantie de sécurité. Elle organise un régime de base applicable à toutes les signatures électroniques sans distinction quant au type de procédé utilisé. Quant au service de certification, la Directive ne soumet les activités de certification à aucune autorisation préalable[833]. Seules les signatures électroniques dans le secteur public peuvent être soumises à des exigences supplémentaires pour autant qu'elles soient « *objectives, transparentes, proportionnées et non discriminatoires et ne s'appliquer qu'aux caractéristiques spécifiques de l'application concernée. Ces exigences ne doivent pas constituer un obstacle aux services transfrontaliers pour les citoyens* »[834].

Plusieurs annexes à la Directive renferment des dispositions juridico-techniques difficiles à concilier. Selon le système, du point de vue technique, les composants de la signature électronique peuvent être paramétrés de différentes manières. Du point de vue juridique, au contraire, le droit liste les paramètres techniques acceptables qui constituent autant de contraintes. Le respect de ces paramètres pourra être constaté par un auditeur spécialisé et permettra l'obtention d'un agrément administratif afin de bénéficier de la plénitude des effets juridiques[835].

La portée de la directive est limitée puisqu'elle n'interfère pas avec le droit des contrats[836]. Le principe est rappelé dans la directive sur le commerce

---

[832] V. considérant 20 de la Directive. Au sujet des signatures électroniques avancées : « *les signatures électroniques avancées basées sur des certificats qualifiés visent à procurer un plus haut degré de sécurité; les signatures électroniques avancées qui sont basées sur des certificats qualifiés et qui sont créées par un dispositif sécurisé de création de signature ne peuvent être considérées comme étant équivalentes, sur un plan juridique, à des signatures manuscrites que si les exigences applicables aux signatures manuscrites ont été respectées* ». Il convient à nuancer que la Directive ne respecte pas parfaitement ce principe d'équivalence fonctionnelle dans la mesure où toutes les exigences de la signature manuscrite ne sont pas reprises de manière explicite.

[833] V. Article 3, paragraphe 1 de la Directive. Le considérant 10 précise qu' « *afin de favoriser la fourniture à l'échelle communautaire de services de certification sur des réseaux ouverts, il y a lieu que les prestataires de service de certification soient libres d'offrir leurs services sans autorisation préalable; on entend par «autorisation préalable» non seulement toute autorisation à obtenir par le prestataire de service de certification au moyen d'une décision des autorités nationales avant d'être autorisé à fournir ses services de certification, mais aussi toute autre mesure ayant le même effet* ».

[834] V. Art. 3, parag. 7 Direc.

[835] Les annexes concernées sont les suivantes : annexe I Exigences concernant les certificats qualifiés ; annexe II Exigences concernant les prestataires de services de certification délivrant des certificats qualifiés ; annexe III Exigences pour les dispositifs sécurisés de création de signature électronique.

[836] T. PIETTE-COUDOL , « *Le bilan de dix ans de signature électronique* », Revue Lamy Droit de

électronique du 8 juin 2000 qui énonce que le commerce est l'affaire des Etats et, dans les Etats, l'affaire des particuliers, « *commerce électronique* » inclus. Aussi, la signature ne constitue pas un point de passage obligé pour les contrats qui seraient formés et exécutés électroniquement[837].

La première faiblesse de la directive est celle se rapportant aux définitions retenues. Il y avait certes un effort de définir les grands types de signatures électroniques utilisables ainsi qu'une partie des modèles techniques sur lesquels elles reposent, mais au fil du temps, on a constaté les limites de l'exercice. Ces définitions ont, peut-être, manqué de lisibilité et de précision[838]. La seconde faiblesse peut être trouvée dans la solution retenue pour garantir la libre concurrence entre les entreprises de services de signatures électroniques avec le contrôle national de chaque Etat membre destiné à assurer la fiabilité des produits mis sur le marché. Ce possible contrôle par les Etats membres a conduit à « *l'éclosion de divergences nationales compliquant l'utilisation transfrontière de ces nouvelles signatures* »[839].

La Directive n° 1999/93 est restée en application pendant une quinzaine d'années avec des conséquences discutables. La Commission avait dressé le bilan, dix ans après l'application de la directive, pour savoir si l'objectif initialement poursuivi a été atteint. Elle aboutit à un diagnostic de fragmentation du marché de la signature électronique se traduisant par un manque de confiance chez les utilisateurs des Etats membres[840].

L'Europe a, en conséquence, franchi une nouvelle étape dans la consolidation d'une signature électronique étendue à des services de confiance

---

l'Immatériel- 2010 66 supplément, p. 4

[837] Le considérant 17 indique dans ce sens que « *la présente directive ne vise pas à harmoniser les règles nationales concernant le droit des contrats, en particulier la formation et l'exécution des contrats, ou d'autres formalités de nature non contractuelle concernant les signatures; pour cette raison, il est nécessaire que les dispositions concernant les effets juridiques des signatures électroniques ne portent pas atteinte aux obligations d'ordre formel instituées par le droit national pour la conclusion de contrats ni aux règles déterminant le lieu où un contrat est conclu* ».

[838] V. Ch. HUGON, « *La directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009 52 Supplément.

[839] Ch. HUGON, « *La directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », *Ibid*.

[840] É-A. CAPRIOLI, « *La régulation du marché européen de la confiance : enjeux et perspectives du règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance* », Comm. com. Elec. 2013, n° 2 ; T. PIETTE-COUDOL, « *Règlement européen n° 910/2014 : le renouveau de la signature électronique et la consécration du cachet électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2015, supplément 112, p. 1.

connexes par l'adoption d'un texte de portée supérieure, le Règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur « *l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive n° 1999/93* ». Ce Règlement a été publié au Journal officiel de l'Union Européenne du 28 août 2014 et est entré en vigueur vingtième jour suivant cette publication. En application de l'article 50 du règlement, la Directive n° 1999/93/CE a été abrogée au 1er juillet 2016.

A la différence d'une Directive, un Règlement s'applique directement dans le droit interne des Etats membres sans transposition. L'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « *pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre* ». La Cour de justice de l'Union Européenne a, en outre, précisé que le Règlement « *produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger* »[841].

En vue de permettre à la commission de laisser le temps aux Etats membres pour se préparer et/ou adapter leurs systèmes aux dispositions du nouveau Règlement, l'article 52 opère une distinction entre l'entrée en vigueur du Règlement et l'entrée en vigueur de ses dispositions[842]. Certaines de ses dispositions s'appliquent immédiatement et pour d'autres, du fait de la nécessité de s'harmoniser ou de se coordonner avec certains instruments internationaux, en particulier, les normes techniques, se traduit par des dates de mise en application variées[843].

---

[841] CJUE du 14 décembre 1971, *Politi s.a.s. contre ministère des finances de la République italienne*, Aff. n° 43-71.

[842] En principe, le Règlement est applicable à partie du 1er juillet 2016, à l'exception d'un certain nombre de dispositions par le second paragraphe de l'article 52, lesquelles entrent en application soit avant, soit après le 1er juillet 2016. V. pour plus de détails, D. GOBERT, « *Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie* », juin 2015, p. 46, dossier publié sur le site www.caprioli-avocats.com.

[843] T. PIETTE-COUDOL, « *Intégration du règlement européen n° 910/2014 dans le droit interne : chantier ou chaos ?* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2015, supplément 113.

On peut raisonnablement extraire de l'exposé des motifs et de l'ensemble des considérants de la proposition de Règlement déposée par la Commission en juin 2012 trois objectifs principaux : lever les obstacles au fonctionnement du marché intérieur, susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques, notamment transnationales, et renforcer la sécurité juridique lors de l'utilisation de moyen d'identification électronique et de services de confiance, qualifiés ou non[844].

II - Emergence dans les droits nationaux

La signature électronique occupe une place importante dans les pays de Nord-américains (A), comme dans les pays du droit continental (B).

A - Perspective dans les pays de Nord-américains

Comme souvent, la signature électronique est une œuvre américaine. Les juristes de *l'American Bar Association* aux Etats-Unis ont été les premiers à se lancer dans l'aventure à travers un document intitulé « *Lignes directrices pour la signature digitale* »[845]. La signature électronique a connu par la suite une certaine émergence dans plusieurs Etats des Etats-Unis (1) pour s'étendre également au Canada (2).

1 - Etats-Unis

L'Utah est le premier Etat des Etats-Unis à s'être doté d'une législation sur la signature électronique, intitulée « *Etah Digital Signature Act* » des 27 février et 1er mai 1995[846]. Ce texte reconnaît la signature électronique et prévoit qu'un document signé électroniquement est tout aussi valide qu'un document réalisé à l'aide d'un support papier. La loi de l'Utah a clairement fait un choix technologique puisqu'elle règlemente uniquement la signature numérique articulée sur la cryptographie asymétrique. La notion de signature électronique y est définie comme suit « *"Digital signature" means a transformation of a message using an asymetric cryptosystem such that a person having the initial message and the signer's public key can*

[844] D. GOBERT, « *Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie* », février 2015, dossier publié sur le site www.droit-technologie.org.
[845] Voir le Rapport Digital Signature Guidelines qui incorpore également l'United State Model Digital Signature law. Les Guidlines sont disponible sur le site : www.abanet.org/scitechhttp://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsg-tutorial.html
[846] D. MOUGENOT, « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., Larcier, 24 oct. 2002, p. 184

accuretly determine : (a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer's public key ; and (b) whether the message has been altered since the transformation was made »[847].

Contrairement à la Directive européenne, cette approche n'est pas technologiquement neutre. Elle privilégie la cryptographie asymétrique comme mécanisme unique de signature électronique, à l'exclusion de tout autre mécanisme fondé sur l'utilisation de codes secrets ou de la biométrie[848].

a - Initiatives des états

En 1999, le *National Conference on Commissioners of Uniform State Law* ("NCCUSL") promulguait la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA) qui représente le premier effort national de création de règles uniformes visant à régir les transactions commerciales électroniques.

Cette loi ne s'applique qu'aux transactions que les parties ont convenu de conclure par voie électronique, et garantit que les transactions électroniques sont équivalentes aux transactions papier et sont tout aussi exécutoire en droit.

Selon l'UETA, le terme signature électronique désigne « *un son, un symbole ou un processus électronique lié à un enregistrement électronique ou logiquement associé à celui-ci et exécuté ou adopté par une personne dans l'intention de signer cet enregistrement* ». Si tous les éléments de la définition sont prouvés, il n'est plus besoin de prouver la fiabilité comme telle.

L'UETA supprime les exigences en matière de signature et de documents papier qui créent des obstacles aux transactions électroniques et elle fait en sorte que la force exécutoire des transactions ne soit pas invalidée du fait qu'ils sont sous forme électronique.

---

[847] Article 103, 10 de l'*Etah Digital Signature Act*. Trad. : « *"Signature numérique" signifie une transformation d'un message utilisant un système cryptographique asymétrique de sorte qu'une personne ayant le message initial et la clé publique du signataire puisse déterminer avec précision : (a) si la transformation a été créée en utilisant la clé privée correspondant à la clé publique du signataire ; et (b) si le message a été modifié depuis que la transformation a été faite* ».

[848] D. GOBERT, E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 41, p. 81.

La section 9 de l'UETA précise qu'une signature est attribuable à une personne s'il s'agit d'un acte de cette personne[849]. L'effet d'une signature électronique attribuée à une personne est déterminé à partir du contexte et des circonstances au moment de sa création, d'exécution ou d'adoption[850]. Elle protège également contre les erreurs en précisant les normes techniques à respecter pour assurer l'identification des parties.

L'UETA a été adopté par la plupart des états des Etats-Unis[851] à l'exception de quelques uns qui ont préféré promulguer leurs propres lois en matière de signature électronique comme l'Etat de New York et l'Etat de Washington[852]. L'Etat de New York a adopté la Loi sur les signatures électroniques et les documents (*The Electronic signatures and records Act- ESRA*) qui prévoit que les signatures électroniques ont la même valeur juridique que les signatures manuscrites. La section 304 de l'ESRA dispose qu' « *une signature électronique peut être utilisée par une personne au lieu d'une signature apposée à la main. L'utilisation d'une signature électronique doit avoir la même valeur et effet que l'utilisation d'une signature apposée à la main* »[853].

---

[849] La section 9 « *Attribution and effect of electronic record and electronic signature* » dispose dans son premier paragraphe que « *(a) An electronic record or electronic signature is attributable to a person if it was the act of the person. The act of the person may be shown in any manner, including a showing of the efficacy of any security procedure applied to determine the person to which the electronic record or electronic signature was attributable* ».

[850] Le paragraphe b prècise que « *the effect of an electronic record or electronic signature attributed to a person under subsection (a) is determined from the context and surrounding circumstances at the time of its creation, execution, or adoption, including the parties' agreement, if any, and otherwise as provided by law* ».

[851] Selon le site officiel de l'Uniform Law Commission, l'UETA engage: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, U.S. Virgin Islands, Utah, Vermont, Virginia, West Virginia, Wisconsin, Wyoming. En ligne http://www.uniformlaws.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act

[852] V. A. DAVIES, « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », Les études générales de la Bibliothèque du Parlement n° PRB 00-12-F, révisé le 20 décembre 2008. En ligne : http://www.bdp.parl.gc.ca/content/lop/ResearchPublications/prb0012-f.htm#ftnbp

[853] Version anglaise de la section : « *an electronic signature may be used by a person in lieu of a signature affixed by hand. The use of an electronic signature shall have the same validity and effect as the use of a signature affixed by hand* ».

b - Initiatives fédérales

Motivé par l'activité du législateur étatique, le congrès a voté, à son tour, une loi fédérale afin d'harmoniser la reconnaissance des signatures électroniques à travers le pays.

Le 30 juin 2000, le gouvernement fédéral des Etats-Unis a adopté *l'Electronic signatures in Global and National commerce Act* (E-SIGN) qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2000.

Ce texte reconnaît la valeur juridique de la signature électronique au même titre que la signature manuscrite et dispose que « *(a) In General.--Notwithstanding any statute, regulation, or other rule of law (other than this title and title II), with respect to any transaction in or affecting interstate or foreign commerce--(1)a signature, contract, or other record relating to such transaction may not be denied legal effect, validity, or enforceability solely because it is in electronic form ; and (2) a contract relating to such transaction may not be denied legal effect, validity, or enforceability solely because an electronic signature or electronic record was used in its formation* »[854]. Cependant, certains actes juridiques en sont exclus notamment les actes de succession, les demandes d'expulsion du domicile, l'annulation ou la suspension de services publics tels que la distribution d'eau ou d'électricité.

La signature électronique est décrite par la loi américaine E-SIGN comme un « *son, un symbole ou un processus électronique, joint ou logiquement associé à un contrat ou à tout autre document et exécuté ou adopté par une personne dont l'intention est de signer le document* »[855]. C'est la même définition que nous trouvons dans *l'Uniform Electronic Transactions Act* (UETA). Elle ne privilégie aucun moyen technique et les parties aux contrats électroniques peuvent-elles choisir le système qu'elles souhaitent utiliser pour valider leurs accords en direct. En plus, l'E-SIGN précise que personne n'est tenu d'utiliser, ni d'accepter des signatures électroniques[856].

---

[854] SEC. 101. GENERAL RULE OF VALIDITY.

[855] Electronic Signatures In Global And National Commerce Act, SEC. 106. Definitions dispose que « *(5) Electronic signature. --The term "electronic signature" means an electronic sound, symbol, or process, attached to or logically associated with a contract or other record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record* ».

[856] Le parag. (b) « *Preservation of rights and obligations de l'E-SIGN* » précise que « *—This title does not—(2) require any person to agree to use or accept electronic records or electronic signatures, other than a*

Malgré ces objectifs, la portée de cette loi est limitée par la préférence accordée de part la loi fédérale à la loi étatique. Si un état vote l'UETA, c'est donc la loi étatique qui s'applique et non pas la loi fédérale[857]. Selon l'E-SIGN, le droit d'un Etat peut l'emporter sur la loi fédérale, seulement si cet état adopte la Uniform Electronic Transactions Act ou s'il promulgue une loi qui est conforme à la loi fédérale et qui ne privilégie aucune technique en particulier.

Bien que de nombreux Etats aient adopté des lois sur la signature électronique, le Congrès américain considère qu'une loi fédérale est nécessaire en raison du manque d'uniformité des lois des Etats sur la signature électronique[858]. On peut constater que certains Etats considèrent comme valide n'importe quel type de signature électronique alors que d'autres Etats exigent un dispositif de sécurité quelconque ou bien qui ne reconnaissent que les signatures numérisées.

En plus, le champ d'utilisation autorisé des signatures électroniques varie d'un Etat à un autre. Dans certains, la loi restreint l'utilisation des signatures électronique aux transactions avec les organismes gouvernementaux, alors que d'autres considèrent les signatures électroniques comme étant réservées à certains types de transactions commerciales[859].

Comme aux Etats-Unis, des lois sur la signature électronique existent également au Canada.

2 - Canada

Au Canada, la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada a élaboré en 1999 la Loi uniforme sur le commerce électronique (LUCE). Cette loi uniforme s'inspire de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et des principes sur lesquels elle repose[860] et elle a été proposé comme modèle sur lequel les

---

governmental agency with respect to a record other than a contract to which it is a party ». (SEC. 101. GENERAL RULE OF VALIDITY).

[857] V. P. BRUMFIELD FRY, « *A Preliminary Analysis of Federal and State Electronic Commerce Laws* », http://uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=UETA%20and%20Preemption%20Article

[858] A. DAVIES, « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », Les études générales de la Bibliothèque du Parlement n° PRB 00-12-F, révisé le 20 décembre 2008. En ligne : http://www.bdp.parl.gc.ca/content/lop/ResearchPublications/prb0012-f.htm#ftnbp

[859] A. DAVIES, « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », *Ibid.*

[860] Voir E. A. CAPRIOLI, « *La loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (Vienne 23 juin-13 juillet 2001) »,* Comm. Com. Elec. n° 12, Décembre 2001, chron. 27. V. aussi, « *Annuaire de la commission*

administrations provinciales et territoriales peuvent prendre appui pour élaborer une approche harmonisée du commerce électronique[861].

La Loi uniforme reconnaît les signatures électroniques. Au sens de la LUCE, la signature électronique constitue l'information créée et adoptée par une personne dans l'intention de signer un document et elle doit être associée à ce document[862]. L'article 10 de la loi dispose dans le premier paragraphe que « *l'exigence d'une règle de droit [d'une juridiction compétente] pour la signature d'une personne est satisfaite avec une signature électronique* ». Il précise dans le deuxième paragraphe que « *a) la fiabilité de la signature électronique doit être suffisante eu égard à l'objet d'identifier la personne, à la lumière de toutes les circonstances, y compris toute entente pertinente et le moment où la signature électronique a été créée* ». Ces critères de fiabilité sont comparables à ceux prévus par la *Uniform Electronic Transactions Act* aux Etats-Unis.

a - Initiatives fédérales

Le gouvernement fédéral canadien a, quant à lui, adopté la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LUCE). La loi traite la signature électronique[863] et la définit comme étant une « *signature constituée d'une ou de plusieurs lettres, ou d'un ou de plusieurs caractères, nombres ou autres symboles sous forme numérique incorporée, jointe ou associée à un document électronique* »[864].

La LUCE exige l'utilisation d'une « *signature électronique sécurisée* », c'est à dire d'une signature résultant « *de l'application de toute technologie ou de tout procédé prévu par règlement* »[865]. L'article 48 (2) de la Loi exige des critères pour adopter la technique ou le procédé de la signature électronique sécurisé :

- la signature électronique qui résulte de la technique ou du procédé est propre à la personne ;

---

des nations unies pour le droit commercial international 2002 ». Vol. XXXIII, United Nations Publications, 2 nov. 2007, p. 438

[861] A. DAVIES, « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », *Ibid*.

[862] Article 1 de la Loi uniforme sur le commerce électronique.

[863] Art. 43 LUCE.

[864] Art. 31 LUCE.

[865] *Ibid*.

- l'utilisation qui en résulte pour l'incorporation de la signature d'une personne au document électronique se fait sous la seule responsabilité de cette dernière ;
- la technique ou le procédé permet d'identifier la personne qui utilise la signature électronique ;
- et la possibilité de vérifier si le document électronique a été modifié depuis que la signature électronique a été incorporée, jointe ou associée au document.

Pour répondre à la définition de l'article 31 de la signature électronique sécurisée, le Règlement sur les signatures électroniques sécurisées[866], entré en vigueur en 2005, a précisé qu'il s'agit d'une signature numérique qui résulte de l'exécution des opérations consécutives.

b - Initiatives provinciales

La plupart des législations des provinces de Canada se limitent à définir de manière générale la signature électronique comme étant des données sous forme électronique qu'une personne crée ou adopte en vue de signer un document et qui sont jointes ou associées à celui-ci[867]. Elle peut donc se constituer d'une image numérisée d'une signature manuelle, d'une signature biométrique comme une emprunte de pouce enregistrée sur support électronique, d'une signature numérique formée à l'aide d'une infrastructure à clé publique et d'une autorité de certification ou de l'emprunte vocale d'une personne prononçant son propre nom. Seule l'Ontario exclut de ses lois les renseignements biométriques comme signature électronique qui, semble-il, peuvent être adoptés si une autre loi « *prévoit*

[866] Règlement sur les signatures électroniques sécurisées, C.P. 2005-57, 2005-02-01.
[867] La Loi de 2000 sur le commerce électronique de l'Ontario définit la « *Signature électronique* » comme tous « *renseignements électroniques qu'une personne crée ou adopte en vue de signer un document et qui sont dans le document ou qui y sont joints ou associés* », L.O. 2000, chap. 17, article 1. Même définition est prévue par La Loi de Manitoba sur le commerce et l'information électroniques qui définit dans la Partie I consacrée aux Dispositions Générales, la « *signature électronique* » comme étant une « *information électronique qu'une personne crée ou adopte en vue de la signature d'un document électronique et qui est comprise dans le document ou qui y est annexée ou associée* ». V. A. DAVIES, « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », Les études générales de la Bibliothèque du Parlement n° PRB 00-12-F, révisé le 20 décembre 2008.

cette utilisation de façon expresse ou que toutes les parties à une opération y consentent de façon expresse »[868].

Par contre, d'autres provinces et territoires ont prévu dans leurs lois l'option de sélectionner certains moyens techniques ou normes régissant ces moyens[869].

Au Québec, le cadre législatif est plus complet et les fonctions classiques de la signature, à savoir l'identification et le consentement, sont consacrées par la définition apportée par l'article 2827 du Code Civil du Québec pour lequel la signature électronique consiste dans « *l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement* ». Par cette définition de portée plus large, le Code civil du Québec permet l'utilisation de signatures électroniques[870].

Cet article du Code Civil est repris dans l'article 39 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (LCCJTI), adopté en 2001, lequel constitue une ouverture claire à la signature électronique par rapport à l'article 2827 qui considère la signature comme une marque sur un acte, plutôt qu'être associée à un acte, laissant croire que cela obligeait la signature sur un support papier.

Toutefois, si la législation et le Code civil du Québec permettent en principe les signatures électroniques, les dispositions à cet égard sont moins claires et demeurent plus souvent implicites qu'explicites que les autres provinces, pourtant les signatures électroniques sont largement utilisées au Québec[871].

Il convient de souligner que la province de l'Ontario reconnaît depuis le 1er juillet 2015 la signature électronique comme étant valable et légale en transactions immobilières. Désormais, les agents immobiliers et les courtiers de l'Ontario bénéficient des avantages de la signature électronique au même titre que leurs collègues du Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de l'Ile-du-Prince-Edouard et de Terre-Neuve-et-Labrador.

---

[868] La Loi de 2000 sur le commerce électronique de l'Ontario, L.O. 2000, chap. 17, article 29.

[869] A. DAVIES, « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », Les études générales de la Bibliothèque du Parlement n° PRB 00-12-F, révisé le 20 décembre 2008.

[870] On ne voit d'ailleurs pas pourquoi le législateur québécois se serait doté d'une définition de la notion de signature si ce n'est pour élargir celle-ci au-delà de sa forme traditionnelle. P. TRUDEL, G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, « *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec* », Publications de Québec, 1993, p. 33.

[871] D. FABIANO, « *Electronic Signature & Electronic Delivery of Insurance Documentation – Advisory Report* », Fasken Martineau DuMoulin LLP, November 2013.

Notons, enfin, qu'aucune mesure législative provinciale n'oblige quiconque à fournir, à utiliser ou même à conserver des documents sous forme électronique.

B - Perspective dans les pays de droit continental

Dans les pays de droit continental, la signature électronique a connu une ampleur importante et une présence remarquable dans les textes juridiques adoptés.

Il convient de se pencher sur les premières initiatives des pays européens (1) avant d'aborder l'approche française de la signature électronique (2).

1 - Le point de départ dans les pays européens

En Europe, les premières législations relatives à la signature électronique ont été adoptées en Allemagne (a) et en Italie (b), bien avant la directive européenne. Ils verront également leurs législations modifiées par l'entrée en vigueur du Règlement du 23 juillet 2014 qui s'applique à compter au 1er juillet 2016.

L'approche de ces deux pays est technologique puisqu'ils ne traitent que du mécanisme de signature numérique et du régime juridique des autorités de certification qui interviennent dans le processus d'utilisation de ces signatures[872].

a - La législation allemande sur les signatures électroniques

Il s'agit de la loi du 13 juin 1997, entrée en vigueur le 1er août 1997 et accompagnée d'une ordonnance d'application du 1er novembre 1997. Ces textes ne visaient que la signature digitale au sens stricte du terme et ils ne disent rien sur la valeur juridique des documents signés de cette manière, ce qui laisse croire qu'il s'agit plutôt plus d'une norme technique que du fruit d'une véritable réflexion juridique[873]. Cette loi définit la signature dans son article 3, §2, (1) comme suit: « *digital signature shall mean a seal affixed to digital data which is generated by a private signature key and establishes the owner of the signature key and the integrity of the data with the help of an associated public key provided with a*

[872] D. GOBERT, E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 41, p. 82
[873] D. MOUGENOT, « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., Larcier, 24 oct. 2002, p. 184.

signature key certificate of a certification authority or the authority according to §3 of this Act ».

Il paraît, donc, évident que cette définition ne vise que le mécanisme de la signature digitale fondée sur la cryptographie asymétrique ou comme le précise certains auteurs[874] « *la loi allemande a donc fait un choix technologique, ce qui en soi n'est pas totalement critiquable car il faut bien reconnaître que ce mécanisme offre un niveau de sécurité élevé tout en ayant un coût limité. Il est par contre plus étonnant que la loi ne traite pas de la valeur juridique, notamment en droit de la preuve, à accorder à un document signé digitalement dans les conditions de cette loi* »[875].

Mais dés lors que cette loi, adoptée avant la directive signature électronique, n'est pas conforme à celle-ci, une nouvelle réglementation a vu le jour afin de tenir compte, non seulement de la directive européenne sur les signatures électroniques, mais aussi pour à la directive sur le commerce électronique[876]. Cette réglementation constitue la loi du 13 juillet 2001 (*Signaturgesetz – SigG*) et elle est complétée par un décret d'application du 16 novembre 2001. L'élément central de la nouvelle réglementation est la mise en place d'une nouvelle infrastructure sécurisée pour l'utilisation de signatures électroniques, qui doit permettre d'établir de manière fiable l'identité de l'émetteur ainsi que l'intégrité des données transmises par voie électronique et qui reçoivent le même statut légal que la signature manuscrite. Elle établit également un système d'accréditation libre et volontaire des prestataires de service de certification. Mais au même titre des incitations sont données aux prestataires de services de certification pour requérir une accréditation administrative.

L'une des nouveautés de cette loi par rapport à la Loi de 1997 est la recevabilité des dispositifs logiciels de création de signature[877], qui est déjà cités dans l'article 2, paragraphe 5 de la directive 1999/93/CE du parlement européen et

---

[874] D. GOBERT, E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », *op.cit.,* n° 41, p. 83

[875] Messieurs GOBERT et MONTERO confirment, toutefois, que les fonctions d'identification et d'intégrité ressortent de la définition de la signature digitale.

[876] KRÜGER, BÜTTER, « *Justitia goes online!* » - Elektronischer Rechtsverkehr im Zivilprozess, MDR 2003. 181, Réf. Cité par F. FERRAND, « *Preuve* », *op.cit.*

[877] Art. 2, parg. 10 de la SigG.

du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

Le législateur allemand reconnaît trois concepts de signatures électroniques : la signature électronique simple, la signature électronique avancée et la signature électronique qualifiée.

La signature électronique simple désigne les données sous forme électronique, accompagnant d'autres données électroniques ou qui leur sont logiquement associées et utilisées pour l'authentification[878]. Cette définition reprend presque littéralement la définition européenne de la signature électronique[879].

La loi allemande définit de façon spécifique la signature électronique avancée. Celle-ci doit remplir quatre conditions pour sa qualification : être exclusivement rattachée au détenteur de clé avec signature, permettre son identification, être composée avec des moyens que seul le détenteur a sous son contrôle exclusif et être reliée avec des données de telle façon qu'une modification postérieure puisse être détectable[880]. Quant à la signature électronique qualifiée, elle doit, en outre, reposer sur un certificat qualifié valable au moment de sa création et être créée en vertu d'un procédé sécurisé[881]. Le certificat, dans sa définition allemande, est une attestation électronique qui attribue une clé de vérification de signature à une personne et confirme l'identité de celle-ci[882].

---

[878] L'Article 2, parg. 1 de la SigG dispose que « *"elektronische Signaturen" Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die zur Authentifizierung dienen* ».

[879] Directive n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, article 2, alinéa 1 : « *" signature électronique ", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification* ».

[880] la version initiale du texte est énoncé comme suit « *" fortgeschrittene elektronische Signaturen " elektronische Signaturen nach Nummer 1, die a) ausschließlich dem Signaturschlüssel-Inhaber zugeordnet sind, b) die Identifizierung des Signaturschlüssel-Inhabers ermöglichen, c) mit Mitteln erzeugt werden, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, und d) mit den Daten, auf die sie sich beziehen, so verknüpft sind, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann* ». (Article 2, parg. 2 SigG).

[881] V. JALUZOT, « *Transposition de la directive "signature électronique" : comparaison franco-allemande* », D. 2004. 2868.

[882] L'article 2, parg. 6 de la SigG précise que « *" Zertifikate " elektronische Bescheinigungen, mit denen Signaturprüfschlüssel einer Person zugeordnet werden und die Identität dieser Person bestätigt wird* ».

b - Le droit Italien sur les signatures électroniques

La loi italienne n° 59 du 15 mars 1997 relative à la réforme de l'administration publique et à la simplification administrative « *dite loi Bassanini* », au contraire, édicte d'une manière générale la validité des documents et actes électroniques. Toutes fois, comme énoncent certains auteurs[883], cette solution était peu praticable compte tenu du développement insuffisant de l'informatique au moment de l'adoption du texte.

L'article 15 alinéa 2 de la loi affirme la valeur juridique des documents électroniques et énonce que « *les actes, données et documents constitués par l'administration publique et par les personnes de droit privé à partir d'outils informatiques ou télématiques, les contrats rédigés sous cette même forme, ainsi que leur enregistrement ou leur transmission informatique, sont valables et produisent tous les effets juridiques au regard de la loi* »[884].

Le principe général de l'article 15 a été mis en place par le Décret du Président de la république (DPR) n° 513 du 10 novembre 1997 « *Règlement sur les critères et les modalités de formation, conservation et transmission des documents avec les instruments télématiques, conformément à l'article 15, alinéa 2 de la Loi n°59 du 15 mars 1997* » qui a introduit la signature numérique dans le système juridique italien. Ce Décret a été abrogé par le DPR n° 445 du 28 décembre 2000 « *Dispositions législatives en matière de documentation administrative* »[885].

L'Italie a transposé la Directive européenne sur la signature électronique par le Décret-loi n°10 du 23 janvier 2002 « *Actualisation de la Directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », qui a reconnu la valeur juridique des signatures électroniques et numériques.

Le gouvernement italien a publié par la suite le DPR n° 137 du 7 avril 2003 « *Règlement de coordination en matière des signatures électroniques, en conformité à l'article 13 du Décret-Loi n° 10 du 23 janvier 2002* » afin de coordonner

---

[883] J. DUMORTIER, P. VAN EECKE, « *De Europese ontwerprichtlijn over de digitale handtekening : waarom is het misgelopen !* », Computerrecht, 1999, p. 7, cité par D. MOUGENOT, « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., Larcier, 24 oct. 2002, p. 185.

[884] F. FERRAND, « *Preuve* », *op.cit*.

[885] G. FINOCCHIARO, « *Procédure et immatériel* », Rapport sur la législation Italienne, Université de Bologne, Département des sciences juridiques, Ed. henricapitant.org. Accessible sur : http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/procedure_immateriel_2014/Italie_2.pdf

les dispositions de la législation italienne en matière de documents électroniques et signatures électroniques. Enfin, la législation italienne a été assemblée dans un seul texte qui est, aujourd'hui, le Code de l'administration digital « *Codice dell'amministrazione digital* »[886]. Les dispositions inscrites dans le Code de l'administration digital s'applique à tous les sujets juridiques et pas uniquement à l'administration publique[887].

L'Italie a adopté également un Décret du président du Conseil des ministres le 22 février 2013 « *Règles techniques pour la production, la vérification et l'apposition des signatures électroniques avancées, numériques et qualifiées, conformément aux articles 20, alinéa 3, 24, alinéa 4, 28, alinéa 3, 32, alinéa 3, b), 35, alinéa 2, 36, alinéa 2 et 71* ». Ce décret organise les règles pour l'utilisation des signatures électroniques et notamment il rend utilisable la signature électronique avancée[888].

La signature électronique a été divisée, depuis 1997, en quatre types de signatures associées aux différents moyens technologiques : la signature électronique simple, la signature électronique avancée, la signature électronique qualifiée et la signature numérique.

La définition de la signature électronique simple est introduite dans l'article 1, alinéa 1-q) du Code de l'administration digitale qui la désigne comme « *un ensemble des données en forme électronique jointes ou liées par association logique à d'autres données électroniques, utilisées comme méthode d'identification informatique* »[889]. On peut en constater que cette définition a un caractère technique et fait un choix technologique à l'instar de la loi allemande. Une telle définition de portée générale peut faire entrer de nombreux types de signature électronique en présence de différentes méthodes d'apposition de signature.

La signature électronique avancée est aussi définit par l'article 1, alinéa 1-q) bis du Code de l'administration digitale comme « *un ensemble des données en forme électronique jointes ou liées au document informatique, utilisées comme*

---

[886] Décret-Loi n° 82 du 7 mars 2005 (Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82).
[887] G. FINOCCHIARO, « *Procédure et immatériel* », *op.cit*.
[888] G. FINOCCHIARO, « *Procédure et immatériel* », *op.cit*.
[889] Dans sa version originale, cet article dispose que « *q) firma elettronica : l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica* ».

méthode d'identification informatique qui permettent d'identifier le signataire du document et qui garantissent une connexion unique avec lui »[890]. C'est un niveau de sécurité avancée que cette catégorie de signature doit garantir à son utilisateur. Cet article précise aussi que « *les données sont créées avec des moyens sur lesquels le signataire a un contrôle exclusif et sont liées aux données auxquelles la signature est référée d'une façon qui rend possible de détecter si les données ont été modifiées* »[891].

Quant à la signature électronique qualifiée, elle est définie par l'article 1, alinéa 1- r) du code de l'administration digitale comme « *un type particulier de signature avancée basée sur un certificat qualifié et réalisé à travers un dispositif avec des caractéristiques de sécurité pour la création de la signature* »[892]. La différence entre la signature électronique avancée repose donc sur l'association d'un certificat qualifié.

La signature numérique est enfin définie dans l'article 1, alinéa 1- s) du Code de l'administration digitale. Il s'agit d' « *un type de signature avancée qui est basée sur un certificat qualifié et sur un système de cryptographie à clés publiques et privées liées entre elles, qui permet au signataire à travers la clé privée et au destinataire à travers la clé publique d'expliciter et vérifier la prévenance et l'intégrité d'un document informatique ou d'un ensemble de documents informatiques* »[893]. Il apparaît que le législateur italien a opté pour une technologie spécifique qui est la cryptographie à clés asymétriques pour désigner la signature numérique, contrairement aux signatures simples et avancées qui sont définies comme signatures technologiquement neutres.

---

[890] L'article 1, alinéa 1 q-bis définit la signature électronique avancée dans sa version originale comme « *insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario* ».

[891] Les données sont : *« creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati* ».

[892] La version originale du texte se présente comme suit : « *firma elettronica qualificata : un particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma* ». Art. 1, 1-r) Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 Codice dell'amministrazione digitale.

[893] « *firma digitale: un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici* ». Art. 1, 1-s) Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82 Codice dell'amministrazione digitale.

Il y a lieu de souligner que tous types de signatures électroniques peuvent être authentifiés, selon l'article 25 du Code de l'administration digitale italien, par le notaire ou l'officier ministériel avec l'apposition de leur signature numérique. Les signatures électroniques avancées, qualifiées ou numériques doivent être apposée en présence du notaire qui vérifie leurs identités et éventuellement la validité du certificat qualifié[894].

La loi italienne s'est prononcée sur la force probante d'un document signé digitalement. Chaque signature électronique a une force probante, expressément établie par le Code de l'administration digitale, aux fins d'instaurer un système d'équivalence entre le document papier et le document électronique. Cette force probante d'une signature électronique simple est prévue par l'article 20, alinéa 1-bis du Code de l'administration digitale. En outre, l'alinéa 2 de l'article 21 établit la valeur juridique des documents électroniques avec signature électronique avancée, qualifiée et numérique et il les attribue la même force probante que l'acte sous seing privé visé à l'article 2702 du Code civil italien.

Le Code de l'administration digitale prévoit aussi que les actes visés aux numéros 1 à 12 de l'article 1350 du Code civil italien qui règlent les contrats relatifs aux biens immobiliers, doivent être signés, à peine de nullité, par signature électronique qualifiée ou numérique s'ils sont faits avec des documents électroniques. Au contraire, la signature électronique avancée n'est pas considérée suffisante pour les contrats sur les biens immobiliers[895].

---

[894] Dans sa version originale, l'article 25 dispose ce qui suit : « *1. Si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma elettronica o qualsiasi altro tipo di firma avanzata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato. 2. L'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità dell'eventuale certificato elettronico utilizzato e del fatto che il documento sottoscritto non è in contrasto con l'ordinamento giuridico. 3. L'apposizione della firma digitale da parte del pubblico ufficiale ha l'efficacia di cui all'articolo 24, comma 2. 4. Se al documento informatico autenticato deve essere allegato altro documento formato in originale su altro tipo di supporto, il pubblico ufficiale può allegare copia informatica autenticata dell'originale, secondo le disposizioni dell'articolo 23, comma 5* ».

[895] Voir article 21, alinéa 2-bis. « *Salvo quanto previsto dall'articolo 25, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale. Gli atti di cui all'articolo 1350, primo comma, n.13, del codice civile soddisfano comunque il requisito della forma scritta se sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale* ».

2 - L'approche française de la signature électronique

La loi française n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a élevé la signature électronique au rang de la signature manuscrite.

Les débats parlementaires du mois de février 2000 ont ensuite appuyé sur l'urgence de la rédaction du Décret d'application. Pourtant, il a fallu attendre une année supplémentaire pour que ce texte soit publié.

En effet, les rédacteurs du Décret d'application n° 2001-272 du 30 mars 2001 semblent avoir rencontré des difficultés pour mettre en œuvre les principes édictés par la loi[896], précisément les articles du Code civil 1316, 1316-1 à 1316-4 et modification des articles 1317 et 1326. La transposition de la directive européenne sur la signature électronique est essentiellement réalisée par ce Décret.

Toutefois, ce dispositif n'étant pas encore complet, d'autres textes ont été adoptés. Le Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information et un arrêté du 31 mai 2002 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation ont, donc, partiellement complété les premiers textes. Un autre arrêté du 28 février 2003 s'y est ajouté portant nomination au comité directeur de la certification en sécurité des technologies de l'information, organisme dont le sceau est nécessaire dans le processus de validation des systèmes utilisés afin de mettre en place un système sécurisé de signature électronique.

Le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, proposait, dans l'article 1316-4, alinéa 1er du Code civil[897], de procéder à la définition de la signature électronique dans le respect des recommandations de la CNUDCI[898]. Le texte final de l'article

---

[896] Th. ABALLEA, « *La signature électronique en France, état des lieux et perspectives* », D. 2001, p. 2835.
[897] Nouvel art. 1367 C. civ.
[898] Texte n° 488 (1998-1999) de Mme Elisabeth GUIGOU, Ministre de la justice, garde des Sceaux, déposé au Sénat le 1er septembre 1999. Il indiquait que « *cette définition, conforme à l'approche préconisée par la CNUDCI, fait clairement ressortir la double fonction de la signature, qu'elle soit manuscrite ou non : d'une part, elle renseigne sur l'identité de l'auteur de l'acte, d'autre part elle manifeste l'adhésion du signataire au contenu de l'acte* ».

1316-4, alinéa 1 du Code civil dispose que « *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte* »[899]. La signature a donc une fonction de déterminer l'identité de son auteur et d'attester du consentement des parties à un engagement[900]. C'est la théorie de l'équivalent fonctionnel qui trouve son application dans ce texte, en renvoyant explicitement aux deux fonctions essentielles et traditionnelles de la signature : l'identification de son auteur et la manifestation de son consentement.

La première définition de la signature électronique, fondée sur une approche fonctionnelle du dispositif, a été donnée dans l'alinéa 2 de l'article 1316-4 du Code civil[901] qui pose le principe fondateur de la reconnaissance de la signature électronique en droit français[902]« *lorsqu'elle est électronique, elle (la signature) consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Là aussi l'objectif essentiel de la signature est l'identification de son auteur. Ces dispositions transposent les articles 2 et 5 de la directive européenne du 13 décembre 1999 distinguant la signature simple de la signature avancée qui répond à certaines exigences afin que sa fiabilité puisse être garantie.

La définition de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques va dans le même sens dans la mesure où la signature est considérée comme des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou logiquement associées audit message et pouvant être utilisées pour « *identifier le signataire* » dans le cadre du message de données et « *indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue* »[903].

---

[899] A noter que le contenu de ce texte n'a pas été modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Le nouvel article 1367 du C. civ. contient les mêmes dispositions.
[900] E. A. CAPRIOLI, A. CANTERO, « *Aspects légaux et réglementaires de la signature électronique* », www.caprioli-avocats.com
[901] Al. 2 du nouvel art.1367 C. civ.
[902] T. ABALLEA, « *Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?* », *op., cit*.
[903] V. Art. 2, a de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

La signature électronique peut donc être considérée comme un moyen d'authentification permettant de vérifier l'identité du signataire et l'intégrité de l'acte, mais sans se limiter à ce seul aspect dans la mesure où la signature permet également de manifester la volonté de son auteur de consentir à un acte[904].

Le Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, une des étapes dans la transposition de la signature électronique, modifié par le Décret 2002-535 du 18 avril 2002, définit dans son article 1er un certain nombre de termes, parmi lesquels, se trouve la signature électronique et la signature électronique sécurisée.

Pour être sécurisée, l'article 1er, 2, du Décret précise que, la signature électronique devra satisfaire, outre les conditions prévues par l'article 1316-4, les exigences suivantes : « *être propre au signataire, être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif, garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable* ».

L'article 2 du Décret énonce que la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie par un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié. Dans l'article 6 du Décret, un certain nombre de conditions sont posées pour qu'un certificat soit qualifié.

Il convient de souligner que parmi les nombreux sujets traités par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, celui de la signature électronique qui prend en compte les avancées relatives à l'écrit électronique. La question abordée par cette loi sur la capacité de l'écrit électronique à se substituer à l'écrit papier pour la validité des actes permet de rebondir sur les questions propres à la signature électroniques qui sont celles de la mise en œuvre de la présomption de fiabilité du dispositif technique dont la portée montre qu'elle pourrait avoir un caractère technologiquement irréfragable[905].

---

[904] Ch. FERAL-SCHUL, « *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet* », Paris, Dalloz 6ème éd., 2010, n° 92.11.
[905] Th. ABALLEA, « *Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?* », *op.cit.*

Le Décret de 2001 énonce également à l'article 3 les conditions à remplir pour qu'un dispositif de création de signature électronique soit considéré comme sécurisé. Un dispositif qui doit être certifié conforme aux exigences réglementaires, soit par les services du premier ministre chargé de la sécurité des systèmes d'information, soit par un organisme désigné à cet effet par un Etat membre de l'Union européenne.

Il faut noter, enfin, que la loi 13 mars 2000 dépasse le champ d'application de la Directive en spécifiant que la signature électronique est susceptible de s'appliquer également aux actes authentiques.

Mais si la signature électronique est juridiquement reconnue, encore faut-il qu'elle remplisse certaines conditions de fiabilité.

Sous-section II - Conditions de fiabilité pour l'équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite

La signature électronique, comme nous l'avons pu constater, est définie tantôt par des moyens techniques, tantôt par référence à des critères d'attribut ou de fonction qu'expriment les expressions employées pour consentir à un acte ou exprimer un consentement.

Quoi qu'il en soit, la signature électronique est la transposition dans le monde numérique de la signature manuscrite. Elle a pour principales fonctions d'identifier le signataire, de garantir l'intégrité du contenu, son lien avec l'acte signé et sa pérennité dans le temps.

Dans le monde virtuel, comme dans le monde matériel, la signature des documents ne constitue pas un acte machinal. Néanmoins, certains engagements peuvent nécessiter la signature de l'acte, d'autres restent volontaires pour celui qui souhaite prouver qu'il est bien l'auteur de l'acte et qu'il est représentatif de sa volonté. Dans certains pays, le champ d'application des signatures électroniques est explicitement limité à certaines opérations et dans d'autres elles sont clairement exclues.

Considérons les définitions évoquées ci-dessus de la signature électronique et leurs conséquences, certains critères bien précis sont mis en place pour

considérer qu'une signature électronique est valide, d'autres sont définis pour déterminer le niveau de fiabilité de celle-ci. En ce qui concerne les fonctions de la signature électronique, les lois applicables sont articulées sur une diversité d'objectifs : il peut s'agir de vérifier une identité, d'authentifier le document et garantir son intégrité, d'indiquer le consentement, d'établir sa force probante, etc.

Les apports de la signature électronique par rapport à la signature manuscrite (I) ainsi que ses conditions de fiabilité varient en fonction de la nature même de ces signatures (II).

I - De la signature manuscrite à la signature électronique : quel apport ?

La signature électronique, s'elle est une signature qui fait penser à la signature manuscrite, comporte certaines différences qui la distingue (A) et elle est de formes variantes (B).

A - Deux actes ressemblants mais différents

La signature électronique est un cas particulier de la signature qui porte sur un document électronique. Comme l'indique Monsieur Mouton[906], la réalisation de la signature électronique nécessite quatre éléments « *dans un parallèle quasiment parfait avec la signature manuscrite* ». Le premier élément est un individu, le signataire, qui peut agir en son nom, comme au nom de celui qu'il représente. Le second élément est un document à signer qui peut être de natures divers (acte, lettre, engagement, etc) et de différentes formes. Le troisième élément est un instrument de signature qui pourrait être dans le cas de signature électronique (une carte à puce, une clé USB ou le magasin logiciel support du certificat) et dans le cas de signature manuscrite (Stylet, plume, stylo…) et enfin, un secret, que le signataire est le seul à connaître (comme un Code secret de déblocage de sa clé privée) et qui constitue dans le cas d'une signature manuscrite, un geste que seul le signataire sache le réaliser avec l'instrument d'écriture (la signature traditionnelle).

La signature est donc indissociablement liée au document sur lequel elle figure. Toutefois, en termes d'usage, deux différences fondamentales sont à

[906] D. MOUTON, « *Sécurité de la dématérialisation* », Eyroller 2012, p. 162.

constater[907]. Une signature manuscrite est facilement accessible et directement visible sur le document, sous forme d'un signe graphique, apporté par la main ou d'une griffe et souvent apposé à côté du nom du signataire. En revanche, pour la signature électronique, le procédé est différent. De par sa nature cryptographique, elle n'est pas directement visible et compréhensible par l'humain et nécessite une interface de visualisation et de vérification du document qui en affichera la provenance et la validité[908]. Elle se différencie de la signature manuscrite par le fait qu'elle correspond à un nombre ou une suite de nombres. Cette suite de nombre peut être externe au document ou bien incluse dans celui-ci comme le cas pour les documents au format PDF qui sont capable de contenir plusieurs signatures électroniques[909].

La signature électronique ne constitue donc pas une simple adjonction au document d'un autre fichier informatique contenant les données d'une signature, ce qui risque de dissocier la signature à son document.

Il faut donc que la signature électronique soit indissociablement liée au document à signer. De ce fait, l'adjonction à un document électronique de l'image de la signature manuscrite ne constitue pas une signature électronique fiable, il s'agit d'une simple signature manuscrite numérisée qui peut être jointe par toute personne détenant l'image du graphe du prétendu signataire[910].

Il faut, en effet, être « *moderne avec modération* », comme l'indique Monsieur Le Stanc[911], en commentant un arrêt de la Cour d'appel de Besançon. Dans cette affaire[912], une société, insatisfaite d'un jugement prud'homal, a interjeté appel par son avocat. Ce dernier avait déposé, sous son entête, au greffe de la juridiction, une déclaration à cet effet que le mandataire avait signée, en apposant sur l'acte sa signature électronique, laquelle, consistait en l'impression de sa signature manuelle scannée, qui, soutenait-il, était commandée par un code clavier

---

[907] D. MOUTON, « *Sécurité de la dématérialisation* », *Ibid,* p. 163
[908] *Ibid.*
[909] Livre blanc, « *Contractualisation en ligne : Réussir son projet de signature électronique* », Cryptolog International, www.cryptolog.com
[910] V. Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », Dalloz, 6ème éd., 2010/2011, n° 9.28, p. 355.
[911] Ch. LE STANC, « *De l'absence d'effets d'une signature scannée* », D. 2003, p. 2827.
[912] CA Besançon, ch. soc., 20 oct. 2000, D. 2001, IR p. 432 ; Com., com. élec., janv. 2001, Comm. n° 6, obs. J.-C. Galloux, cité par Ch. LE STANC, « *De l'absence d'effets d'une signature scannée* », *Ibid*.

auquel il était le seul à en avoir accès. La Cour d'appel a déclaré l'acte irrecevable en considérant que « *l'identification de la personne ayant eu recours à cette signature était incertaine* ».

La seconde différence entre les deux signatures consiste en la nécessité de vérifier la signature électronique. Dans la pratique courante, la signature manuscrite n'est vérifiée que rarement, dans certains cas tels que le retrait des sommes auprès de la banque ou pour certains actes sous seing privé où l'on exige la légalisation de signature des parties pour accomplir certaines formalités exigées par les législations en vigueur.

Le rôle de vérification de la signature manuscrite par rapport à la signature électronique est, donc, mineur. Cette vérification dans les rapports contractuels classiques ne se fait qu'à posteriori, en cas de contestation de la signature. Cela dû à la reconnaissance et la présence physique des parties, la présentation des pièces d'identité du signataire et même dans certains cas à la présence des témoins lors de la signature de l'acte[913].

Les signatures électroniques, par contre, sont vérifiées d'une façon systématique. Cette vérification repose principalement sur l'identité du signataire et le lien avec le document concerné par la signature électronique.

Par ailleurs, parmi les imperfections que nous pouvons reprocher à la signature manuscrite est la facilité avec laquelle il est possible d'imiter la signature d'autrui et notamment pour les actes ne nécessitant pas un contrôle de l'identité du signataire. Cette imperfection ne reste, néanmoins, pas propre uniquement à la signature manuscrite pour certains types des signatures électroniques.

B - Formes de la signature électronique

La signature électronique peut revêtir différentes formes et avoir plusieurs niveaux (2) et ses définitions prêtent à confusion et crées une panoplie de catégorie (1).

[913] V. D. GOBERT et E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », *op.cit.*

1 - Une panoplie de catégories

Les différentes définitions évoquées de la signature électronique génèrent de possibles confusions sur la terminologie de celle-ci et sur ses formes.

On ne peut que se sentir perdus dans le dédale des définitions données à la signature électronique et des variétés retenues au sein de l'Union européenne ou dans les lois nationales. Par exemple, au sein même de la communauté européenne, si le législateur allemand a décidé de reconnaître trois concept de signatures électroniques : la signature électronique simple, la signature électronique avancée et la signature électronique qualifiée, en restant ainsi fidèle à la classification apportée par la directive n° 1999/93/CE pour les signatures électroniques, le législateur français a opté pour une classification assez différente en introduisant « *la signature électronique présumée fiable* ». Aux Etats-Unis, la première appellation de la signature est apparue par la loi de l'Utah qui réglemente uniquement la signature numérique. Celle-ci est introduite aussi par la loi italienne, depuis 1997, avec trois autres types de signature électronique : simple, avancée et qualifiée. On peut constater en droit français l'existence de la signature numérique[914].

Pourtant, comme l'indique Mme de Lamberterie, « *tous ces textes posent les mêmes principes : la signature, quelle que soit sa forme, ou le procédé, est un écrit apposé sur un acte, qui permet à un lecteur d'identifier le signataire de cet acte et d'en inférer la manifestation de son consentement à cet acte* »[915].

Il a été souligné par le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique dans sa trente et unième session[916], qui avait été mené sur la base d'une note du secrétariat[917], que la définition de la notion de signature numérique devait être élargie pour contenir outre la cryptographie à clef publique, les autres types de signature électronique.

---

[914] V. le Décret n° 2010-671 du 18 juin 2010 relatif à la signature électronique et numérique en matière pénale et modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale.
[915] I. DE LAMBERTERIE, « *La valeur juridique de la signature, perspective de longue durée* », Hypothèses 2006/1 (9), p. 367.
[916] Voir A/CN.9/437- Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session, CNUDCI, Trentième session Vienne, 12-30 mai 1997 (New York, 18-28 février 1997).
[917] A/CN.9/WG.IV/WP.71.

La CNUDCI, en souhaitant élaborer une législation uniforme pour faciliter l'utilisation aussi bien de la signature numérique[918] que d'autres formes de signature électronique, a adopté une définition très large de la signature électronique[919]. C'est ainsi que l'article 2 de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques désigne par signature électronique « *des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue* ».

Il est important de rappeler que toutes les signatures électroniques peuvent être recevables devant les tribunaux et sont toutes reconnus par les législations citées précédemment. Leur distinction n'est effective que par rapport à leur degré de fiabilité.

Malgré tout, il faut dresser une typologie de signature électronique dont le seul critère est d'ordre juridique appuyant sur les textes en vigueur.

Plusieurs distinctions ont été opérées par différentes législations et normes en vigueur. Dans une initiative de couvrir tous types de signature électronique évoqués par les législations étudiées plus haut, nous établirons un classement à partir du Règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance, de la communication COM (2008) 798 final[920] et à partir des différentes définitions données par les pays de *common law*, comme par les pays du droit continental.

---

[918] S'appuyant sur la cryptologie à clef publique.

[919] Le Guide pour l'incorporation de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électronique a souligné que : « *le Groupe a examiné la question de savoir si ses travaux devaient porter uniquement sur les "signatures numériques" (c'est à dire les techniques faisant appel à la "cryptographie à clef publique", appelée aussi "cryptographie à double clef"), ou aussi sur d'autres formes de signatures électroniques. Il a été fait observer que des techniques ne faisant pas appel à la cryptographie à clef publique, généralement appelées "signatures électroniques", étaient aussi mises au point en vue de remplir les fonctions qui étaient habituellement celles des signatures manuscrites* ». Pour le Groupe du travail : « *les signatures numériques dans une infrastructure à clef publique offraient, certes, une très grande sécurité juridique, mais, a-t-il été fait observer, d'autres techniques pourraient se révéler être utiles aux fins d'identification et d'authentification dans toutes sortes de situations où un tel degré de sécurité juridique n'était pas nécessaire* ».

[920] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, sur « *Plan d'action en faveur de l'utilisation des signatures électroniques et de l'identification électronique pour faciliter la fourniture de services publics transfrontaliers dans le marché unique* », (COM (2008) 798 final du 28.11.2009).

2 - Différents niveaux de signature électronique

On peut en distinguer, d'une manière générale, quatre catégories de signature électronique applicable dans la sphère juridique : la signature numérique, la signature électronique simple, la signature électronique avancée et la signature électronique qualifiée.

Il convient d'aborder en premier lieu la signature numérique, sa notion et ses techniques (a) avant de se pencher sur la signature électronique et ses trois niveaux (b).

a - La signature numérique

La notion de la signature numérique est présente dans plusieurs systèmes juridiques. Cette signature repose sur la technique de la cryptographie, selon un procédé de création particulier.

Souvent confondu avec la notion de signature électronique, la signature numérique[921] est, tel qu'il ressort de la définition donnée par l'article R. 249-11 du Décret français n° 2010-671 du 18 juin 2010 relatif à la signature électronique et numérique en matière pénale et modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale une signature d'origine manuscrite « *conservée sous forme numérique après avoir été apposée sur un écran tactile, au moyen d'un appareil sécurisé garantissant l'intégrité de l'acte dès que la signature a été enregistré* ».

La notion de la signature numérique est différente dans la loi de l'Utah aux Etats-Unis, qui est, selon l'article 103, 10 « *a transformation of a message using an asymetric cryptosystem such that a person having the initial message and the signer's public key can accuretly determine : (a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer's public key ; and (b) whether the message has been altered since the transformation was made* ».

Quant à la loi Italienne, la signature numérique est définie à l'article 1, alinéa 1- s) du Code de l'administration digitale comme « *un type de signature avancée qui est basée sur un certificat qualifié et sur un système de cryptographie à clés publiques et privées liées entre elles, qui permet au signataire à travers la clé privée et au destinataire à travers la clé publique d'expliciter et vérifier la prévenance et*

[921] Appelée en anglais « *digital signature* ».

l'intégrité d'un document informatique ou d'un ensemble de documents informatiques ». Le législateur Italien a donc choisi d'adopter une technologie déterminée, celle de la cryptographie à clés asymétrique.

En effet, si le législateur américain et le législateur italien ont comme point commun, pour la désignation de la signature numérique, l'utilisation de la technologie de la cryptographie asymétrique, le législateur français crée un concept totalement différent fondé sur une signature manuscrite apposée sur un écran tactile.

Pour le législateur allemand, les textes semblent prévoir un modèle précis de la signature, celle fondée sur la cryptographie asymétrique. Ceci découle des termes employés tels que clé de signature, clé de vérification de signature, etc. propres à cette technique. Ce choix avait été fait depuis la loi allemande du 13 juin 1997[922]. Selon les auteurs allemands, la signature digitale ne doit pas être confondue avec la signature électronique, « *la signature digitale constitue un résumé codé des données signées ; l'auteur peut, avec son code secret, « signer » le document, et ce cryptogramme est annexé, en tant que signature digitale, à la déclaration de volonté qui apparaît, elle, en texte non crypté* »[923].

La norme Internationale ISO 7498-2 relative à l'architecture de sécurité pour les systèmes ouverts définit aussi la signature numérique comme des « *données ajoutées à une unité de données, ou transformation cryptographique d'une unité de données permettant à un destinataire de prouver la source et l'intégrité de cette unité en la protégeant contre la contrefaçon* ». Cette définition est très proche de celle de la signature électronique, mais loin de se conformer avec les définitions évoquées plus haut.

La CNUDCI a également donné une définition de la signature numérique dans le rapport du Groupe de travail de 1997 sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session. Selon elle, la signature numérique « *est une valeur numérique apposée à un message électronique et qui, grâce à une procédure mathématique bien connue associée à la clef cryptographique privée de*

---

[922] B. JALUZOT, « *Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande* », *op.cit*.
[923] V. F. FERRAND, « *Preuve* », *op.cit*.

l'expéditeur, permet de déterminer que cette valeur numérique a été créée à partir de la clef cryptographique privée de l'expéditeur. […] Les procédures mathématiques utilisées pour créer les signatures numériques […] sont basées sur le chiffrement de la clef publique. Appliquées à un message de données, ces procédures mathématiques opèrent une transformation du message de telle sorte qu'une personne disposant du message initial et de la clef publique de l'expéditeur peut déterminer avec exactitude : a) Si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à celle de l'expéditeur ; et b) Si le message initial a été altéré une fois la transformation opérée » [924].

Cette signature numérique repose sur la cryptographie. Ce terme, du grec *kruptos*, est la science des écritures secrètes. La cryptographie utilise des données spécifiques appelées des clés et qui sont des suites de caractères traités au niveau le plus élémentaires qui est le bit. Ces clés sont utilisées dans les algorithmes portant sur des données externes comme le texte d'un message électronique[925].

La cryptographie est définie comme « *une prestation visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers ou à réaliser la prestation inverse grâce à des moyens matériels ou logiciels conçus à cet effet* »[926]. Elle permet de répondre aux problèmes de la confidentialité et de l'intégrité des données.

On trouve deux catégories de la cryptographie. La cryptographie symétrique, connue aussi sous le nom de la cryptographie « *à clé secrète* » ou « *systèmes à clé secrète partagée* », pour assurer la confidentialité des messages. Cette technique repose sur une seule clé utilisée par l'émetteur et le récepteur. Cette méthode est très ancienne et l'algorithme le plus utilisé est le *Data Encryption Standard* (DES) qu'on trouve, par exemple, dans les puces des cartes bleues ou dans les téléphones cellulaires GSM[927].

---

[924] A/CN.9/437- *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session, CNUDCI*, Trentième session Vienne, 12-30 mai 1997 (New York, 18-28 février 1997).

[925] *Signature cryptographique : du numérique à l'électronique*, article paru dans La Lettre d'ADELI n°46, Janvier 2002, Extrait du livre : Th. AUTRET, L. BELLEFIN DE SOLUCOM, M.-L. OBLE-LAFFAIRE, « *Sécuriser ses échanges avec une PKI : Solutions techniques et aspects juridiques* », éd. Eyrolles 2002. http://www.adeli.org/document/436-l46p23pdf

[926] É. LEOPOLD, S. LHOSTE, « *La sécurité informatique* », 3e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2007, p. 72.

[927] É. LEOPOLD, S. LHOSTE, « *La sécurité informatique* », *Ibid.*, p. 74

Une des limites de ce système de la clé secrète est que les deux correspondants doivent s'échanger la clé avant de pouvoir communiquer de manière certaine. L'autre limite est l'utilisation du système par de grands réseaux, car un individu doit détenir autant de clé qu'il a d'interlocuteurs, ce qui devient ingérable sur un réseau comme internet.

Afin d'éviter le risque inhérent à l'utilisation d'une clé unique pour chiffrer et déchiffrer le message et qui est connue, non seulement du signataire mais aussi du ou des destinataires du message électronique, les ingénieurs ont développé le système de cryptographie dit « *à clé publique* », sur lequel repose la signature numérique[928].

L'autre type de cryptographie est celui appelé « à clé publique » ou système asymétrique. Il est fondé sur l'existence de deux ensembles de clés : celles qui sont conservées par leur propriétaire, appelées « *les clés privées* » et celles qui sont rendues publiques « *clés publiques* ». Ce système est plus fiable car il ne nécessite pas la circulation d'une clé unique.

A l'origine, un défi fut lancé par *Diffie* et *Hellman* en 1976 pour trouver une solution permettant d'éviter l'échange de la clé secrète. En date du 1978, il a apparu l'algorithme à clé publique le plus connu appelé le *RSA*[929].

Le principe général de ce système de cryptographie asymétrique est que chaque partie dispose d'un couple de clés complémentaires, nommées respectivement la clé publique et la clé privée. Les deux sont liées par des caractéristiques mathématiques très précises qui rendent les deux clés complémentaires. La particularité de ce système est sa capacité à créer le mécanisme de signature numérique.

La sécurité de ce système découle du caractère irréversible du processus de chiffrement[930], étant donné que la clé utilisée pour chiffrer le message ne peut servir à le déchiffrer après. Nul besoin donc de s'échanger une seule clé symétrique pour

---

[928] O. CACHARD, « *contribution 195 : La signature électronique* », (ss dir. Sc. de Bertrand FAGES), Le Lamy droit du contrat, Collection Lamy Droit Civil, Ed. Wolters kluwer, mai 2016.
[929] Portant le nom de ses inventeurs : Rivest, Shamir et Adleman. V. É. LEOPOLD, S. LHOSTE, « *La sécurité informatique* », *op., cit.,* p. 76
[930] V. O. CACHARD, « *contribution 195 : La signature électronique* », *op.cit*.

le chiffrement et le déchiffrement avec tous les risques qu'elle peut faire encourir aux parties.

Cependant, l'algorithme a une limite technique concernant la taille des messages. On ne peut pas chiffrer que des messages de taille très limitée et la clé publique sert, de ce fait, à échanger des clés secrètes, des mots très courts ou à signer des messages[931].

La signature est créée en utilisant la clé privée du signataire et tous ses partenaires pouvant vérifier sa signature en utilisant sa clé publique.

L'auteur chiffre l'intégralité du message avec sa clé privée qui est le seul à connaitre ou bien un condensé de celui-ci obtenu par application d'une fonction de hachage. Il joint ensuite au message la signature électronique ainsi obtenue. Le destinataire vérifie de son côté la signature en employant la clé publique du signataire. Seule donc la clé publique est susceptible de déchiffrer la signature émise avec la clé privée associée que seul le signataire peut l'apposer grâce à sa clé privée[932].

Ce couple des clés est utilisable aussi d'une façon inverse quand l'objectif recherché est de crypter l'intégralité du message pour le rendre confidentiel. Dans cette hypothèse, l'auteur utilise la clé publique du destinataire pour chiffrer le message, que seul ce dernier puisse le déchiffrer avec sa propre clé privée. C'est alors, en fonction de l'objectif poursuivi[933] que la clé privée[934] et la clé publique[935] sont utilisées.

Jusqu'ici, nous n'avons traité que la signature numérique, mais les polémiques autour d'internet et du commerce électronique évoquent plutôt la notion de signature électronique.

Pour Monsieur Le Tourneau[936], la signature numérique apporte la sécurité technique de la transformation du message, puisqu'elle en assure l'intégrité et l'identification, mais elle n'équivaut pas à la signature électronique visée par le

---

[931] É. LEOPOLD, S. LHOSTE, « *La sécurité informatique* », *op.cit.,* p. 76.
[932] V. O. CACHARD, « *contribution 195 : La signature électronique* », *op.cit*.
[933] Signature ou cryptage.
[934] Chiffrement d'un condensé du message pour signer.
[935] Chiffrement de l'intégrité du message pour le rendre confidentiel.
[936] Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* » 2016/2017, 9ème éd. Dalloz 2016, n° 412.47, p. 434.

législateur qui assure la sécurité juridique du message, en garantissant le consentement aux obligations contenues dans l'acte.

b - Signature électronique

Sans entrer dans les aspects internationaux et intra-européens des échanges électroniques, l'attention se portera vers la typologie qui a été instaurée par la Directive n° 1999/93/CE sur les signatures électroniques et est maintenu par le Règlement n° 910/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

Conformément à l'article 3 du Règlement, trois degrés de signature électronique peuvent être identifiés : la signature électronique simple (1°), la signature électronique avancée (2°) et la signature électronique qualifiée (3°).

Malgré les différents types et classifications adoptées par toutes les législations en vigueur, nous sommes d'avis avec Mme HUGON quand elle a précisé que « *les utilisateurs des signatures électroniques ont besoin, pour faire le tri entre les différents types de signatures électroniques qui peuvent leur être proposés, de comprendre les caractéristiques des unes et des autres et les conséquences de celles-ci sur leur régime juridique car le degré de sécurité de la signature se répercute sur ce dernier* »[937].

1° La signature électronique simple

Le Règlement définit la signature électronique dite « *simple* » dans l'article 3, alinéa 10, comme « *des données sous forme électronique, qui sont jointes ou associées logiquement à d'autres données sous forme électronique et que le signataire utilise pour signer* ». La même définition a été transposée, par exemple, par le législateur allemand[938] et a été adoptée au Canada[939].

---

[937] Ch. HUGON, « *La directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », Revue Lamy droit de l'immatériel, août- septembre 2009, suplément au n° 52, p. 12-13.

[938] On entend par « *Signature électronique* » : « *une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification* ». § 2, 1 de Loi sur la signature (*Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, Signaturgesetz, SigG*)

[939] V. par ex. la Loi de 2000 sur le commerce électronique de l'Ontario.

Cette notion de la signature est aussi proche de celle adoptée par la CNUDCI dans l'article 2 de la loi type sur les signatures électroniques à quelques nuances près relatives aux fonctions d'identification et de consentement que nous ne trouvons pas dans la définition portée par le Règlement.

Quant à la loi française, elle esquisse deux niveaux de signature électronique dont les caractéristiques sont définies dans le Décret 2001- 272 du 30 mars 2001 : la signature électronique simple et la signature électronique « *présumée fiable* ». Le procédé de la signature électronique simple doit répondre, en droit français, à deux exigences : identifier le signataire et garantir le lien avec l'acte signé. C'est ainsi que l'article 4 de la loi 2000-230 du 13 mars 2000 désigne la signature électronique simple en ces termes « *lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* ».

La notion doit être interprétée au sens large. Deux éléments peuvent être identifiés pour les signatures électroniques simples se rapportant aux fonctions de celles-ci : identification de la personne signataire et l'authentification des données.

En s'appuyant sur le cadre européen, cette signature doit *a minima* permettre d'identifier le signataire et d'assurer l'intégrité du document électronique, mais sans se limiter à ce seul aspect dans la mesure où la signature permet également de manifester la volonté de son auteur de consentir à un acte.

La signature électronique simple, si elle ne bénéficie pas d'une assimilation automatique avec la signature manuscrite, elle n'est toutefois pas toujours privée d'effet. En effet, du moment qu'elle est protégée par le principe de non-discrimination, elle devrait être admise quand le signataire établit qu'elle présente certaine garantie[940].

2° Signature électronique avancée

Aux termes de l'article 3 du règlement de 2014, la signature électronique avancée est une signature qui doit répondre à plusieurs critères énoncés par

[940] Th. PIETTE-COUDOL, « *Le bilan de dix ans de signature électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2010, n° 66.

l'article 26 du Règlement, à savoir : premièrement, elle doit être liée exclusivement au signataire. Deuxièmement, elle doit permettre d'identifier le signataire. Troisièmement, elle doit être créée par des données de création de signature électronique qui restent sous le contrôle exclusif du signataire et quatrièmement, elle doit être liée aux données de telle sorte que toute modification ultérieure des données puisse être détectée.

On peut en conclure que le législateur européen a opté pour des critères de qualification de la signature électronique d' *« avancée* », sans entrer dans des considérations ou des variations techniques qui peuvent au fil du temps constituer un obstacle à l'existence même de la notion juridique de « *la signature électronique avancée* ». Toutefois, la technique pourra bien prouver, encore une fois, sa capacité à dépasser les concepts juridiques en créant des procédés techniques pouvant mettre en péril les notions juridiques actuelles. Pourtant, ce constat n'est pas surprenant puisque les concepts juridiques sont nés pour répondre à une réalité technique imposante.

La signature électronique avancée est l'équivalent en droit français de l'appellation « *signature électronique sécurisé* »[941]. Ce type de signature devrait être largement déployé comme l'indique aussi le considérant n° 50 du Règlement du 23 juillet 2014 « *comme les autorités compétentes dans les Etats membres utilisent actuellement différents formats de signature électronique avancée pour signer électroniquement leurs documents, il est nécessaire de faire en sorte que les Etats membres, lorsqu'ils reçoivent des documents signés électroniquement, puissent prendre en charge techniquement au moins un certain nombre de formats de signature électronique avancée* ».

On peut dire aussi que la signature électronique avancée est une signature simple mais présentant des garanties particulières.

3° Signature électronique qualifiée

La signature électronique qualifiée, telle que définie par l'article 3 du Règlement du 23 juillet 2014, est une signature électronique avancée reposant sur

[941] D. MOUTON, *op.cit.*, p. 172.

un certificat qualifié et est créée au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique.

Cette signature implique un processus de création très strict dans lequel une autorité de certification approuvée délivre le certificat servant à créer la signature électronique avancée au moyen d'un dispositif de création de signature. Elle offre un niveau de sécurité plus élevé pour garantir que les données viennent de la personne présumée les transmettre.

Mais ce niveau de sécurité plus élevé de la signature électronique n'a guère de sens en droit commun étant donné que toute signature électronique est considérée recevable en matière de preuve et doit être justifiée dans tous les cas. Toutefois, la signature électronique qualifiée est présumée authentique et facile à prouver.

La signature électronique qualifiée bénéficie du principe de l'assimilation à la signature manuscrite, contrairement à la signature électronique simple qui bénéficie uniquement du principe de non-discrimination. Aux termes de l'article 25 du Règlement, « *l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite* ».

Ce dispositif qui rassemble assimilation de signature électronique avancée et non-discrimination à l'encontre de la signature électronique simple a été retenu, par exemple, par la loi belge du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification[942].

Toutefois, ces distinctions ne sont pas retenues par le législateur français qui a préféré le système souple de la présomption de fiabilité au système relativement rigide de l'assimilation des signatures électroniques qualifiées aux signatures manuscrites. L'article 1367, alinéa 2 du Code civil[943] énonce que « *la fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique*

[942] Publiée au Moniteur belge du 29 septembre 2001, cette loi dont le texte est reproduit complète de la Directive sur les signatures électroniques dispose dans l'article 4 § 4 que « *sans préjudice des articles 1323 et suivants du Code civil, une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale* ».
[943] Art.1316-4, al. 2 C. civ. (ancien).

est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

La présomption de fiabilité permet la recevabilité de la signature électronique en justice, laquelle bénéficie de plein droit de la force probante accordée à la signature manuscrite.

Force est de souligner que la reconnaissance juridique est acquise pour l'ensemble des signatures évoquées ci-dessus. Toutes les signatures électroniques nécessitent que le destinataire des données transmises par voie électronique puisse vérifier l'origine des données et s'assurer de leur intégrité[944].

Certes, la typologie des signatures électroniques continuera à se développer, mais son déploiement chez les utilisateurs est encore loin d'être réalisé. La décision d'utiliser un type de signature plutôt qu'un autre doit être prise par les parties en tenant compte de nombreux facteurs liés notamment à la possibilité de fraude, la pratique acceptée, le coût et, en particulier, au niveau de fiabilité de la signature.

II - La fiabilité du procédé de signature électronique

Traditionnellement, la signature manuscrite permet d'identifier l'auteur d'un document, garantie son intégrité et assure que celui-ci n'a pas été modifié suite à sa signature. Pour prévenir la fraude, il faut donc être en mesure de confirmer l'identité du signataire.

Dans certains pays tels que le Maroc, il existe un système de légalisation de signature manuscrite. Ce système est indispensable pour confirmer l'identité du signataire. Lors de la signature d'un document[945], le signataire est tenu de se rendre à la commune urbaine où il a son adresse, muni de sa pièce d'identité, pour légaliser sa signature afin d'éviter toute fraude ou falsification possibles.

Comme la signature manuscrite, la signature électronique nécessaire à la perfection de l'acte électronique doit remplir ses fonctions d'identification et d'adhésion au contenu. Pour ce faire, elle doit reposer sur un procédé fiable

[944] M. VIVANT, « *Guide pratique, 4062- La reconnaissance juridique des signatures électroniques* », Le Lamy droit du numérique 2016.
[945] Ex. Contrat, acte, reconnaissance de dette, contrat de crédit, etc.

permettant de donner à la signature électronique la force probante requise pour son équivalence avec la signature manuscrite. Aussi, les procédés techniques de fiabilité riment avec les exigences légales afin de permettre à la signature électronique de remplir ses fonctions et de prévenir les éventuelles contestations (A). Ces procédés nécessitent l'intervention d'un tiers de certification dont le rôle est primordial dans le processus de création et de vérification de la signature électronique (B).

A - Fonctions de la signature électronique et les conditions de fiabilité

La signature électronique, de par sa nature, remplit les anciennes fonctions de la signature manuscrite et les nouvelles fonctions assignées à la signature électronique. Cette approche consiste à analyser les finalités et les fonctions de la signature manuscrite et de déterminer, en conséquence, comment celles-ci pourraient être assurés par les nouvelles technologies.

Le guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, relève que la loi type sur le commerce électronique adopte cette approche en se fondant sur la reconnaissance des fonctions générales remplies par la signature manuscrite (ou traditionnelle), ainsi que sur ses fonctions particulières selon la nature de document sur lequel la signature est apposée.

Au sens de la loi type de la CNUDCI, il ne suffit pas une simple signature sur un document électronique pour conférer à celle-ci « *une validité juridique au message de données* ». Cette question relève du système juridique des pays, en dehors de la loi type.

Il semble devoir entendre la fiabilité de la signature électronique à la fois dans un sens juridique et un sens technique. Même si les fonctions et les exigences légales de la signature électronique sont bien définies dans les législations des pays de droit continental, comme dans les pays de *common law*, le mode de traitement technique de la signature électronique se montre essentiel tant pour apposer la signature que pour la vérifier. L'efficacité juridique d'une signature électronique comme équivalent d'une signature manuscrite dépend de la démonstration de sa fiabilité juridique (1) et technique (2).

1 - Conditions légales de fiabilité de la signature électronique

Les deux fonctions connues de la signature manuscrite portent sur l'identification de l'auteur de l'acte et le consentement à son contenu. Même l'article 7 de la loi type de la CNDCI sur le commerce électronique s'attache à ces deux fonctions essentielles d'une signature en disposant que « *lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données : a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données* ».

En effet, dans l'environnement numérique marqué par l'altération facile du contenu électronique, divers mécanismes de signature électronique permettent de satisfaire à ces exigences fondamentales et même de conférer une efficacité plus significative. La confiance peut donc se fonder sur les attributs de la signature électronique.

S'agissant de la fiabilité juridique de la signature électronique, on retiendra que le Règlement n° 910/2014 pose quatre conditions pour qu'une signature électronique soit réputée fiable. La loi type de la CNUDCI retient explicitement les mêmes conditions de fiabilité. Pour sa part, les législations nationales différent ; la loi française, par exemple, appuie sur « *un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* »[946]. Selon les types de signature, la signature électronique sécurisée bénéficie d'une présomption de fiabilité lorsque certaines conditions sont respectées. Celles-ci sont définies dans l'article 1367 du Code civil et dans le décret du 30 mars 2001, modifié par le décret du 18 avril 2002[947] qui est venu précisé que pour être sécurisée, la signature électronique devra répondre aux exigences suivantes « *être propre au signataire, être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable* ».

Aussi, la Cour de cassation a mis en valeur ces exigences dans un arrêt

[946] V. Art. 1367, al. 2 C. civ.
[947] Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, modifié par le décret 2002-535 du 18 avril 2002.

récent du 6 avril 2016 lorsqu'elle a rappelé aux juges du fonds que lorsque la signature électronique est contestée, ils sont tenus de vérifier les conditions de validité de celle-ci en s'appuyant sur ses fonctions. Ainsi, la signature doit permettre de vérifier que l'identité du signataire est garantie avec l'acte auquel elle s'attache et que l'intégrité de l'acte est assurée, c'est-à-dire, de vérifier si l'intégrité de l'acte a été préservée au cours des échanges. Il faut s'assurer qu'elle procède d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié[948]. La loi française a donc mis en place un cadre juridique de la signature électronique dépendant de la technique utilisée[949].

Le Code civil belge contient aussi une description fonctionnelle de la signature électronique comportant des exigences d'identification et d'intégrité du contenu. L'article 1322, alinéa 2 du Code civil énonce que « *peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte* ».

L'exigence de fiabilité du procédé de signature électronique se profile de la même manière dans la législation canadienne. Dans la définition de l'article 2817 du Code civil du Québec, « *la signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement* ». Selon les professeurs Trudel, Parisien et Lefebvre « *la recherche de l'intention manifeste du législateur nous porte à croire que l'expression « une marque personnelle qu'elle utilise de façon courante » suppose, que cette marque soit susceptible de permettre l'identification d'une personne. Par conséquent, on doit sans doute considérer*

[948] Aux termes de cette décision, il est précisé que « *dès lors qu'une partie dénie être l'auteur d'un écrit sous forme électronique, le juge est tenu de vérifier les conditions de validité de la signature c'est-à-dire que celle-ci consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache et, ainsi, que ce procédé mette bien en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* ». Cass. civ., 1ère civ., 6 avril 2016, n° 15-10.732, (Inédit).

[949] S. MAS, « *L'appréhension par le droit, de la preuve sur les réseaux numériques, Approche technico-juridique* », Juriscom.net, 1er mars 2007, <http://www.juriscom.net>

comme répondant aux critères de l'article 2827, une marque qui permet d'identifier une personne avec une raisonnable certitude »[950].

L'article 39 de la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information ajoute des critères qui s'appliquent aux documents électroniques qui ne peuvent porter que des signatures électroniques. Ces critères reposent sur l'exigence d'intégrité du document et le lien entre la signature et le document auquel elle s'attache. Il dispose que « *quel que soit le support du document, la signature d'une personne peut servir à l'établissement d'un lien entre elle et un document. La signature peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil. La signature d'une personne apposée à un document technologique lui est opposable lorsqu'il s'agit d'un document dont l'intégrité est assurée et qu'au moment de la signature et depuis, le lien entre la signature et le document est maintenu* ».

Les conditions de fiabilité de la signature électronique dans les pays de droit continental et des pays de *common law* ne diffèrent pas de celles prévues dans des pays lointains comme la Chine, ce qui permet, au moins pour cette matière, d'avoir un langage commun d'ampleur internationale. Le législateur chinois a suivi l'approche de la loi type de la CNUDCI en incorporant dans les articles 13 et 14 du *People's Republic of China Eletronic Signatures Law* (*l'E-signatures Law*) une véritable règle de fond qui affirme le lien direct entre certaines caractéristiques techniques et l'effet juridique d'une signature électronique[951]. En droit chinois, la signature électronique ne peut être considérée comme fiable qu'en présence de quatre conditions. D'abord, les données doivent, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, être liées exclusivement au signataire. Ensuite, les données afférentes à la création de signature doivent être, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire et que toute modification apportée à la signature forme du message de données après le moment de signature soit décelable et enfin, que toute modification apportée au contenu ou à la forme du message de données après le moment de signature soit décelable.

---

[950] P. TRUDEL, G. LEFEBVRE, S. PARISIEN, « *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec* », Publications du Québec, 1993, p. 92.

[951] É. JOLY-PASSANT, « *La reconnaissance légale de la signature électronique en Chine* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2005, p. 5.

On peut en tirer de ce qui précède que la condition principale de fiabilité de la signature électronique est, tout d'abord, le lien indispensable entre la signature et le document qu'elle accompagne. La signature doit être indissociable du document, car ici il y a aussi le consentement de signataire et son adhésion au contenu de l'acte ou de document qu'il a signé. La liaison signature/texte assure l'intégrité de l'acte et prémunit les parties contre toute modification ultérieure de l'acte après sa signature. Ce lien doit être assuré logiciellement par la création d'un objet informatique qui soit le produit univoque d'une fonction de deux paramètres au moins : le fichier du document et le fichier de la signature. Selon Linant De Bellefonds [952], la meilleure façon d'y parvenir est de créer un « *condensat* » qui lui-même acheminé en tant que tel et s'il y a concordance, d'une part, entre le contenu du message et la signature et d'autre part, le condensat, appelé aussi hachage, alors le destinataire du message est en mesure de savoir que la signature est bien associée et concerne ledit message.

Les différentes signatures proposées aujourd'hui sont plus ou moins indissociables du support électronique de l'acte. Parmi les techniques de signatures électroniques, la signature cryptographique à clé publique désignée comme celle qui établit « *le mieux l'indissociabilité* » entre signature et document[953]. Cette signature émane d'une tradition des écritures secrètes du monde militaire. Elle est, de ce fait, hautement sécurisée et permet de garantir l'intégrité d'un contenu et d'identifier son auteur dans un contexte de guerre[954].

Mais avant d'assurer le lien entre la signature et l'acte, il est indispensable de vérifier une fonction importante de la signature qui réside dans l'identification du signataire. L'utilisation de la cryptographie asymétrique permet de remplir, efficacement, cette fonction d'identification[955]. Cette technique s'étant fondée sur les algorithmes de chiffrage asymétrique et repose sur l'utilisation de bi-clés : une clé publique et une clé privée liées entre elles par un lien mathématique « *utilisant*

---

[952] X. LINANT DE BELLEFONDS, « *Preuve et signature électroniques* », *Le droit du commerce électronique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2005.
[953] B. FRAENKEL, D. PONTILLE, « *L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique, approche pragmatique* », Langage et société 2003/2 (n° 104), p. 99 ; V. aussi : B. FRAENKEL, D. PONTILLE, « *La signature au temps de l'électronique* », Politix 2006/2 (n° 74), p. 108.
[954] B. FRAENKEL, D. PONTILLE, « *La signature au temps de l'électronique* », *Ibid.*
[955] D. GOBERT, E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », *op.cit*, p. 62.

un nombre source tellement grand qu'il n'est pas possible de déduire la clé privée de la clé publique inversement, compte tenu du caractère exponentiel de la complexité introduite par les combinaisons possibles »[956], deux fonctions sont présentes : la confidentialité et l'intégrité du contenu d'une part, et l'identification de l'auteur du message d'autre part.

Ainsi, l'utilisation de la cryptographie asymétrique pour signer un document électronique semble la technique la plus appropriée pour remplir la fonction d'identification et pour assurer le lien entre la signature et le texte. Comme le confirment Messieurs Gobert et Montero [957], « *pour autant que les clés secrètes soient conservées dans de bonnes conditions de sécurité, le risque de fraude est ici, sinon nul, en tout cas nettement moins élevé que celui relatif à l'utilisation des cartes et codes pour signer* ».

Eu égard aux exigences légales, la signature électronique permet, à l'appuie d'un procédé cryptographique, de garantir : l'identité du signataire, l'intégrité du document signé et la non-répudiation par le signataire du document signé. En plus, il est possible de vérifier la validité de la signature ainsi que l'identité du signataire lors d'une opération technique dite de « *vérification de signature* ».

2 - Les exigences techniques de fiabilité

D'un point de vue purement technique, plusieurs auteurs[958] décrivent les étapes techniques de réalisation de la signature électronique.

Le lien entre les règles juridiques et les règles techniques peut être observé dans l'ensemble des définitions adoptées par les législations. Au sens de la Directive européenne sur les signatures électronique et le Règlement de 910/2014, la signature électronique avancée, considérée plus fiable et sécurisée que la signature simple, doit être liée exclusivement à la signature, qu'elle doit permettre de l'identifier et qui doit résulter de moyens demeurant sous le contrôle exclusif du

[956] X. LINANT DE BELLEFONDS, « *Preuve et signature électroniques* », *op.cit*.
[957] D. GOBERT, E. MONTERO, « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », *op.cit*.
[958] M. VIDEAU, « *Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Août-Septembre 2009, supplément au n° 52, p. 16 ; J.-L. ARCHIMBAUD, « *Certificats (électroniques) : Pourquoi ? Comment ?* », 29 pages. 2000, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00561730, soumis le 1 février 2011, p. 9 ; D. MOUTON, « *Sécurité de la dématérialisation* », *op.cit*., p. 175-176.

signataire et être liée aux données de telle sorte que les modifications ultérieures soient détectables. Ces exigences trouveront leurs équivalents techniques dans les précisions apportée par le rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur la mise en œuvre de la directive 1999/93/CE lorsqu'il a précisé que « *cette définition vise essentiellement les signatures électroniques reposant sur une infrastructure à clé publique* » et que « *ce système utilise, pour la signature des données, des techniques de chiffrement exigeant une clé publique et une clé privée* ». Cette approche a un intérêt qui « *réside dans le renvoi opéré à la technique utilisée. Il révèle qu'en la matière, le droit et la technique entretiennent un rapport étroit qu'il est impossible de méconnaître indéfiniment car le destinataire de la règle doit pouvoir en conceptualiser l'objet* »[959].

La croissance des activités du commerce électronique et les besoins imminents de sécurisation de l'internet ont entrainé un fort développement de la cryptologie. Comme le confirme un des spécialistes de celle-ci « *l'usage de la cryptologie s'impose dès qu'une opération symbolique est susceptible d'être détournée ; et ces opérations foisonnent dans la société de l'information* »[960].

Les fonctionnalités recherchées pour répondre au niveau de fiabilité requis pour les signatures électroniques et assurer ainsi l'équivalent avec la signature manuscrite ont été décrites par M. Wittfield Diffie et M. Martin Hellman en 1976[961].

La signature reposant sur la technique de la cryptographie, ou comme l'appelle Monsieur Videau[962] « *la signature cryptographique* », assure l'intégrité cryptographique du document électronique, l'identité de l'auteur du document, la non répudiation qui signifie que le signataire ne peut nier avoir émis le document.

---

[959] Ch. HUGON, « *La directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Août-Septembre 2009, supplément au n° 52, p. 12-13.
[960] B. FRAENKEL, D. PONTILLE, « *La signature au temps de l'électronique* », *op.cit*.
[961] M. Wittfield Diffie et M. Martin Hellman sont des cryptologues américains considérés des pionniers de la cryptographie asymétrique qui utilise une paire de clés publique et privée (V. https://fr.wikipedia.org/wiki/Whitfield_Diffie). Les deux inventeurs ont remporté le 1er mars 2016 le prix Turing de *l'Association for Computing Machinery* qui récompense chaque année, depuis 1966, des informaticiens ayant fait progresser le secteur. Les deux inventeurs américains sont considérés comme les inventeurs des techniques modernes de chiffrement. En savoir plus sur : http://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/03/02/le-prix-turing-decerne-aux-inventeurs-du-chiffrement-moderne_4874995_4408996.html#QOoiLgX27YBmHHPh.99
[962] M. VIDEAU, « *Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique* », *op.cit*.

Pour arriver à cette fin, il convient de décrire le processus à travers les fameux personnages chez les cryptographes « *Bob et Alice* ».

A travers un canal de communication public, Alice signe un message qu'elle transmet à Bob. Sur le canal se trouve un certain Charlie qui tente de modifier les messages. Alice possède une clé privée connu exclusivement d'elle et qui lui permet de créer des signatures pour les documents qu'elle émette. De l'autre côté, il y a Bob qui possède une clé publique lui permettant de vérifier que la signature émane bien d'Alice pour le message envoyé. Pour que le système complet de transmission et de communication fonctionne entre les deux, il faut que Bob puisse s'assurer que la clé publique qu'il utilise est bien celle d'Alice. Pour avoir cette assurance, il faut un certificat de clé publique, qui atteste de l'identité d'Alice eu égard à sa clé privée et sa clé publique[963].

Pour générer la signature électronique, il faut, avant tout, condenser le document à l'aide d'une fonction « *mathématique* » de hachage qui, à partir d'un texte de n'importe quelle longueur, génère un nombre, suite de bits de taille fixe, inférieur à la taille initiale du texte[964]. Cette suite de bits[965] est, ainsi, appelée « *condensé* » ou « *emprunte* ». Le hash du document est soumis à un calcul RSA[966] de l'emprunte du message ou document électronique, et ensuite l'outil logiciel émetteur chiffre cette emprunte à l'aide de la clé privée du signataire. Le résultat de ce calcul est, au sens technique, un scellement garantissant l'intégrité du document et réalisé par un acteur identifié qui est le signataire. Ce scellement est, au sens juridique, « *une signature électronique* », qui pour un auteur « *c'est le terme générique retenu abusivement pour décrire l'opération technique…dans certains contextes, cette même procédure technique peut donner naissance à un cachet, à un jeton d'horodatage, à un certificat…* ».

Le document ou le message signé sera reçu par le logiciel du destinataire qui déchiffre cette empreinte avec la clé publique de l'émetteur. Puis, il recalcule la

---

[963] M. VIDEAU, « *Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique* », *op.cit*.

[964] J.-L. ARCHIMBAUD, « *Certificats (électroniques) : Pourquoi ? Comment ?* », 29 pages. 2000, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00561730, soumis le 1 février 2011, p. 9. Voir aussi D. MOUTON, « *Sécurité de la dématérialisation* », *op.cit*., p. 175-176.

[965] Il existe plusieurs types de fonction de hachage telle que « *MD pour Message Digest* » générant une empreinte de 128 bits, SHA 256, « *Secure Hash Algorithm* » créant des empruntes de 160 bits, etc.

[966] RSA, du nom des trois inventeurs Rivest, Shamir, Adleman, est l'algorithme de chiffrement asymétrique le plus répandu.

fonction de hachage sur le message reçu et compare le résultat avec l'emprunte déchiffrée. Si les deux empreintes sont égales, c'est la preuve donc que le document signé n'a pas été modifié durant le transfert. Si elles sont différentes, donc, le message a été modifié.

Force est de constater que le déchiffrement avec la clé publique d'une personne, une empreinte chiffrée, constitue la preuve que cette empreinte a obligatoirement été chiffrée avec la clé privée que seule la personne émettrice possède. Tout ce qui est chiffré avec une des clés ne peut être déchiffré qu'avec l'autre clé[967].

La signature électronique fait appel donc à deux concepts distincts : la cryptographie asymétrique et le système de certificats. La mise en oeuvre de la signature électronique par n'importe quelle personne, nécessite d'organiser une vérification de provenance, un système de certificat, qui ne peut être assurée que par un tiers à la transaction, le tiers certificateur.

B - Système d'authentification du signataire et de sécurisation des échanges numériques

La signature d'un document papier nécessite la présence physique des parties qui sont les seules personnes adhérentes à l'acte, à moins que celui-ci soit authentique où l'adhésion du notaire est indispensable à l'authenticité de l'acte.

Dans le monde numérique, non seulement les parties se trouvent chacune à l'autre bout de la planète, mais aussi le processus de création et de vérification de la signature implique une pluralité d'acteurs. Il s'agit des fournisseurs de logiciels, des clés et des prestataires de services de certification qui attestent du lien entre le signataire et la paire de clés. Cela invoque la question des obligations des prestataires de services de certification (1).

Une autre question qui soulève pour les contrats internationaux porte sur la reconnaissance des certificats de signatures électroniques (2).

[967] J.-L. ARCHIMBAUD, « *Certificats (électroniques) : Pourquoi ? Comment ?* », *op.cit.*

1 - Certificat et autorité de certification

La cryptographie asymétrique est un moyen efficace d'authentifier des données numériques relatives à la signature électronique. Cependant, la difficulté réside dans la certitude que la clé publique que notre correspondant nous a communiqué est bien celle de la personne qu'il prétend être. Comment peut on avoir confiance si on ne peut pas imputer une signature électronique à une personne déterminée ? Le système de certificat électronique (a), dont la délivrance relève de la compétence des autorités de certification (b), apporte une solution à ce problème.

a - Le certificat électronique

La vérification de la signature électronique est réalisée notamment par les clés publiques et matérialisée par un certificat électronique qui atteste le lien entre les données de vérification de la signature électronique et son signataire et en garantit l'intégrité et l'exactitude[968].

Un certificat électronique est en quelque sorte une carte d'identité numérique qu'il faut obtenir auprès d'une autorité de certification habilitée à cet effet. Comme le définit Monsieur Archimbaud[969] « *un certificat électronique d'une personne est l'équivalent électronique d'une carte d'identité ou d'un passeport. Un passeport contient des informations concernant son propriétaire (nom, prénom, adresse…), la signature manuscrite, la date de validité, ainsi qu'un tampon et une présentation (forme, couleur, papier) qui permettent de reconnaitre que ce passeport n'est pas un faux, qu'il a été délivré par une autorité bien connue* ». Il s'ensuit que « *un certificat électronique est un petit fichier qui contient des informations similaires* ».

Sur le réseau Internet et dans le monde numérique en général, l'authentification qui est un processus de confirmation d'une identité, comporte l'identification confiante d'une personne par une autre. Elle peut avoir plusieurs formes dont notamment les certificats électroniques. Un certificat peut se présenter

[968] C. CASTETS-RENARD, « *Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée* », Issu de Defrénois, 30/10/2006, n° 20, p. 1529.
[969] J.-L. ARCHIMBAUD, « *Les principes techniques des certificats électroniques* », Les Cahiers du numérique 3/2003 (Vol. 4), p. 101-110.

sous forme physique[970] ou logicielle[971].

Le recours au certificat électronique constitue toujours un moyen incontestable de vérification de l'identité du signataire et de l'intégrité du contenu. Une première décision aux Etats-Unis d'Amérique est intervenue en matière d'authentification des clients par voie électronique le 21 août 2009 pour remettre en cause l'authentification à facteur unique (un seul canal d'identification)[972].

Dans cette affaire opposant les Epoux Shames-Yeakel à *Citizens Financial Bank*, un inconnu a accédé en février 2007 à partir d'une autre adresse IP que celle utilisée par les époux à l'un des comptes bancaires qu'ils possédaient chez *Citizens Financial Bank*, en utilisant l'identifiant et le mot de passe de l'épouse pour transférer par la suite un montant de 26 500 Dollars. Cette somme a été transférée vers une banque se trouvant à Hawaii pour se localiser enfin en Autriche. Lorsque la banque autrichienne a refusé de retourner les fonds, *Citizens Financial Bank* a poursuivi les époux en engageant leur responsabilité et en réclamant le remboursement des sommes dues. De leur côté, les époux ont engagé une action contre la banque pour avoir failli à prendre les mesures nécessaires pour protéger leur compte bancaire. Ils se sont appuyés sur la violation des dispositions de *Truth in Lending Act*, *Fair Credit Reporting Act* et *Electronic Funds Transfer Act* et sur le non-respect du droit coutumier[973].

Les époux ont reproché à *Citizens Financial Bank* la méthode utilisée pour l'accès aux comptes bancaires *via* Internet et qui reposent sur l'utilisation de mots de passe crées par ses seuls clients. Ils ont fondé leur critique sur un rapport émis en 2005 par le Conseil fédéral d'examen des institutions financières (FFIEC) qui a « *dénoncé l'utilisation d'authentification à facteur unique pour protéger l'accès aux comptes bancaires en ligne comme étant un moyen -insuffisant-* ». Dans ce document du Conseil, il était recommandé différentes méthodes technologiques qui peuvent être mises en place par les institutions financières pour procéder à l'authentification de leurs clients. Des méthodes comme des mots de passe, de

[970] Comme une clé USB.
[971] Un fichier.
[972] Tribunal de « *première instance* » de l'Illinois, *Époux Shames-Yeakel c/ Citizens Financial Bank,* 21 août 2009 (Case 07 C 5387), V. E. A. CAPRIOLI, « *Première décision américaine concernant l'authentification par voie électronique d'un client bancaire* », Comm. Com. Elec. n° 4, Avril 2010, comm. 41.
[973] Commentaire par E. A. CAPRIOLI, « *Première décision américaine concernant l'authentification par voie électronique d'un client bancaire* », *Ibid*.

numéros personnels d'identification (*PINs*), de certificats électroniques, etc.

Pour prévenir les risques de fraudes et d'usurpation d'identité, le FFIEC incite les établissements financiers à adopter des méthodes d'identification fortes fondées sur une combinaison d'un élément que l'utilisateur possède, comme une *smart card*, avec une information qu'il détient, le code PIN. Alors que l'identification par un mot de passe et un identifiant est une authentification à un facteur[974].

A cet effet, le jugement de première instance de l'Illinois considère que la banque a failli à son obligation de protéger les comptes de ses clients contre des accès frauduleux[975].

Dans le domaine d'authentification, on peut distinguer donc deux méthodes : l'authentification standard ou à un facteur, laquelle est fondée sur l'utilisation des seules informations qu'un utilisateur possède, et l'authentification forte qui impose une combinaison de deux canaux distincts : un en ligne, l'autre via d'autres moyens tels que le téléphone mobile, code remis par voie postale, etc[976]. La première définition à part entière de l'authentification apparait avec le Règlement européen n° 460/2004 du 10 mars 2004 instituant l'agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA) et qui définit l'authentification dans son article 4-e comme étant « *la confirmation de l'identité prétendue d'entités ou d'utilisateurs* ».

Le même principe est applicable dans le processus de création de signature électronique. Le rôle du certificat électronique est d'assurer la fonction d'accès et de certification de la clé publique. Il s'agit d'un « *document électronique qui indique à la fois l'identité du titulaire de la signature et la clé publique de celui-ci et à partir duquel le logiciel de vérification (généralement intégré dans l'outil servant aux échanges en ligne) effectuera les opérations permettant d'authentifier et de garantir l'intégrité des échanges… un tel processus assure _ lorsqu'il met en œuvre des*

---

[974] Information que l'utilisateur possède.

[975] Il s'est avéré, en outre, que Citizens Financial Bank a reçu un rapport de son prestataire en charge de la gestion de la sécurité de son site et qui mettait l'accent sur la vulnérabilité et abus de sécurité révélaient durant le mois précédant février 2007. D'autant plus que la banque était sur le point de mettre en place une méthode d'authentification forte au moment de la transaction frauduleuse et les époux n'étaient pas encore couverts par ces mesures, ce qui a amené le tribunal a qualifié ce retard de traitement d'une négligence de la part de Citizens Financial Bank.

[976] E. A. CAPRIOLI, P. AGOSTI, « *L'authentification saisie par le Droit* », MAG-SECURS, n° 41, 1er trimestre 2014.

outils cryptographiques récents et bien utilisés _ une sécurité des échanges en ligne bien supérieure à celle que l'on connaît usuellement dans les échanges sur papier ou même dans les échanges téléphoniques (centre d'appels, etc.) »[977].

En droit français, la loi du 13 mars 2000 a instauré le principe de présomption de fiabilité de la signature électronique qui repose sur la vérification de la signature par un certificat électronique qualifié. Cette fiabilité est rassurée en cas de signature électronique sécurisée « *grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* »[978]. La présomption de fiabilité a un champ limité à un seul type de signature dite sécurisée comme le précise le 1er article du décret du 30 mars 2001.

Le bénéfice de la présomption repose sur le respect des exigences d'ordre objectif composé d'agréments et de certifications et d'ordre subjectif qui pourrait être considéré comme laissé à l'appréciation du juge. Du côté des exigences objectives, cette signature électronique sécurisée doit reposer sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié[979].

Lorsque toutes les conditions prescrites par la loi sont réunies, la signature électronique serait présumée fiable et pourra prétendre en justice à un niveau de reconnaissance équivalent à celui de la signature manuscrite.

Toutefois, le niveau de sécurité des certificats électroniques n'est pas le même, comme d'ailleurs le niveau de fiabilité des signatures électroniques. Plusieurs législations évoquées plus haut se bornent à dire qu'une signature électronique possède la même valeur juridique qu'une signature manuscrite. Mais est ce que cela veut dire que toutes les signatures électroniques ont la même valeur juridique et la même force probante devant la justice ?

Comme pour la typologie des signatures électroniques prévues par différentes législations en vigueur, on assiste à une typologie de certificat électronique. Le Règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014 distingue entre le certificat de signature électronique et le certificat qualifié de signature électronique.

---

[977] B. WARUSFEL, « *Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique* », Issu de Petites affiches, 06/02/2004, n° 27, p. 17.
[978] Art. 4 Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000.
[979] Th. ABALLEA, « *Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?* », D. 2004. 2235.

Cette distinction confie de valeur plus élevée au certificat qualifié en précisant dans l'article 3 que ce dernier est « *un certificat de signature électronique, qui est délivré par un prestataire de services de confiance qualifié et qui satisfait aux exigences fixées à l'annexe I* ». Le certificat qualifié est associé à la signature électronique qualifiée que définit le Règlement des termes suivants « *une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique* ».

Le Règlement n° 910/2014, s'il assure dans l'article 25 l'obligation de recevabilité de la signature électronique comme preuve en justice et interdit tout refus au motif qu'elle « *se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée* », il ne met sur un pied d'égalité avec la signature manuscrite uniquement « *la signature électronique qualifiée* ». Il s'agit d'une exigence imposable aux Etats membres et pour laquelle aucune dérogation n'est possible[980].

Force est de dire qu'en fonction du contexte, on peut définir le niveau de certificat souhaité. Celui-ci impacte le niveau de sécurité de la signature électronique.

Mais le niveau de sécurité numérique souhaité repose sur la fiabilité et la rigueur qui doivent être apportées à l'organisation et aux procédures dans l'établissement et la délivrance des certificats électroniques.

Typiquement, un processus de certification électronique sur lequel s'appuie la sécurité d'échanges numériques implique l'intervention et la mise en place d'une autorité de certification qui assume la responsabilité technique et juridique de l'émission des certificats.

b - Les autorités de certification

La sécurité de la signature électronique s'appuie sur les prestataires de services de certification électronique, appelés « *autorité de certification* », qui

[980] Le considérant 49 du Règlement 910/2014 précise ce qui suit « *toutefois, il appartient au droit national de définir l'effet juridique produit par les signatures électroniques, à l'exception de l'exigence prévue dans le présent règlement selon laquelle l'effet juridique d'une signature électronique qualifiée devrait être équivalent à celui d'une signature manuscrite* ».

assume la responsabilité technique et juridique de l'émission des certificats électroniques.

Aujourd'hui, nous traversons l'étape de réalisation de la signature électronique pour nous concentrer sur l'ensemble du processus et de nous intéresser à chaque étape et à chaque acteur intervenant dans le cycle de vie complet du document électronique signé[981].

Le Règlement n° 910/2014 qui constitue l'acte législatif européen pour le marché des prestataires de services de confiance, fournit une définition plus claire sur ce qui est considéré comme un service de confiance[982] dont les opérations n'ont jamais été autant réglementées et surveillés, comparé à ce qui a été précédemment prévu par la Directive européenne 1999/93/CE. L'objectif poursuivi est de renforcer la confiance dans les transactions numériques et d'inciter les personnes à les utiliser. Certaines exigences légales pour les autorités de certification ont été établies avec le Règlement, notamment, celles prévues par l'article 19 qui exige que les autorités de certification ou, selon l'appellation adoptée par le Règlement les « *services de confiance* », exercent une diligence raisonnable en prenant « *les mesures techniques et organisationnelles adéquates pour gérer les risques liés à la sécurité des services de confiance qu'ils fournissent* ».

Le Règlement va plus loin en établissant une série des attributions légales accordées au service de confiance. L'article 3.16 les définit comme « *un service électronique normalement fourni contre rémunération qui consiste : a) en la création, en la vérification et en la validation de signatures électroniques, de cachets électroniques ou d'horodatages électroniques, de services d'envoi recommandé électronique et de certificats relatifs à ces services ; ou b) en la création, en la vérification et en la validation de certificats pour l'authentification de site internet ; ou c) en la conservation, de signatures électroniques, de cachets électroniques ou des certificats relatifs à ces services* ».

---

[981] F. COUPEZ, « *Signature électronique : un reboot pour enfin trouver son public ?* », Newsletter ATIPIC, rubrique « *le sujet du mois* », Cabinet d'avocat ATIPIC, https://cybercercle.com/signature-electronique-francois-coupez/

[982] V. définition du « *service de confiance* » dans l'article 3 du Règlement n° 910/2014.

Cette définition renvoie aux autres concepts abordés par le Règlement comme le cachet électronique, l'horodatage électronique, les services d'envoi recommandé électronique et également l'authentification de site internet.

Cette approche transversale en comparaison avec la Directive de 1999 laisse apparaitre la fonction plus large des services de confiance dans le cadre du Règlement. Eu regard à la directive « *signature électronique* », seuls les « *prestataires de service de certification* » qui étaient visés et étaient considérés comme les opérateurs délivrant les certificats électroniques.

En effet, nous assistons ici non seulement à un rôle de délivrance des certificats électroniques, mais plus globalement à un processus complet de création, vérification, validation et conservation de signature électronique. La responsabilité des services de confiance est très lourde dans le processus de sécurisation des transactions électroniques.

Il y a déjà, déjà, quelques années, une distinction était faite par un auteur concernant les tiers de confiance et de certification, en précisant qu' « *il ne faut pas confondre tiers de certification et tiers de confiance. Ces deux types d'organismes gèrent des clés, le premier se chargeant de garantir qu'une clé publique correspond bien à une personne donnée, le second ayant la responsabilité beaucoup plus lourde de conserver une copie de la clé privée, pour des raisons de sécurité ou sous la contrainte de la loi* »[983].

Ces services de confiance opèrent sous le contrôle d'un organe de contrôle que les Etats membres sont tenus de désigner comme ce qui est déjà instauré en France à travers l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (l'ANSS) ou bien en Luxembourg par le Département de la confiance numérique de l'ILNAS.

[983] É. LEOPOLD, S. LHOSTE, « *Les solutions techniques* », *La sécurité informatique*, Paris, Presses Universitaires de France, « *Que sais-je ?* », 2007.

2 - La reconnaissance internationale des certificats de signature électronique

La formation des contrats au niveau international et la dématérialisation des outils et processus de conclusion de ce type de contrat ainsi que l'apposition des signatures électroniques, suscitent un débat d'ordre pratique sur la reconnaissance mutuelle entre les Etats, des niveaux de fiabilités des signatures et certificats électroniques.

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles un contrat est conclu entre deux personnes qui se trouvent dans deux Etats différents. Chacun utilise, pour attester de son engagement, une signature et un certificat qualifié délivré par un prestataire de certification qualifié dans son pays. L'engagement des deux repose sur la reconnaissance mutuelle par leur Etats de niveau de fiabilité du processus employé pour signer le contrat objet de leur accord. Les deux contractants souhaitent bénéficier de la force probante de leur engagement et surtout de pourvoir opposer à l'autre partie son engagement en cas de différend. A défaut de telle reconnaissance, la charge de la preuve de la fiabilité du processus utilisé sera lourde à apporter et le contentieux international sera compliqué, car il faudra alors convaincre le juge de l'Etat compétent territorialement pour statuer sur le litige de la fiabilité de la signature électronique certifié par un prestataire étranger, raison pour laquelle, l'unification des normes et reconnaissance internationale de niveau de fiabilité de signature électronique et de certificats électroniques est une nécessité incontestable.

Dans le cadre de cette problématique, il convient de se pencher sur l'état de la question au niveau européen (a) avant de l'étendre au niveau international (b).

a - Le cadre européen : vers l'unification du marché numérique

La reconnaissance mutuelle fondée sur la confiance mutuelle entre Etats membres est une condition préalable à l'unification des moyens mis en place pour la signature et la certification électronique. Le considérant 6 du Règlement 910/2014 suit un objectif bien clair sur ce sujet en précisant que « *dans ses conclusions du 27 mai 2011, le Conseil a invité la Commission à contribuer à la*

mise en place du marché unique numérique en créant les conditions appropriées pour la reconnaissance mutuelle des outils clés entre les pays, tels que l'identification électronique, les documents électroniques, les signatures électroniques et les services de fourniture électronique, ainsi que pour la mise au point de services interopérables d'administration en ligne dans toute l'Union européenne ». Il ajoute dans le considérant 54 que « *l'interopérabilité et la reconnaissance transfrontalières des certificats qualifiés sont une condition préalable en vue de la reconnaissance transfrontalière des signatures électroniques qualifiées* ».

Depuis l'entrée en vigueur de la directive de 1999 et sa transposition dans les droits nationaux, une harmonisation a été établie en ce qui concerne les caractéristiques d'une signature électronique sécurisé et au contrôle des prestataires de certification. Le Règlement 910/2014 est venu renforcer le principe du marché intérieur et la reconnaissance transfrontalière des moyens numériques mis en place au sein de la l'union européenne. Il crée un marché intérieur de signatures électroniques et des services de confiance en leur conférant le même statut juridique que les documents papiers et en garantissant le fonctionnement transnational de ces services[984].

Dès lors, en vertu de l'article 4, les services de confiance qui sont conformes aux exigences du Règlement sont autorisés à circuler librement au sein du marché intérieur. Et en vertu de l'article 25, alinéa 3 du Règlement « *une signature électronique qualifiée qui repose sur un certificat qualifié délivré dans un Etat membre est reconnue en tant que signature électronique qualifiée dans tous les autres Etats membres* ». L'harmonisation repose, donc, sur des prestataires qualifiés et des services de confiances qualifiés qui sont interopérables et doivent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle entre Etats membres.

Comme l'affirme Madame Marcus, une des conséquences importantes de cette réglementation devrait dès lors être de permettre aux PME, choisissant de se conformer aux exigences dudit Règlement, de développer leurs activités commerciales au sein du marché intérieur. Il s'agit de garantir la sécurité et la

[984] Commission européenne, communiqué de presse 4 juin 2012, « *Vers une dimension transnationale des signatures Electroniques* », Issu de Defrénois, 30/06/2012, n° 12, I D : DEF110g3, Lextenso.

fiabilité des dispositifs conformes au Règlement en bénéficiant d'un cadre légal pour les services de confiances et les prestations numériques y afférentes. En outre, ces dispositions appuieront les parties en cas de litige[985].

En effet, la liberté de circulation peut se voir de deux côtés. D'une part, aucune entrave ne doit venir perturber les prestataires fournissant des dispositifs de signature électronique ou des services de certification, si les conditions requises par le Règlement sont réunies. D'autre part, aucune entrave ne doit toucher aux produits de signature électronique. Celle-ci doit produire les mêmes effets dans tous les Etats membres.

Eu regard du considérant 49 du Règlement, il appartient aux Etats membres de définir l'effet juridique des signatures électroniques à l'exception de celles « *qualifiées* » qui jouissent de la même valeur juridique d'une signature manuscrite.

Cela permet de dire que toutes les signatures électroniques qui ne sont pas des signatures qualifiées, restent soumises à l'appréciation souveraine du juge quant à leur niveau de fiabilité et à leur force probante. Force est de constater qu'il s'agit d'une incitation directe à adopter pour les services de création de signatures, la signature électronique la plus sécurisée pour assurer la transaction conclue en ligne, afin d'augmenter le niveau de sécurité des échanges numériques et les engagements qui y sont issues.

b - Le cadre international : vers une reconnaissance mutuelle des signatures et certificats électroniques

Le Règlement 910/2014 vise une utilisation transfrontalière généralisée des services de confiance, lesquels sont dotés des missions regroupant tout le processus de mise en œuvre de la signature électronique, depuis sa création, sa vérification, validation jusqu'à la délivrance du certificat y afférent et sa conservation électronique. C'est la raison pour laquelle, les aspects internationaux n'ont pas été négligés par le Règlement.

[985] L. MARCUS, « *La sécurisation des transactions électroniques : vers un marché numérique européen* », Actualité du 9 décembre 2015, www.ceje.ch

Aux termes de l'article 14, « *les services de confiance fournis par des prestataires de services de confiance établis dans un pays tiers sont reconnus comme équivalents, sur le plan juridique, à des services de confiance qualifiés fournis par des prestataires de services de confiance qualifiés établis dans l'Union lorsque les services de confiance provenant du pays tiers sont reconnus en vertu d'un accord conclu entre l'Union et le pays tiers concerné ou une organisation internationale conformément à l'article 218 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». Cette équivalence est soumise aux conditions de reconnaissance mutuelle des services de confiance et aux exigences applicables aux prestataires de services de confiance qualifiés établis dans l'Union européenne.

Sous certaines conditions du Règlement, l'assimilation des services de confiance étrangers aux services de confiance européens est donc possible.

La reconnaissance mutuelle peut être établie par des accords entre l'Union européenne et un pays tiers. Sous l'égide de la Directive de 1999, si, en France, le décret du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil[986] et relatif à la signature électronique a transposé fidèlement la directive en se bornant à évoquer uniquement les accords conclus par l'Union européenne pour établir l'équivalence en ce qui concerne le certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique, d'autres pays membres sont allés au-delà de la directive en instaurant des accords directs[987]. Par ailleurs, certains pays, comme la Suisse, ont prévu de telles reconnaissances mutuelles des signatures et des certificats électroniques. L'article 20 de la Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques dispose que « *le Conseil fédéral peut conclure des conventions internationales pour faciliter l'utilisation et la reconnaissance juridique internationales des signatures électroniques et des autres applications de clés cryptographiques, notamment sur : la reconnaissance des signatures électroniques, des cachets électroniques et des certificats numériques* »[988].

[986] Nouvel art. 1367, C. civ.
[987] V. la loi luxembourgeoise relative au commerce électronique.
[988] Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques, (*Loi sur la signature électronique, SCSE*) du 18 mars 2016.

Toutefois, deux accords de reconnaissances mutuelles de certificats électroniques ont été signés[989]. Il s'agit de l'Accord de reconnaissance mutuelle Européen : SOG-IS et l'Arrangement de reconnaissance mutuelle selon les critères communs : CCRA (*Common Criteria Recognition Arrangement*).

Il reste à savoir est ce qu'on l'absence des accords entre l'Union et un pays tiers ou une reconnaissance par une organisation internationale comme l'exige le Règlement européen, faut-il conclure qu'une signature électronique qualifiée certifiée par un prestataire étranger sera privée de toute force probante en Europe ? Est-ce qu'il sera également le cas dans un pays tiers ? Faut-il recourir, pour garantir une reconnaissance internationale, aux dispositions de l'article 12, alinéa 5 de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques qui juge suffisante, une convention préalable entre les parties sur l'utilisation de certains types de signatures électronique ou de certificats « *aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable* » ?

On peut estimer qu'au-delà de ces considérations, une reconnaissance internationale mutuelle des signatures électroniques qualifiées ne doit pas créer des soupçons sur la fiabilité de ce type de signature, étant donné que le processus de création et de certification est ferme et atteint le niveau le plus élevé de sécurité, d'autant plus que ces signatures sont certifiées par des organismes qui sont eux-mêmes contrôlés par une autorité souvent étatique.

Il appartient, donc, au juge d'apprécier le niveau requis, en tenant compte des critères applicables dans les deux pays concernés. Toutefois, cette incertitude ne garantit pas aux parties une force probante de l'engagement inscrit dans le cadre de leur contrat électronique international.

Conclusion de la Section II

Tout au long de la présente section, la démarche suivie fut entamée autour de la place de la signature électronique dans les systèmes juridiques étudiés. Cette

[989] Voir le site web de l'ANSSI : http://www.ssi.gouv.fr/entreprise/produits-certifies/cc/les-accords-de-reconnaissance-mutuelle/

signature ne constitue pas une simple adjonction au document d'un autre fichier informatique contenant les données d'une signature, comme une image de celle-ci par exemple, mais bien un procédé technique qui revêt plusieurs formes. Certes, une panoplie de notions et niveaux de la signature électronique ont été adoptées par le législateur et on peut, sans doute, se sentir perdu dans le dédale des définitions données à la signature électronique et des variétés retenues. Pourtant, les textes posent presque les mêmes principes : la signature, avec toutes ses formes et les procédés employés, doit répondre à une triple fonction : garantir l'identité du signataire, l'intégrité de l'acte signé et la non-répudiation par le signataire de cet acte signé. Ces trois fonctions ont une seule finalité : assurer le consentement non altéré à l'acte constituant l'engagement des parties dont le trait caractéristique est qu'il est né dans un monde virtuel. Elle doit reposer sur un procédé fiable permettant de donner à la signature électronique la force probante requise pour son équivalence avec la signature manuscrite.

Ces fonctions inhérentes à la signature électronique reposent, de manière générale, sur la technique informatique, mathématique et scientifique. Il existe une sorte d'interaction entre le droit et la technique. Le législateur exige des conditions de fiabilité qui ne reposent *in fine* que sur des standards de fiabilité technique. Si un procédé de fiabilité de la signature électronique peut être remis en cause par la technique, les exigences légales doivent être revues et s'y adapter. La technologie est en constante évolution et le législateur est appelé à la suivre. Le juge a aussi un rôle important dans le cadre de cet enjeu stratégique. Il lui appartient d'apprécier le niveau requis de fiabilité de la signature électronique, en tenant compte des critères applicables dans les pays concernés, lorsque le litige a une portée internationale. Toutefois, cette appréciation souveraine ne garantit pas toujours aux parties une force probante de l'engagement inscrit dans le cadre de leur contrat électronique international. Cela réclame la prise de conscience que l'outil électronique apporte des fonctionnalités incontournables, et qu'en contrepartie il faut bien le surveiller et de l'encadrer.

Titre II - L'exécution du Contrat électronique International

Le développement du commerce électronique passe par la sécurisation des transactions au niveau étatique, comme au niveau international. Cela ne pourra pas voir le jour sans la mise en place des systèmes rigides pour assurer la sécurité des paiements sur internet et en ligne d'une manière générale.

La sécurité du paiement en ligne est l'objet des préoccupations des acteurs de l'économie numérique, mais aussi des juristes. La crainte de comportement frauduleux justifie que le paiement en ligne donne lieu à une surveillance par différents organes.

Certaines études ont été menées sur ce qui peut constituer un frein à la décision d'achet sur internet. Nous pouvons citer une étude CREDOC/Raffour Interactif ayant indiqué que « *interrogés sur ce qu'ils considèrent comme un "frein" à la décision d'achat sur Internet, 67 % des internautes évoquent la sécurité des modes de paiement, 50 % le surcoût lié à la livraison, 47 % la réutilisation possible des données personnelles, 44 % le service après-vente […]* ».

D'autres études réalisées auprès des internautes anglais[990] et américains[991] révèlent les mêmes craintes[992]. Les e-consommateurs ne sont pas les seuls qui se méfient, les e-commerçants doivent aussi être inquiets de voir leur transaction contestée ou de se trouver victime d'une fraude informatique.

L'exécution du contrat électronique s'articule autour du paiement, réalisé le plus souvent en ligne (Chapitre I) et sur le régime de responsabilité, les risques inhérents à l'exécution ainsi que sur questions de la rétractation (Chapitre II).

---

[990] *Experian* en 2001.
[991] *PaymentOne* en 2003.
[992] D. BOUNIE, M. BOURREAU, « *Sécurité des paiements et développement du commerce électronique* », Revue économique 2004/4 (Vol. 55), p. 689-714.

Chapitre I - Le paiement électronique

Le paiement électronique existe depuis de nombreuses années dans le monde dit « *matériel* », par opposition au monde « *virtuel* ». Que ce soit par carte bancaire, par virement, l'argent virtuel est bien entré dans les processus d'achat, de vente, de prêt, etc. Pourtant le monde virtuel de l'internet, en particulier, se trouve à la recherche permanente des moyens de paiement simples, sécurisés et efficaces.

Les systèmes de paiement électroniques prennent plusieurs formes, mais leur point commun réside dans leur insertion dans des réseaux ouverts d'Internet, ce qui limite la gestion des risques sur ces réseaux.

Les règles de sécurité des paiements dans les réseaux ouverts ne sont plus maitrisables par les banques, car d'autres opérateurs sont appelés à entrer dans le processus pour assurer le paiement en ligne. Il peut s'agir des experts techniques de chiffrage, des fournisseurs de logiciels, des entreprises de télécommunication et ceux-ci ne sont pas tenus aux mêmes obligations prudentielles que les banques.

Le paiement par carte bancaire pose de nombreux problèmes liés à la capacité de distinguer le propriétaire de la carte, de celui qui a pu avoir connaissance du numéro et de la date d'expiration de celle-ci.

Il s'ajoute à ces risques que les systèmes de paiements électroniques permettent de retracer les opérations effectuées sur les réseaux d'Internet et donc d'en réduire le caractère confidentiel de données personnelles. Certes, un chèque passe de nombreuses mains avant d'être encaissés et l'information qui y figure est saisie dans divers centres de données, mais le risque d'utilisation des mêmes données pour le transfert des fonds est presque inexistant, contrairement aux données qui peuvent être saisies sur les réseaux internet.

La question de la protection des données personnelles a été régulièrement évoquée comme étant une source d'inquiétude, intimement liée à l'utilisation des nouvelles technologies de l'information pour réaliser des paiements électroniques. Qui peut garantir que les informations concernant l'utilisateur ne seront pas conservées et réutilisées ultérieurement par le fournisseur des services de paiement électronique ou bien par ses préposés ? Qui peut rassurer l'utilisateur de

ces systèmes de paiement que les informations qu'il avait saisies, ne seront pas communiquées volontairement ou interceptées par un tiers fraudeur ?

Certains cas de fraude ont été médiatisés et ont profondément marqué les esprits, comme celui de la fraude concernant les coordonnées bancaires du l'ex Chef de l'Etat français, M. Nicolas Sarkozy[993]. Est-ce n'est pas un téléconseiller de la société Téléperformance, prestataire de Canal+ depuis de nombreuses années, ayant accès aux coordonnées notamment bancaires des abonnés de la chaîne, qui avait récupéré un fichier comprenant les coordonnées bancaires de différents abonnés et les cédait à des complices en banlieue parisienne ?

Mais loin du piratage du compte de l'ex-président, avec de telles données à disposition, les risques de fraude sont très élevés.

Une autre attaque informatique de grande ampleur a eu lieu en 2011 et touchait 75 millions de clients de *Sony* dans le monde. Il s'agissait de piratages informatiques sur les sites du *Playstation Network* et de son service *Qriocity* et suite desquels le groupe japonais informait ses clients que leurs données personnelles avaient été « *compromises* ». Les pirates ont mis la main sur le nom, l'adresse, la date de naissance, les identifiants d'accès au site et l'historique des achats des clients. Non seulement ces données, les pirates ont dérobé le numéro et la date d'expiration de carte bancaire des clients mais pas le cryptogramme[994].

Ces exemples suscitent les débats sur la cristallisation des inquiétudes relatives aux données personnelles susceptibles de circuler dans les réseaux ouverts et illustrent l'importance de la confiance en la technologie et à la sécurité des systèmes de paiement électronique dans le processus d'exécution du contrat électronique.

Etant donné l'étendue du sujet, l'analyse sera limitée à quelques aspects particuliers. L'objectif sera de faire un survol des systèmes de paiements électronique en abordant la notion et les moyens de paiements les plus populaires ainsi que la sécurité attendue dans un univers complexe et d'ampleur internationale

---

[993] Magazine En-Contact, « *Fraude sur les coordonnées bancaires de Nicolas Sarkozy : les centres d'appels de Canal+ et Teleperformance impliqués* », 15 juin 2009. Article accessible sur le site : http://www.en-contact.com/

[994] Le numéro à trois chiffres au dos de la carte. Article de presse disponible sur le site : http://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/piratage-du-playstation-network-etes-vous-bien-protege_1354748.html

(Section I). Dans un autre souci d'éclairer le niveau de protection offert aujourd'hui aux internautes en ligne utilisant les systèmes de paiements électroniques, nous traiterons les principales solutions de paiement électronique (Section II).

Section I - Le régime juridique des paiements électroniques

Avant de se pencher sur les paiements transfrontaliers au niveau européen (Sous-section II), il convient d'examiner le régime des transferts internationaux de fonds (Sous-section I).

Sous-section I - Le régime des transferts internationaux de fonds

Le développement qui suit, se focalise sur les contours des paiements internationaux, afin d'appréhender leur notion (I) ainsi que sur les transferts internationaux de fonds relatifs aux transactions courantes et commerciales (II). Nous traitons, également, la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux au regard de sa place dans le régime de transferts de fonds (III).

I - Notions à retenir

Les deux notions qu'il convient de clarifier se rapportent, d'une part, aux paiements internationaux (a) et d'autre part, aux transferts de fonds (b).

A - Notion des paiements internationaux

Dans le langage courant, le terme « *paiement* » désigne l'action de verser une somme d'argent qui est due. Mais on renverra à la technique juridique, le lexique des termes juridiques donne le sens suivant au « *paiement* » : « *exécution volontaire d'une obligation, quel qu'en soit l'objet (versement d'une somme d'argent, livraison de marchandises…) libérant le débiteur et éteignant la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier. Le paiement en France d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Lorsque l'obligation procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger, il peut avoir lieu en une autre devise. Le paiement est un fait qui peut être prouvé par tous les moyens* »[995]. Le paiement est donc un moyen d'extinction des obligations, quel qu'en soit l'objet.

[995] S. GUINCHARD, TH. DEBARD, « *Lexique des termes juridiques* », 24ème éd., Dalloz 2016-2017.

Pour la doctrine, l'acte de paiement constitue un acte juridique analysé comme une convention entre le créancier qui accepte que le débiteur soit déchargé de l'obligation qu'il avait envers lui, en exécutant sa prestation[996], ou comme un acte unilatéral puisque la libération du débiteur ne dépend pas de la volonté du créancier[997].

Le paiement électronique quant à lui, appelé aussi « paiement en ligne » est tout simplement un échange d'argent par les systèmes de paiements électroniques, soit à travers l'internet ou des réseaux de télécommunications.

Cette notion renvoie à celle de l'ordre de paiement électronique qui est défini comme un acte juridique par lequel « *le débiteur d'une obligation de payer demande à son établissement de crédit auquel il a confié ses actifs liquides et qui met à sa disposition un moyen de paiement électronique, de régler la créance auprès de son créancier par le biais de l'établissement de crédit de celui-ci* »[998].

Dans un contexte international, on se retrouve familiariser avec les appellations « *paiements internationaux* » et « *paiements transfrontaliers* ».

B - La notion de transferts de fonds

Le transfert de fonds est défini comme « *une circulation de monnaie par un simple jeu d'écritures* »[999]. Il est considéré comme international dès lors que l'expéditeur de fonds et le bénéficiaire du transfert se trouvent dans des Etats différents. Ce caractère international ne dépend pas de la nationalité des acteurs impliqués dans sa réalisation ou de la devise dans laquelle s'effectue le transfert[1000].

La loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux adopte la même approche pour caractériser l'internationalité d'un virement en annonçant dans le

---

[996] P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Les obligations* », 3ème éd., 2007, Defrénois, n° 1075.
[997] A. BENABENT, « *Les obligations* », 11ème éd., 2007, Montchrestien, n° 783.
[998] M.-E. MATHIEU, « *Fasc. 125 : TRANSACTIONS BANCAIRES ET FINANCIÈRES À DISTANCE. – Droit communautaire et droit français* », 3 Février 2004 (mise à jour : 16 Août 2005).
[999] J. STOUFFLET, « *Instrument de paiement et de crédit. Effets de commerce, chèques, carte de paiement, transfert de fonds* », 8ème éd., septembre 2012, Paris, LexisNexis, p. 471, n° 373.
[1000] R. BISMUTH, « *Transferts internationaux de fonds- libération restrictions et contrôle* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, janvier 2015.

premier article que : « *la présente loi s'applique à un virement lorsqu'une banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents* ».

Le transfert international de fonds constitue un débit d'un compte en devise ouvert au nom du banquier donneur d'ordre chez un confrère, appelé correspondant étranger, à charge pour ce dernier de faire suivre l'opération vers son bénéficiaire final, le cas échéant en recourant lui-même à ses propres correspondants, nationaux ou étrangers[1001].

Le transfert international de fonds, quelle que soit la manière dont il est effectué, est au cœur des préoccupations des pouvoirs publics qui surveillent les mouvements de capitaux. Cela est justifié par le souci des Etats de veiller à la santé de leur monnaie, de lutter contre l'évasion de leurs réserves en devises et d'une manière générale, de contrôler leur balance des paiements[1002], d'autant plus que le transfert international de fonds peut se caractériser par un transfert invisible lié aux techniques modernes de communication. L'exemple donné par un auteur[1003] est celui de deux personnes liées par des relations d'affaires, qui se traduit par la disparition d'une dette exprimée dans une monnaie et d'une créance corrélative exprimée dans une autre monnaie.

Dans le système monétaire international (qui constitue l'organisation des relations monétaires entre les pays qui ont besoin de monnaie pour les mêmes raisons) et face à la difficulté de transférer un moyen de paiement physique, le commerce international a opté pour la monnaie scripturale. Celle-ci simplifie les règlements des transactions qui ne sont plus effectuées entre les agents eux-mêmes, mais entre leurs banques.

C'est ainsi donc, comme le décrit un auteur, « *les banques peuvent compenser les règlements que certains de leurs clients reçoivent avec ceux que d'autres doivent effectuer. Et elles-mêmes n'ont besoin de se régler entre elles que des soldes. En fait, il n'est pas nécessaire de faire circuler des chèques, il suffit d'émettre une information qui aboutit à ce que, à l'autre bout du monde, un compte*

[1001] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « *Les systèmes de règlements interbancaires* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 10, 2006.
[1002] C. J. BERR, « *Circulation des capitaux (Paiements internationaux et investissements)* », *in* Répertoire de droit commercial, Dalloz, octobre 2009 (actualisation : juin 2016).
[1003] C. J. BERR, « *Circulation des capitaux (Paiements internationaux et investissements)* », *Ibid*.

soit crédité et un autre débité dans des livres de banques. Les progrès de la technologie permettent de faire cela en un temps et à un coût qui n'ont cessé de se réduire. Et pour faciliter leurs opérations entre elles, les banques internationales ont toutes des comptes les unes chez les autres. La compensation n'est pas effectuée à un moment et en un lieu donnés ; elle est effectuée en permanence dans les banques qui ont ouvert des comptes à leurs correspondants : un même compte peut être, dans la journée, débité puis crédité un certain nombre de fois »[1004].

Il n'existe pas un régime unifié de règles applicables aux transferts internationaux de fonds. Plusieurs régimes coexistent régulant ces opérations en fonction du cadre dans lequel le transfert sera réalisé[1005]. Les règles internationales relatives à la libération la régulation et le contrôle des transfert internationaux de fonds sont administrées principalement par le Fonds monétaire international en ce qui concerne les opérations de transfert réalisées en contrepartie d'une transaction internationale courante et par l'Organisation mondiale de commerce concernant les transferts de fonds relatifs aux transactions commerciales.

II - Transferts internationaux de fonds se rapportant aux transactions courantes et commerciales

Il convient dans ce cadre d'examiner le rôle du Fonds monétaire international (A) ainsi que les compétences allouées à l'Organisation mondiale de commerce concernant les transferts de fonds afférents aux transactions commerciales (B).

A - Le rôle du Fonds monétaire international

Le système international de régulation des relations monétaires avait été confirmé dès la conférence des Nations-Unies à *Bretton Woods* en juillet 1944 au cours de laquelle le Fonds monétaire international a été créé. Les quarante-quatre pays représentés à la conférence voulaient établir un cadre de coopération économique pour éviter que ne reproduisent les dévaluations compétitives qui avaient contribué à la grande crise des années 30.

[1004] L. MICHEL, « *Introduction*, *Le système monétaire international* », Paris, La Découverte, « *Repères* », 2011, 128 pages.
[1005] R. BISMUTH, « *Transferts internationaux de fonds- libération restrictions et contrôle* », *op.cit*.

Le premier objectif du fonds monétaire international est de veiller à la stabilité du système monétaire international, c'est à dire, le système international de paiements et de change qui permet aux pays et à leurs citoyens de procéder à des échanges entre eux[1006]. Les statuts du Fonds entrèrent en vigueur le 27 décembre 1945 et il groupe aujourd'hui cent quatre vingt neuf membres.

Le Fonds monétaire international est doté des compétences lui permettant « *[d]'établir un système multilatéral de règlement des transactions courantes entre les Etats membres et [d]'éliminer les restrictions de change qui entravent le développement du commerce mondial »*[1007]. Les transactions courantes du Fonds sont « *les paiements qui n'ont pas pour objet le transfert de capitaux* »[1008]. Une liste indicative est insérée dans le même article et incluse comme transactions courantes : « 1*) tous les paiements dus au titre du commerce extérieur et des autres opérations courantes, y compris les services, ainsi que les facilités normales à court terme de banque et de crédit ; 2) les paiements dus au titre d'intérêts sur des prêts ou de revenus nets d'autres investissements ; 3) les paiements d'un montant modéré pour l'amortissement d'emprunts ou la dépréciation d'investissements directs ; et 4) les envois de fonds d'un montant modéré pour charges familiales* ». Les règlements relatifs aux transactions commerciales internationales sont donc couverts par les statuts du Fonds monétaire international et les Etats membres sont tenus d'en assurer la libération.

L'article VIII des Statuts du fonds impose aux pays membres de maintenir un système de change ne comportant ni restrictions sur les paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes, ni pratique de taux de change multiples, ni mesures discriminatoires à l'égard de monnaies, sauf autorisation du Fonds.

Un autre objectif du fonds est le maintien de la convertibilité des monnaies. Les Statuts du Fonds monétaire international imposent aux Etats membres une obligation de convertibilité dans leur propre monnaie des avoirs détenus par d'autres Etats membres, dés lors que ces avoirs ont été acquis du fait de

[1006] Voir le site du Fonds monétaire international, accessible sur le lien : https://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/glancef.htm
[1007] Art. I Statuts du FMI.
[1008] Art XXX, d.

transactions courantes ou que leur conversion est nécessaire pour effectuer des paiements afférents à des transactions courantes[1009].

Toutefois, le Fonds a interdit aux Etats membres d'imposer des « *restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes* »[1010]. Mais cette interdiction est relative, car les restrictions étatiques peuvent être approuvées par le Fonds dans certaines situations[1011].

En outre, elles échappent au régime de restrictions les mesures de contrôle des changes. L'ensemble des procédures adoptées par les Etats, comme les procédures de vérification qui sont susceptibles de ralentir ou différer les opérations de transferts de fonds ne constituent pas des restrictions, à moins qu'elles soient disproportionnées[1012]. Enfin, cette interdiction de restrictions porte sur les paiements et transferts et pas sur les transactions commerciales, l'interdiction d'une transaction sur une marchandise relève de la compétence de l'Organisation mondiale de commerce.

D'une manière générale, le Fonds monétaire international fut crée comme une institution à caractère permanent, offrant un cadre de coopération en matière de régulation monétaire internationale[1013].

B - Compétences de l'Organisation mondiale de commerce concernant les transferts de fonds afférents aux transactions commerciales

Le commerce international et les services financiers constituent des moteurs de croissance importants dans les économies d'aujourd'hui. Le transfert des fonds étant nécessaire à la réalisation des transactions commerciales internationales, il n'est pas surprenant que les accords commerciaux multilatéraux tiennent compte des sujets monétaires.

[1009] Art. VIII, sect. 4.
[1010] Art. VIII (2).
[1011] (Art. VIII, sect. 2, a).
[1012] Re. BISMUTH, « *Transferts internationaux de fonds- libération restrictions et contrôle* », *op. cit*.
[1013] P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, « *Droit international public* », Précis, 13ème éd., Dalloz, Septembre 2016, p. 738.

L'OMC issue de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 est une organisation internationale, dotée de la personnalité juridique comme de privilège et d'immunités par l'article VIII de sa charte 1[1014]. Elle est composée de cent soixante deux pays membres qui traite des règles régissant le commerce entre pays. Avec l'adhésion de la Russie en août 2012, elle regroupe toutes les principales puissances commerciales[1015].

Les restrictions visant le commerce ainsi que les paiements et transferts liés au commerce sont interdits par le GATT. L'article XV, 9 du GATT indique en effet qu' « *aucune des dispositions du présent Accord n'aura pour effet d'interdire (a) le recours, par une partie contractante, à des contrôles ou des restrictions en matière de change qui seraient conformes aux Statuts du [FMI]* ».

Dans la même veine, le GATS (l'Accord sur le commerce des services) prévoit dans son article XI, 1 « *un Membre n'appliquera pas de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes ayant un rapport avec ses engagements spécifiques* ». Cette obligation ne constitue pas un engagement général de l'ensemble des Etats membres de l'OMC, elle ne s'applique que dans le cadre des engagements spécifiques de libéralisation des services qui ont été pris par les Etats membres.

Dans un Rapport du groupe spécial du 10 novembre 2004 a considéré que « *l'article XI n'empêche pas les Membres de réglementer l'utilisation des instruments financiers, comme les cartes de crédit, à condition que ces réglementations soient compatibles avec les autres dispositions pertinentes de l'AGCS* »[1016].

S'il semble mondialement admis, sous l'influence d'organisations internationales telles que le Fonds monétaire international et l'Organisation mondiale du commerce, que la liberté de circulation des moyens de paiement est un des fondements de l'économie libérale, il reste, néanmoins des problèmes soulevés par les paiements internationaux.

[1014] P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, « *Droit international public* », *Ibid*, p. 745.
[1015] Voir le site du FMI, accessible sur le lien : http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/imfwtof.htm
[1016] V. R. BISMUTH, *op.cit*.

Ces problèmes sont liés au coût des opérations qui est très variable selon les pays et qui est généralement proportionnel aux sommes transférées. Ce coût correspond au prix de service rendu par les acteurs intervenants dans l'opération de transfert d'argent et qui sont les auxiliaires nécessaires aux transferts. Selon un auteur, « *dans ce domaine règne une concurrence active que viennent parfois restreindre certaines ententes ou pratiques concertées favorisées par l'absence d'un pouvoir de contrôle international sur leur conformité à l'ordre public économique* »[1017].

D'autres problèmes sont afférents aux conflits de lois qui peuvent naître à l'occasion de certaines opérations de transferts, en fonction du moyen de paiement choisi pour réaliser l'opération. En matière de virement international, plusieurs lois peuvent s'appliquer selon les rapports en question : entre donneur d'ordre et le banquier, entre celui-ci et son confrère à l'étranger et entre ce dernier et le bénéficiaire du virement. Certes, plusieurs conventions, telles que la convention de Genève du 11 mars 1931 sur le chèque[1018], ont vu le jour mais leur mise en œuvre doit être relativisée.

III - Les transferts internationaux de fonds et la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial International (CNUDCI) a adopté le 15 mai 1992 la loi type sur les virements internationaux. Ce texte traite des opérations portant sur l'instruction donnée par un donneur d'ordre à une banque de mettre à la disposition d'un bénéficiaire un montant spécifié. Il régit des questions relatives aux obligations de l'expéditeur d'une instruction et de la banque réceptrice, le moment du paiement de la banque réceptrice et la limitation de la responsabilité d'une banque envers son expéditeur ou envers le donneur

[1017] C. J. BERR, « *Circulation des capitaux (Paiements internationaux et investissements)* », *op.cit.*

[1018] La convention de Genève ne lie que certains Etats et ne régit que certaines matières (capacité active et passive, forme, effets des obligations nées du chèque…), mais n'aborde pas les conditions de validité de l'obligation née du chèque, capacité d'une personne morale de s'obliger par chèque…il a été jugé que la convention de Genève n'pas pas pour effet de désigner la loi compétente en matière de responsabilité bancaire (Cass. 1ère civ., 23 janvier 2007, n° 03-13.422, *Caisse Epargne Sarrebruck c/ SCI Uzège,* Bull. 2007, I, n° 32 p. 28, Juris-Data n° 2007-037031).

d'ordre lorsque le virement est retardé[1019]. La loi type ne règle pas toutes les questions de conflits de lois et elle n'a aucun caractère contraignant[1020].

La loi type s'applique « *de la même manière qu'aux banques, aux autres entités qui, dans le cadre normal de leurs activités, exécutent des ordres de paiement* »[1021], ce qui permet de considérer que tous les établissements financiers ou non sont inclus, notamment les établissements privés qui gèrent des porte-monnaie électroniques ou créant de la monnaie électronique. Toutefois, les dispositions de l'article 2 désignent par l'ordre de paiement « *l'instruction inconditionnelle, sous quelque forme qu'elle soit donnée par un expéditeur à une banque réceptrice, de mettre à la disposition d'un bénéficiaire une somme d'argent déterminée ou déterminable i) Si la banque réceptrice doit être remboursée par l'expéditeur, par débit du compte de celui-ci ou par un autre moyen ; et ii) Si l'instruction n'indique pas que le paiement doit être effectué sur la demande du bénéficiaire* ». Cette obligation de rembourser la banque réceptrice est non conforme au mécanisme de porte-monnaie électronique et monnaie virtuelle qui est fondé sur des unités prépayées par l'acheteur qui ne transfère que des droits dont il est titulaire. En conséquence, il semble difficile d'appliquer la loi-type sur ces nouveaux moyens de paiement.

Il résulte de ce qui précède, que face au champ d'application limité de la loi-type de la CNUDCI, instrument essentiel utilisé dans le cadre de paiements internationaux, il paraît nécessaire de procéder à l'élaboration d'un cadre unifié adapté aux moyens de paiements électroniques.

Sous-section II - Les paiements transfrontaliers au sein de l'Union européenne

La législation européenne en matière de paiements électroniques connaît plusieurs initiatives antérieures à la standardisation de l'Internet. Certaines de ces

[1019] J.-F. RIFFARD, « *Virement* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Banque - Crédit – Bourse, LexisNexis, 6 Janvier 2016, Fasc. 390.
[1020] J. STOUFFLET, « *Fasc. 120 : BANQUE ET OPÉRATIONS DE BANQUE. – Statut bancaire en droit international. – Conflits de lois* », JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse, 15 Mars 2007 (mise à jour : 27 Janvier 2016), LexisNexis.
[1021] Art. 1, parag. 2.

initiatives relèvent des recommandations européennes (I), d'autres des directives européennes (II).

I - Recommandations européennes

Des jalons en matière d'électronique et de moyen de paiement ont été posés dés la première recommandation n° 87/598 du 8 décembre 1987. Celle-ci préconisait l'application d'un code de conduite en matière de paiements électroniques[1022].

Une seconde recommandation n° 88/590 du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement, en particulier, les relations entre émetteurs et titulaire de cartes est venue compléter la première. Elle avait recommandé que les moyens de paiement ne soient délivrés qu'à la demande du consommateur et imposait aux prestataires de consigner les opérations réalisées à l'aide de ce moyen de paiement pour en garder une preuve en cas de contestation ou d'erreur. Aussi, un exemplaire de ce relevé de ces opérations devant être régulièrement envoyé au consommateur. Elle établissait aussi les conditions de responsabilité des émetteurs en cas d'inexécution ou exécution fautive des ordres de paiement et opérations connexes d'un titulaire de carte ainsi que pour les opérations non autorisées par le titulaire, en cas de perte, de vol ou de reproduction de son moyen de paiement sous réserve de certaines conditions.

Puis, le 30 juillet 1997, une dernière recommandation n° 97/489 avait été adoptée sur les instruments de paiement électronique. Elle avait pour objectif d'assurer un degré élevé de protection des usagers en vue de faciliter un marché intérieur de ces moyens de paiement. Cette recommandation reprend et complète les dispositions des deux premières.

Ces recommandations ont fait l'objet d'un suivi par la Commission européenne qui a indiqué qu'elle adopterait un instrument plus contraignant aux Etats membres, si leur mise en application demeurerait trop insatisfaisante[1023].

[1022] V. CHRISTIANOS, F. PICOD, « *Consommateurs* », *in* Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2003 (actualisation : juin 2016).

[1023] A. RAYNOUARD, « *Banque* », *in* Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2006, (actualisation avril 2016).

Le 7 février 2001 a marqué l'adoption de la communication de la commission (COM 2001/66) dont l'objectif est de faciliter la libre prestation de services tout en renforçant la confiance des consommateurs. Cette communication (qui est ultérieurement complétée par la communication du 14 mai 2003 sur l'application aux services financiers des articles 3-4 à 3-6, de la Directive sur le commerce électronique, COM 2003/259) met en place trois domaines d'action pour le développement des services financiers en ligne. Il s'agit d'un programme de convergence des règles contractuelles et non contractuelles, ensuite, des mesures ciblées favorisant la confiance des consommateurs à l'égard des mécanismes de recours transfrontalier et des paiements *via* Internet, et enfin, une meilleure coopération entre autorités de surveillance[1024].

II - Directives européennes

Avec la croissance des activités de commerce électronique et le développement du réseau Internet à la fin des années 90, une vague de législations est apparue, s'en souvient-on, dans le monde. L'Union européenne, de son côté, a connu l'adoption de deux Directives d'importance majeure : la Directive de 1999 sur la signature électronique et la Directive 2000 sur le commerce électronique. Ces deux Directives s'appliquent aussi aux activités bancaires puisqu'elles constituent le cadre commun de la conclusion d'un contrat en ligne.

L'article 3 dit « *marché intérieur* » de la Directive sur le commerce électronique, s'applique aux services financiers proposés sur le territoire de l'Union européenne. Il dispose que « *1. Chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné. 2. Les Etat membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre* ». Des dérogations sont prévues, toutefois, se rapportant à certaines activités qui sont régies par d'autres instruments juridiques, telles que les activités d'assurance, l'émission de monnaie électronique par un établissement de crédit non passeporté ou bien la liberté des

[1024] A. RAYNOUARD, « Banque », *Ibid*.

parties de choisir le droit applicable à leur contrat. En plus des restrictions de l'Etat lorsqu'il existe un objectif d'intérêt général.

Les services financiers connaissent des spécificités qui appelaient une articulation des normes générales avec les instruments européens consacrés aux services financiers et une adaptation de ces services aux activités de commerce électronique. Il convient, à ce titre, d'étudier les apports de la Directive sur les services financiers à distance (A) et de la directive sur les services de paiement (B).

A - Directive services financiers à distance

Afin de renforcer la confiance des consommateurs, leur offrir un choix plus large et assurer la concurrence sur le marché intérieur des services financiers, l'Union européenne a adopté la Directive n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et qui devait être transposée par les Etats membres au plus tard le 09 octobre 2004. L'objectif recherché avec ce texte est de fournir, au niveau européen, un cadre juridique harmonisé et approprié pour les contrats à distance en matière de services financiers.

Cette Directive couvre selon le considérant 14 « *tous les services financiers qui peuvent être fournis à distance* », à savoir les services bancaires, de paiement et autres fonds de placement, etc., commercialisés par des professionnels (fournisseurs) à des consommateurs par téléphone, télécopieur, minitel, Internet, courrier, catalogue, etc. Autrement dit, les services financiers négociés à distance sans qu'il y ait une présence physique et simultanée des parties au contrat.

Sans entrer dans le détail de ses dispositions, ce qui est remarquable c'est que cette Directive prévoit un droit de remboursement en cas d'impossibilité d'exécution de certains contrats financiers à terme et exige un consentement préalable du consommateur à la fourniture de services financiers à distance. Par ailleurs, le consommateur doit pouvoir demander l'annulation ou le remboursement d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats couverts par la Directive. Cette disposition, reprenant le principe posé par la Directive « *vente à distance* », résulte de la recommandation 97/489 du 30 juillet 1997.

B - Directives sur les services de paiement

La première Directive sur les services de paiement a été adoptée le 13 novembre 2007[1025]. Elle visait à garantir un accès équitable et ouvert aux marchés des paiements et à renforcer la protection des consommateurs. Son but est de rendre des paiements transfrontaliers aussi aisés, et sécurisés. Elle vise aussi à renforcer la concurrence en ouvrant les marchés des paiements aux nouveaux venus, élément permettant d'accroitre l'efficacité et de réduire les coûts. La Directive fournit le fondement juridique nécessaire à la création d'un espace unique de paiement en euros.

Mais avec le développement rapide des paiements électroniques, le marché des paiements de détail a connu d'importantes innovations technologiques mettant à l'épreuve le cadre juridique de la Directive n° 2007/64/CE, raison pour laquelle, la Commission européenne a adopté un livre vert intitulé « *vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile* » (COM 2011-941), et qui a été suivi d'une consultation le 11 janvier 2012.

La commission a ensuite publié, le 23 juillet 2013, un paquet législatif comprenant une proposition de révision de la Directive sur les services de paiement, et le 25 novembre 2015 la Directive n° 2015/2366 concernant les services de paiement dans le marché intérieur[1026] a été adoptée, abrogeant la Directive européenne du 13 novembre 2007. Ce nouveau cadre doit permettre de prendre en compte les évolutions technologiques et les nouvelles pratiques apparues sur le marché des paiements, notamment en lien avec la croissance de commerce électronique.

Deux objectifs ont été assignés au texte. Il s'agit, d'une part, de créer des conditions de concurrence égales pour toutes les catégories de fournisseurs de services de paiement et d'autre part, de faciliter l'offre de services transfrontaliers de paiement par carte, internet et téléphone mobile en établissant un marché unique pour tous les paiements de détail.

Cette Directive tient compte des innovations techniques et de développement des paiements électroniques et mobiles avec une volonté de favoriser la confiance

[1025] C. CASTETS-RENARD, « *Commerce électronique* », *op.cit.*
[1026] *JO L 337 du 23.12. 2015, p. 35-127.*

dans le système mis en place et de permettre un choix aux utilisateurs, ce qui implique que les services de paiement soient transparents[1027].

Par ailleurs, dans le souci de permettre le développement de nouveaux types de services de paiement, la Directive a introduit une définition neutre des services de paiement. De même, elle prend en compte l'apparition de nouveaux types de services de paiement liés à internet.

La Directive gère aussi les questions de la protection des données. L'article 94 dispose que « *les Etats membres autorisent le traitement des données à caractère personnel par les systèmes de paiement et les prestataires de services de paiement lorsque cela est nécessaire pour garantir la prévention, la recherche et la détection des fraudes en matière de paiements* ». Mais il est aussi précisé que les prestataires de services de paiement n'ont d'accès à des données à caractère personnel, ne les traitent et ne les conservent qu'avec le consentement explicite de l'utilisateur des services de paiement.

En résumé, ces nouvelles règles et d'autres prévues par la Directive doivent combler les lacunes réglementaires, tout en garantissant une clarté juridique et une application cohérente du cadre législatif dans le marché intérieur.

Cette révision du cadre législatif des services de paiement est complétée par le règlement n° 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015. Ce règlement instaure en particulier des règles concernant la facturation des commissions d'interchange sur les opérations de paiement liées à une carte de paiement.

Un autre règlement de l'Union européenne concernant les paiements transfrontaliers[1028], est consacré aux paiements dans tous les Etats membres et établit comme principe de base que les frais prélevés par les prestataires de services de paiement doivent être les mêmes pour les paiements nationaux et transfrontaliers. Il ramène les frais applicables aux transactions transfrontalières effectuées en euros au niveau des tarifs nationaux. Sur ce point, il convient de

---

[1027] D. LEGEAIS, « *Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur* », RTD Com. 2016, Dalloz, p.163.

[1028] Règlement n° 924/2009 du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté et abrogeant le règlement (CE) n° 2560/2001 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L 266 du 9.10.2009, p. 11–18*.

préciser que l'article 19 de la Directive n° 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs ajoute que « *s'agissant de l'utilisation d'un moyen de paiement donné, les États membres interdisent aux professionnels de facturer aux consommateurs des frais supérieurs aux coûts qu'ils supportent pour l'utilisation de ces mêmes moyens* ».

Ce règlement n° 924/2009 concerne toutes les transactions de paiements électroniques dont les virements et les paiements par cartes.

Conclusion de la Section I

S'il semble mondialement admis, sous l'influence d'organisations internationales telles que le Fonds monétaire international et l'Organisation mondiale du commerce, que la liberté de circulation des moyens de paiement est un des fondements de l'économie libérale, il reste, néanmoins des problèmes soulevés par les paiements internationaux.

Ces problèmes sont liés au coût des opérations qui est très variable selon les pays et qui est généralement proportionnel aux sommes transférées.

En outre, le champ d'application limité de la loi-type de la CNUDCI, instrument essentiel utilisé dans le cadre de paiements internationaux, incite à procéder à l'élaboration d'un cadre unifié adapté aux moyens de paiements électroniques.

Des jalons en matière d'électronique et de moyen de paiement ont été posés par l'Union européenne dés la première recommandation n° 87/598 du 8 décembre 1987 et des directives européennes ont été adoptées pour tenir compte des innovations techniques et de développement des paiements électroniques avec une volonté de favoriser la confiance dans le système mis en place et d'offrir un choix aux utilisateurs. Tout cela implique que la sécurité juridique des services de paiement électronique doit être garantie par les autorités publiques et doit s'adapter en permanence aux évolutions technologiques.

Section II - Les principales solutions de paiement électronique

Les instruments de paiement ont évolué avec l'informatisation de la société et le développement du commerce électronique. La conséquence logique est que le paiement est lui-même transmis par des moyens électroniques, par voie de réseaux ouverts ou fermés. Il convient de se pencher en premier temps sur les moyens de paiement traditionnels mis en ligne et leur adéquation ou non au contexte numérique (Sous-section I), avant d'aborder les solutions de paiement électronique et les risques qui y sont afférents (Sous-section II).

Sous-section I - Les moyens traditionnels de paiements mis en ligne

La transposition des systèmes traditionnels de paiement pour le contexte numérique n'est pas totalement efficace. Un auteur estime que « *les enjeux liés à ce nouvel environnement, notamment concernant les transactions de faibles montants, exigent l'émergence de nouvelles solutions* »[1029].

En effet, le paiement en ligne pose le double problème de l'authentification du professionnel et du client ainsi que la confidentialité des données transmises. Les internautes hésitent parfois à donner leur numéro de carte bancaire sur le réseau ou de recourir au mode de paiement traditionnel adapté par crainte de manque de sécurité dans les processus développés. Des solutions à la fois juridiques et techniques peuvent contribuer à apporter une sécurité des paiements en ligne et notamment au niveau international.

Si de multiples modes de paiements sont actuellement à l'essai, la carte de paiement reste la méthode dominante de paiement en ligne et les contractants par voie électronique s'exposent à des niveaux de fraude plus élevés résultant de l'utilisation de cartes volées ou de numéro de carte obtenu de manière illégale, ce qui exige que ce mode de paiement soit inéluctablement sécurisé (I). En plus de la carte de paiement, d'autres modes de paiement traditionnels adaptés au numérique sont apparus (II).

[1029] A. HASNAOUI, F.-M. LENTZ, « *Proposition d'un modèle d'analyse des déterminants de l'adoption et de l'usage des systèmes de paiement électronique " B2C "* », *Management & Avenir* 2011/5 (n° 45), p. 223-237.

I - L'utilisation de la carte de paiement

La carte de paiement est définie par plusieurs acteurs. On peut en retenir la définition désignant la carte comme « *instruments de nature contractuelle destinés à réduire le volume et le coût des règlements entraînés par les moyens traditionnels incarnés par les espèces et les chèques* »[1030]. Au-delà de cette définition, la carte bancaire est le moyen le plus connu des instruments destinés à faire circuler la monnaie scripturale sans support papier[1031]. Cela nécessite des techniques de sécurisation de ce mode de paiement (A) et une sécurité juridique suffisante (B).

A - La sécurisation des paiements par carte bancaire

Monsieur Christian Noyer, ancien gouverneur de la Banque de France et ancien président de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, a présenté lors d'une conférence de presse, le 13 juillet son rapport annuel pour 2009. Dans ce rapport on retient plus spécialement que la fraude sur les cartes de paiement a légèrement augmenté par rapport à l'année 2008, notamment lors des achats sur internet. Ainsi « *le taux de fraude s'établit pour l'année 2009 à 0,072 % des transactions, ce qui représente un montant de 340 millions d'euros* », alors qu'en 2008, c'était à 0,069% et la fraude représentait 320 millions d'euros[1032].

Dans le treizième rapport annuel d'activité de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement relatif à l'exercice 2015[1033], il a été constaté que « *la fraude transfrontière continue de se développer de façon significative, pour approcher les 300 millions d'euros en 2015, soit une progression de 30 millions d'euros sur un an (avec un taux de fraude de 0,372 %). Ainsi, les transactions transfrontières supportent 57 % de la fraude, alors qu'elles ne représentent que 12,6 % du total des paiements en montant* ». Mais selon le même rapport « *cette fraude est toutefois hétérogène : pour les paiements avec des cartes françaises effectués à*

[1030] D. GIBIRILA, « *Carte de paiement* », *in* Répertoire de droit commercial, Dalloz, mars 2012 (actualisation : janvier 2016).

[1031] D. PLIHON, « *I. La monnaie, instrument de paiement,* La monnaie et ses mécanismes », Paris, La Découverte, « *Repères* », 2013, 128 pages.

[1032] « *Hausse des fraudes sur les cartes de paiement en 2009, surtout sur internet* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, nº 63, du 01/08/2010, p. 71.

[1033] Le treizième Rapport annuel d'activité de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement (OSCP), relatif à l'exercice 2015, adressé par Monsieur François Villeroy de Galhau, gouverneur de la Banque de France, président de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, à Monsieur le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique Monsieur le ministre des Finances et des Comptes publics Monsieur le président du Sénat et Monsieur le président de l'Assemblée nationale. Accessible en ligne sur le lien : https://observatoire.banque-france.fr/uploads/media/OSCP-rapport-annuel-2015.pdf

l'étranger, le taux de fraude est globalement moins élevé quand ils sont effectués au sein de l'espace SEPA[1034] *(taux de fraude de 0,459 %) qu'en dehors de l'espace SEPA (0,692 %)* ». Une réalité qui revient selon le rapport aux efforts entrepris en Europe pour renforcer la sécurité des paiements par carte, notamment par la généralisation du standard EMV[1035], alors que « *d'autres zones géographiques (notamment l'Asie et les États-Unis) sont encore en phase de migration vers le standard EMV. La progression de cette migration devrait conduire à terme à une meilleure maîtrise de la fraude aux points de vente et aux automates pour les porteurs de cartes françaises* »[1036].

Pour assurer un niveau de sécurité des paiements par carte bancaire sur Internet, il s'est exposé trois types d'offre de sécurisation qui coexistent.

Tout d'abord, le système SSL[1037] sans intermédiaire qui constitue le système de sécurisation des transactions le plus utilisé sur internet. Il permet de transmettre de manière sécurisée le numéro de carte bancaire sur Internet et fait appel à quatre acteurs : l'internaute, le e-marchand, l'autorité de certification et la banque du e-marchand. On reconnaît son utilisation dans les sites d'e-commerce dans la barre de navigateurs web (cadenas ou clé) et par le préfix « https:// » en tête des URL au niveau de la barre d'adresses de ces navigateurs.

Mais la faiblesse de ce système réside dans l'existence d'une asymétrie d'information double entre l'e-marchand et l'intermédiaire au cours de la transaction. D'une part, l'e-marchand n'est pas certain de l'existence de l'internaute avec la possibilité de répudiation tardive de l'acte de paiement dans la mesure où l'utilisateur ne porte pas sa signature électronique pour la transaction et d'autre

---

[1034] L'Espace unique de paiements en euros.

[1035] Europay Mastercard Visa (EMV), est un standard international de sécurité des cartes de paiement (cartes à puce). Il tire son nom des organismes fondateurs : Europay International, Mastercard International et Visa International. Il définit un ensemble de spécifications techniques fonctionnelles pour les cartes de paiement à puce.

[1036] Le Rapport de 2015 rajoute une nuance concernant l'espace SEPA : « *pour les porteurs de cartes étrangères effectuant des paiements auprès de commerçants établis en France, le taux de fraude sur les transactions avec des cartes émises dans la zone SEPA (0,153 %) est plus de deux fois inférieur à celui des cartes émises dans une autre région du globe (0,353 %), ce qui souligne à la fois l'effet positif de la définition d'exigences communes au sein de l'Union européenne, ainsi que le report des transactions frauduleuses vers d'autres zones géographiques que la zone SEPA ; • dans tous les cas, le canal de vente à distance reste le plus vulnérable, avec des taux de fraude supérieurs à 1 %, sauf pour les paiements auprès d'e-commerçants établis en France par des porteurs de cartes de l'espace SEPA (0,529 %), qui bénéficient du bon niveau d'équipement des e-commerçants français en dispositif d'authentification forte* ».

[1037] *Secure Socket Layer*.

part, l'internaute n'est pas rassuré que l'e-marchand n'utilisera ultérieurement le numéro de sa carte bancaire[1038].

Le problème de la double asymétrie d'information a fait apparaitre le système SSL avec intermédiaire. Ce système repose sur l'existence d'un intermédiaire au cours de la transaction. Son rôle d'offrir de la sécurité en implémentant le protocole SSL sur le serveur marchand, en distribuant le certificat électronique à l'e-marchand[1039] et en assurant la maintenance[1040]. L'intermédiaire est souvent un acteur bancaire ou de plates-formes de commerce électronique. L'avantage de ce système réside dans la garantie offerte par l'intermédiaire que le e-marchand existe réellement d'une part, et que les références bancaires de l'internaute ne sont pas accessibles au e-marchand[1041].

Lors de la phase de paiement, le navigateur de l'internaute est redirigé vers le site web d'un intermédiaire et à ce niveau que l'internaute peut saisir le numéro de la carte bancaire et la date de validité associée. Toutefois pour certains auteurs[1042], l'absence de signature électronique du porteur de la carte bancaire pendant la transaction rend difficile l'authentification avec certitude l'internaute.

Pour ce dernier point, il convient de souligner l'importance de mettre fin à la possibilité de régler un achat par carte bancaire en délivrant seulement les informations faciales de la carte bancaire[1043].

Des techniques sont développées parmi laquelle le Code de validation à usage unique lors d'une transaction en ligne. Cette pratique permet la validation de paiement une fois le code, reçu par SMS, est saisi sur la plate-forme de l'intermédiaire financier.

Toutefois, nous ne sommes pas à l'abri d'une interception du code de validité

[1038] D. BOUNIE, M. BOURREAU, « *Sécurité des paiements et développement du commerce électronique* », *op.cit.*, p. 693.

[1039] L'une des fonctions du système SSL est d'authentifier le serveur auquel l'utilisateur est connecté et de prouver que l'adresse www.apple.com par exemple est bien le serveur web de la société Apple. Cette authentification se réalise à l'aide du certificat électronique délivré par ne autorité de certification.

[1040] David Bounie, Marc Bourreau, « Sécurité des paiements et développement du commerce électronique », 2004/4 (Vol. 55), p. 693. DOI 10.3917/reco.554.0689.
Article disponible en ligne à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-economique-2004-4-page-689.htm

[1041] D. BOUNIE, M. BOURREAU, « *Sécurité des paiements et développement du commerce électronique* », *op.cit*.

[1042] D. BOUNIE, M. BOURREAU, « *Sécurité des paiements et développement du commerce électronique* », *op.cit.*, p. 694.

[1043] Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 89, du 01/01/2013.

qu'un fraudeur peut utiliser pour un paiement en ligne par une carte bancaire détournée. Le treizième Rapport annuel d'activité de l'OSCP souligne dans ce cadre que « *[…] les fraudeurs développent des techniques d'usurpation d'identité en vue d'intercepter les codes de validation des transactions, utilisés ensuite pour des paiements en ligne frauduleux à partir de numéros de cartes détournés. La lutte contre ce type de fraude passe par une meilleure protection des modalités de réémission des cartes SIM, en vue d'éviter que celles-ci ne puissent être remises à une tierce partie malveillante ; de ce fait, l'Observatoire appelle les opérateurs de téléphonie mobile à la vigilance dans les opérations d'émission de cartes SIM, en améliorant notamment le processus d'identification du demandeur* »[1044].

Force est de souligner qu'il existe aussi le système de sécurisation par signature électronique et qui permet une sécurisation plus élevée, mais avec des équipements et d'une infrastructure qui augmentent considérablement « *les coûts de production du service de sécurité des paiements et réduit d'autant la probabilité d'adoption de la solution par les internautes et les e-marchands* »[1045].

B - Sécurité juridique des paiements par carte bancaire

La carte bancaire constitue un moyen de paiement, donc un instrument de transfert de monnaie scripturale[1046]. Le paiement par carte bancaire constitue un ordre de virement donné par le titulaire de la carte à sa banque pour le compte d'un bénéficiaire[1047] qui reçoit le paiement[1048].

Le paiement par carte bancaire repose sur une chaine de contrats passés entre d'une part, le titulaire de la carte et l'émetteur et d'autre part, entre le professionnel et sa propre banque. Les relations interbancaires permettent de faire

---

[1044] Le treizième Rapport annuel d'activité de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement (OSCP), relatif à l'exercice 2015, adressé par Monsieur François Villeroy de Galhau, gouverneur de la Banque de France, président de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, à Monsieur le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique Monsieur le ministre des Finances et des Comptes publics Monsieur le président du Sénat et Monsieur le président de l'Assemblée nationale. Accessible en ligne sur le lien : https://observatoire.banque-france.fr/uploads/media/OSCP-rapport-annuel-2015.pdf

[1045] D. BOUNIE, M. BOURREAU, « *Sécurité des paiements et développement du commerce électronique* », *op.cit*., p. 695.

[1046] R. BONHOMME, « *Instrument de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire* », 11ème Ed. LGDJ-Lextenso 2015, p. 311.

[1047] Vendeur ou prestataire de services.

[1048] M. CIPRUT, « *Carte bleue en ligne : des paiements à sécuriser* », Tourisme et Droit 2000, n° 16, p. 24.

une liaison entre ces différents contrats[1049]. Les règles de fonctionnement, les conditions d'acceptation et de refus de paiements sont définies généralement dans les clauses des contrats passés avec les établissements bancaires. Ces règles, fondées principalement sur la réglementation en vigueur, peuvent varier d'un établissement à un autre et d'un pays à l'autre, d'où la nécessité d'une harmonisation des règles de paiement par carte bancaire et des responsabilités en cas d'erreur de gestion ou en cas des actes frauduleux émanant des tiers.

La mise en place du mécanisme des cartes de paiement suppose que les parties aient intérêt à recourir à cette technique. Pour la banque, c'est une ressource financière (commissions) et pour le porteur, c'est un moyen de simplification notamment pour les règlements effectués à l'étranger[1050].

En termes de sécurité, au-delà de celle que les procédés techniques peuvent offrir en cas de paiement en ligne par carte bancaire, l'utilisation de ce moyen de paiement en ligne n'est pas sans risque et suscites régulièrement des débats juridiques. La jurisprudence a révélé plusieurs situations en lien avec ce mode de paiement en ligne. C'est le cas des époux F.-L., titulaires d'un compte joint auprès d'un établissement de crédit. Ces derniers, souhaitant procéder à une réservation d'une chambre d'hôtel, ils ont communiqué sur le site internet de l'hôtel, le numéro de leur carte de crédit, sa date de validité ainsi que le cryptogramme visuel à trois chiffres. Les époux qui décidaient ultérieurement à ne pas donner suite à leur projet, se voyaient plus tard leur compte débiter, à l'initiative de la banque, d'une somme de 780 euros à titre de pénalité.

Face à cette situation, le couple a décidé de porter une action visant à réclamer à la banque le remboursement de la somme. Or, un jugement de la juridiction de proximité de Paris du 10 octobre 2007 a qualifié le comportement des époux de négligent pour ne pas avoir s'assurer auprès de réceptionnaire des données de la carte bancaire que celles-ci ne seraient pas utilisées, en fondant sa décision sur l'article L. 132-2 du Code monétaire et financier qui précise que l'ordre de payer au moyen d'une carte de paiement est irrévocable.

[1049] M. CIPRUT, « *Carte bleue en ligne : des paiements à sécuriser* », Tourisme et Droit 2000, n°16, p. 24.
[1050] S. PIEDELIEVRE, « *Instruments de crédit et de paiement* », 8ème Ed., Dalloz 2014, p. 330.

La Cour de Cassation par un arrêt du 24 mars 2009[1051] a adopté une analyse sur le fondement du droit des contrats, en se focalisant sur l'intention réelle des époux. A ce titre, la Cour a estimé « *qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que Mme F.-L., qui n'avait communiqué à distance les données figurant sur sa carte bancaire que pour garantir la réservation d'une chambre d'hôtel, sur un formulaire précisant que cette communication ne donnerait lieu à aucun débit, avait donné mandat de payer, et qu'à défaut d'un tel mandat la banque était tenue de restituer la somme débitée, la juridiction de proximité a privé sa décision de base légale au regard* » de l'article 1134 du Code civil.

En effet, il est vrai que la décision de la Cour de cassation, nous semble-il, juste et préserve parfaitement les intérêts des consommateurs, mais dans cette affaire, les époux disposaient une preuve sous forme de formulaire que Mme F…-L avait rempli en ligne et qui précisait que la communication des données en question ne donnerait lieu à aucun débit. Néanmoins, il faut admettre que de telle preuve ne peut pas toujours être obtenue par une partie lésée. Il faut admettre aussi que la communication à un e-commerçant du numéro de la carte de paiement, accompagné de sa date de validité ainsi que du cryptogramme constitue un acte en lui-même très risqué, non seulement dans ce cas d'espèce, où les époux se privaient d'une somme importante débitée sur le compte bancaire, mais le risque peut aller jusqu'à une utilisation frauduleuse de ces données pour passer d'autres transactions en ligne, à l'insu du propriétaire de la carte.

A notre avis, indépendamment de la question juridique de qualification d'une communication des données complètes de la carte à un ordre de paiement ou pas, il s'agit là d'un acte imprudent que même la loi ne peut pas le cerner. Pourtant, nous partageons l'opinion émise dans cette affaire par M. Lasserre Capdeville considérant que les époux étaient aussi en droit de faire valoir l'article L. 132-2, alinéa 2 du Code monétaire et financier qui dispose que « *ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire* », car il entre dans le cadre « *d'utilisation frauduleuse de la carte* » l'utilisation non autorisée, en

[1051] Cass., com., 24 mars 2009, *FABRE-LUCE / SOCIÉTÉ LE CRÉDIT LYONNAIS (LCL)*, n° 08-12.025 (Inédit), JurisData n° 2009-047596.

connaissance de cause, des données d'identification, ce qui était le cas de l'hôtelier pour lancer l'opération de paiement[1052].

Dans un autre arrêt de la Cour de cassation[1053], celle-ci prononcé une décision en faveur d'un titulaire de compte qui avait contesté le paiement effectuait à distance, par simple communication du numéro de la carte bancaire, sans utilisation de son code confidentiel, ni signature du titulaire. Dans ce cas d'espèce, la Cour a évoqué l'erreur et non la fraude[1054]. La Cour de cassation a énoncé que « *la Caisse d'épargne ayant elle-même indiqué au juge du fond que la somme litigieuse avait été débitée du compte de Mme X... après une erreur de l'hôtel et pour régler le séjour d'une personne qui lui était étrangère, il s'en déduisait que le paiement effectué à distance, par simple communication du numéro de la carte bancaire, sans utilisation de son code confidentiel ni signature du titulaire, avait été réalisé sans mandat de cette dernière de sorte qu'à défaut de stipulations contractuelles contraires non invoquées, l'établissement de crédit, dépositaire des fonds, était tenu de les restituer à due concurrence de ce qu'il avait payé ainsi irrégulièrement* ».

Toutefois, en admettant que l'établissement de crédit était tenu de restituer les fonds, la Cour de cassation semble aussi admettre l'hypothèse de l'existence de stipulations contractuelles permettant à l'établissement de crédit de ne pas restituer les fonds à due concurrence de ce qui a été payé irrégulièrement. Une position qu'il serait souhaitable de clarifier, car son interprétation risque de donner aux banquiers plus de marge de manœuvres dans la rédaction des clauses contractuelles.

II - L'utilisation des autres moyens traditionnels de paiement adapté au numérique

Le chèque virtuel (A) et le télévirement (B) sont deux modes nouveaux qui sont adaptés au contexte virtuel.

[1052] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « *Communication à distance des données figurant sur une carte bancaire et mandat de payer* », D. 2009, p.1735.
[1053] Cass., com., 12 décembre 2006, n° 05-15481, Bull. 2006, IV, n° 241, p. 265.
[1054] Pour les faits, le 28 novembre 2001, Mme X. avait réglé à un hôtel à Las Vegas aux Etats-Unis où elle comptait séjourner quelques mois plus tard un acompte de 49,05 dollars par internet en lui communiquant le numéro de sa carte bancaire. Le 3 janvier 2002, elle constatait que son compte avait été débité d'une somme de 224,47 dollars.

A - Chèque virtuel

Il s'agit, soit de la transposition simple du mécanisme du chèque papier (c'est le cas par exemple de *Financial Services Technology Consortium*-FSTC-). Dans ce cas, le client disposant d'un carnet de chèques virtuel et la signature manuscrite étant remplacée par la signature numérique. Soit de passer par un intermédiaire pour éviter que les informations sensibles ne transitent par le réseau[1055].

Ce mode de paiement en ligne qui est compatible avec l'infrastructure bancaire, vise à remplacer les chèques papier par un chèque virtuel utilisant une signature numérique pour l'authentification du cyberconsommateur. Avec ce mode de paiement en ligne, l'utilisateur dispose d'un carnet de chèques électroniques qui pourront être transmis à leurs destinataires par courriel ou par l'intermédiaire d'un site web. Il suffit de remplir le chèque via la plate-forme électronique et d'y apposer sa signature numérique. Grace à un dispositif de lecture automatique des chèques, l'ordre de paiement est numérisé et transmis à la banque. Celle-ci procède ensuite au transfert de fonds au bénéficiaire comme s'il s'agissait d'un chèque papier. L'utilisateur reçoit donc une confirmation de transaction par courriel incluant le numéro de chèque et le montant de transaction.

Ce mode de paiement en ligne est porté par plusieurs acteurs en proposant ce service à leurs clients pour faciliter le paiement des achats et de transferts d'argent par voie électronique. En effet, la mise en place du chèque virtuel est apparue au début aux Etats-Unis (exemple de Bankserv, Chèque Mark, Telecheck, etc.)[1056] et on le trouve aujourd'hui partout dans le monde comme en France avec le service offert par la banque en ligne Boursorama qui a lancé le chèque virtuel baptisé « *Easy chèque* » en 2008 ou bien « *chequeboutique.com* » et la caisse d'épargne afin de permettre aux internautes de commercer sans divulguer le numéro facial de la carte bancaire.

Le chèque virtuel se distingue de paiement à distance par carte bancaire sécurisée par certains éléments. Pour les paiements en ligne par carte bancaire, l'authentification des utilisateurs a lieu en temps réel, alors que dans le cas de chèque virtuel l'authentification n'a pas obligatoirement lieu en temps réel, ce qui

[1055] D. MOUGENOT, « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., LARCIER 2002, p. 318.
[1056] X. LINANT DE BELLEFONDS, « *Le paiement en ligne*, *Le droit du commerce électronique* », Paris, Presses Universitaires de France, « *Que sais-je ?* », 2005, 128 pages.

allège les contraintes imposées sur tout le système. Par ailleurs, les paiements par carte bancaire sont conçus pour les transactions interactives sur la Toile, tandis que les chèques virtuels peuvent être également utilisés dans un monde conversationnel pu par courrier électronique[1057].

Mais si le paiement par chèque virtuel est identique à un transfert sur compte bancaire, il faut compter au minimum une semaine, voire plus, pour que les fonds soient virés[1058].

Il y a lieu de souligner que ce mode de paiement reste une solution ponctuelle et non la plus privilégiée pour les paiements sur Internet. D'autant plus que l'interception par un tiers des données informatiques demeure possible, sans négliger les questions des droits de recours que pose la dématérialisation des chèques[1059] et la réglementation applicable pour ce mode de paiement en ligne.

B - Le télévirement

Le télévirement consiste en l'émission par le débiteur d'un ordre de virement au moyen d'un terminal connecté au réseau bancaire. L'ordre de paiement est reçu donc par le commerçant mais par l'établissement de crédit auprès duquel le débiteur a un compte bancaire[1060].

Plusieurs établissements bancaires proposent ce mode de paiement, parmi lesquels la banque nationale du Canada qui propose un télévirement international soit « *expédié* », donc permettant un transfert des montants d'argent dans une multitudes de devises au Canada ou à l'étranger, ou bien un télévirement « *reçu* », qui permet de recevoir un montant d'argent d'une autre institution financière, canadienne ou étrangère, en toutes devises, déposé au compte du bénéficiaire ou transféré à une autre institution financière[1061].

[1057] M. HASHEM SHERIF, « *Paiements électroniques sécurisés* », Presses Polytechniques et universitaires Romandes (PPUR) 27 avril 2007, p. 361.
[1058] D. AARON KARP, « *EBay à 200% : 100 trucs, secrets et techniques* », O'Reilly & Associates 2003, p. 95.
[1059] J. DJOUDI, « *L'internet ou le défi au paiement sécurisé* », Issu de Gazette du Palais - 31/03/2005 - n° 090, p. 4.
[1060] Le Lamy Droit du numérique (Guide), avril 2016.
[1061] Voir le site web de la banque nationale du Canada : https://www.bnc.ca/fr/entreprises/programmes/international/transfert-de-fonds.html

En effet, même s'il s'agit d'un moyen de paiement rapide et adapté au commerce électronique, la sécurité de télévirement est faible car reposant sur des transactions sécurisées par un simple mot de passe[1062], car l'ordre de virement doit obligatoirement concerner des comptes dont la liste est tenue par la banque et doit être validé par la frappe d'un code confidentiel[1063]. L'interception des données par un tiers est fort possible permettant ainsi d'émettre des ordres de virement au nom du titulaire du compte. La protection des données est plus qu'incertaine et l'anonymat est inexistant[1064].

Sous-section II - Les solutions de paiement électronique

Grace aux nouvelles technologies de l'information et de communication, de plus en plus des moyens de paiement dématérialisés émergent sur Internet (AmazonCoin, FacebookCredits, Bitcoin, etc) et qui ne sont pas tous de même nature. Ces moyens ne répondent cependant pas tous aux mêmes besoins et ne sont pas tous encadrés juridiquement.

Ces procédés modernes de paiement sont des formes rapides et simplifiées de règlement qui, *a priori*, ne modifient pas la nature ni les effets du paiement[1065]. Bien évidemment, ces moyens de paiement électronique reposent sur l'informatique qui gouverne des réalités très différentes de paiement en ligne, par lesquels se trouvent les instruments de monnaie électronique (I). En parallèle se développent des monnaies virtuelles détachées de tout lien avec la monnaie scripturale et surtout, elles échappent à la réglementation actuelle des instruments de paiement (II).

I - La monnaie électronique

Depuis plusieurs années de nouveaux moyens de paiement sont apparus dont le but est de réduire le coût des traitements et d'adapter les paiements au contexte électronique. Parmi ces moyens se trouvent la monnaie électronique. On abordera

[1062] X. LINANT DE BELLEFONDS, « *Le paiement en ligne*, *Le droit du commerce électronique* », *op.cit.*
[1063] Th. BONNEAU, « *Droit bancaire* », 11ème Ed., LGDJ-Lextenson 2015, Note 589.
[1064] J. DJOUDI, « *Le règlement des risques de transfert de fonds* », Revue de Droit bancaire et financier n° 4, Juillet 2005, LexisNexis, p.11.
[1065] J. ISSA-SAYEGH, « *Contrats et obligations. – Extinction des obligations. –Paiement : objet et moyens* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Civil Code, LexisNexis, 20 Décembre 2011, (mise à jour : 1er Mars 2016), Fasc. 30.

dans ce cadre sa notion (A) son mode de fonctionnement (B) ainsi que ses limites (C).

A - Définition de la monnaie électronique

La monnaie électronique, équivalent numérique de l'argent liquide, se définit par l'article 2, §2 de la Directive européenne n° 2009/110/CE du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et on exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, dite « *Directive monnaie électronique* »[1066] comme une valeur stockée qui permet d'effectuer des paiements électroniques de montants limités auprès de différentes personnes.

Selon le considérant n° 8, la définition de la monnaie électronique devrait comprendre à la fois la monnaie électronique ayant pour support un dispositif de paiement que le détenteur de monnaie électronique a en sa possession et celle qui est stockée à distance sur un serveur et gérée par le détenteur de monnaie électronique par l'intermédiaire d'un compte spécifique de monnaie électronique. Sur ce dernier point, il est considéré que le compte de monnaie électronique est privilégié dans de plusieurs situations, en comparaison au compte de paiement. Il existe un régime d'identification allégée du détenteur de monnaie électronique. En plus, le formalisme d'une convention d'ouverture de compte de paiement est plus lord, comparé à la convention d'utilisation de la monnaie électronique[1067].

Le considérant n° 8 insiste sur une définition assez générale de la monnaie électronique afin de ne pas nuire à l'innovation technologique et pour englober, non seulement, la totalité des produits de monnaie électronique qui existent aujourd'hui, mais aussi les produits qui pourraient être développés à l'avenir, notamment les technologies mobiles. Ce qui laisse comprendre que cette volonté d'ouverture sur

---

[1066] Il faut noter que cette Directive a remplacé la Directive n° 2000/46/CE du 18 septembre 2000 sur la monnaie électronique. La Directive 2009/110/CE devait être transposée dans la législation par les Etats membres au plus tard le 30 avril 2011 (voir dans ce cadre : J. LASSERRE CAPDEVILLE, « *Monnaie électronique : un retard de transposition problématique* », D. 2012 p. 1728). Son objectif est de permettre le développement de nouveaux services pour la monnaie électronique, de faciliter l'accès au marché pour les nouvelles entreprises et d'encourager une véritable concurrence entres les acteurs du marché. Elle assouplit les règles applicables aux établissements de monnaie électronique et harmonise le cadre légal de la monnaie électronique.

[1067] L. DE PELLEGARS, « *Le Potentiel d'innovation de la Monnaie Electronique* », Dossier les moyens de paiement : un monde en ébullition, Droit et Patrimoine, 2014/235.

des nouveaux produits de monnaie électronique donne d'ores et déjà une place considérable de celle-ci comme moyens de paiement électronique contenant un potentiel d'innovation certain dans le monde numérique.

En droit français, la monnaie électronique est définie par l'article L. 315-1 du code monétaire et financier, issu de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013, ayant transposé la Directive n° 2009/110/CE. Selon cet article, la monnaie électronique est « *une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement définies à l'article L. 133-3 et qui est accepté par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique* ».

Il ressort de cette définition que la monnaie électronique est séparée de son support et que celui-ci peut être magnétique. Il s'ajoute que l'article L. 525-4 du Code monétaire et financier exclu de la notion de monnaie électronique, les titres spéciaux dématérialisés destinés à l'acquisition de biens ou de services dans le cadre d'une utilisation limitée, dans un réseau limité et qui, selon l'arrêté ministériel du 17 juin 2013, sont des titres-restaurant, chèque-repas du bénévole, titre-repas du volontaire, chèque emploi-service universel préfinancé, chèque d'accompagnement personnalisé, chèque-vacances, chèque-culture, titres cadeaux, bons d'achat servis par les comités d'entreprises ou les entreprises à l'occasion de certains évènements personnels ou familiaux, titres-cadeaux octroyés dans le cadre d'opérations de stimulation et de promotion de ventes.

B - Mode de fonctionnement de la monnaie électronique

La monnaie électronique est traditionnellement fixée dans un porte-monnaie électronique de type Moneo ou Paypal. Le porte-monnaie électronique constitue la première application de ce type de moyen de paiement[1068].

La personne intéressée par ce mode de paiement doit stocker une somme d'argent sur sa carte de banque ou sur une autre carte à puce. Le chargement se fait par l'intermédiaire de bornes spécifiques, de cabines téléphoniques, de

[1068] L. DE PELLEGARS, « *Le Potentiel d'innovation de la Monnaie Electronique* », *op.cit*.

distributeurs de billets, etc[1069]. Dès lors, une somme va être ainsi prélevée sur un compte en banque et transformée en unités de monnaie électronique. Lors d'un achat, ces unités seront utilisées directement, sans avoir besoin de donner des instructions à une banque et sans qu'il y ait un nouveau prélèvement sur un compte bancaire[1070]. Le paiement est réalisé donc par le simple transfert des unités électroniques.

La monnaie électronique peut être conçue de deux manières. Il peut s'agir du porte- monnaie électronique ou de « *monnaie réseau* »[1071]. Le premier désigne des cartes à circuits intégrés, multi-usages, rechargeables, stockant une valeur monétaire sur des supports dont les détenteurs sont propriétaires et en conséquence, ils sont détachés des comptes bancaires. Cette monnaie électronique, dans la plupart des systèmes existants, ne peut pas être réutilisée[1072]. Elle doit être convertie et donc reversée sur le compte bancaire du bénéficiaire.

Quant à la « *monnaie réseau* », il s'agit d'une forme de monnaie électronique qui peut être transférée pour s'acquitter de paiements *via* des réseaux de télécommunication comme Internet. Ce transfert se fait grâce à des logiciels spécialisés intégrés aux ordinateurs personnels[1073]. Les banques peuvent participer à ces systèmes de monnaie électronique de différentes manières, soit en tant qu'émettrices, soit comme distributeur de monnaie électronique émise par d'autres entités. Il peut s'agir aussi de gérer le traitement, la compensation et le règlement des transactions en monnaie électronique ainsi que l'enregistrement des transactions[1074].

Certains auteurs[1075] considèrent que la monnaie électronique n'est pas une nouvelle forme de monnaie vu qu'elle ne remplit pas les trois fonctions habituelles de la monnaie au sens large du terme, notamment le fait qu'elle n'est pas

---

[1069] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « *Monnaie électronique : un retard de transposition problématique* », D. 2012, p. 1728.
[1070] *Ibid.*
[1071] S. PIEDELIEVRE, « *Instruments de paiement et de crédit* », 9ème Ed., Dalloz août 2016, p. 399. V. aussi : M. AGLIETTA, L. SCIALOM, « *Les risques de la monnaie électronique* », *L'Économie politique* 2002/2 (n°14), p. 86. Article disponible en ligne à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2002-2-page-82.htm
[1072] S. PIEDELIEVRE, « *Instruments de paiement et de crédit* », *op.cit.*
[1073] *Ibid*.
[1074] M. AGLIETTA, L. SCIALOM, « *Les risques de la monnaie électronique* », *op.cit*, p. 87.
[1075] Th. BONNEAU, « *Droit bancaire* », *op.cit*, Note 573 ; D. R. MARTIN, « *De la (fausse) monnaie électronique* », Revue de droit bancaire et financier, étude n° 100008, janvier 2003.

réutilisable par le bénéficiaire, mais doit passer par un compte tiers. Elle est donc qualifiée d'une forme de gestion nouvelle de la monnaie scripturale, dématérialisée.

Alors que d'autres auteurs[1076] estiment qu'il s'agit bien d'une nouvelle forme de monnaie qui peut passer de support électronique à support électronique sans transiter par un compte autre que le support électronique lui-même. Il s'agit d'une nouvelle forme de monnaie, devenue électronique car le paiement se réaliserait lors de transfert des unités de monnaie électronique[1077].

Avec la création de la monnaie électronique, de nouvelle catégorie d'établissement a été créé. L'objectif est à la fois d'accompagner ces nouvelles activités et de les soumettre à un système de contrôle et d'agrément. Ainsi est apparu l'établissement de monnaie électronique.

Le considérant n° 4 de la Directive de 2009 précise que pour faciliter l'accès à l'activité d'émission de monnaie électronique et son exercice, un réexamen des règles régissant les établissements de monnaie électronique s'impose, de manière à garantir des conditions de concurrence équitables à tous les prestataires de services de paiement. L'établissement de monnaie électronique est défini par l'article 2 de la Directive comme « *une personne morale qui a obtenu, en vertu du titre II, un agrément l'autorisant à émettre de la monnaie électronique* ». Toute entreprise endossant donc le statut d'établissement de monnaie électronique peut émettre de la monnaie électronique.

L'établissement de monnaie électronique vient donc de s'ajouter à son frère ainé, l'établissement de paiement, mais qui est distingué de celui-ci qui outre l'émission de monnaie électronique, il peut accomplir l'ensemble des missions bancaires.

C - Limites de la monnaie électronique

Certains auteurs relèvent des risques sur le fonctionnement de la monnaie

[1076] B. MAY, M. VINCENT-MOREAU, « *Transposition de la Directive 2009/110 Une deuxième chance pour la monnaie électronique ?* », Banque & Droit n° 135, janvier-février 2011.
[1077] J. ROCHFELD, « *Monnaie électronique, Arrêté du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n° 2003-13 du Comité de réglementation bancaire et financière (JO 1er févr. 2003, p. 2003)* », RTD Civ. 2003 p. 361, Dalloz.

électronique. Le paiement par la monnaie électronique ne permet pas la satisfaction immédiate du créancier qui ne reçoit pas le paiement dans son porte-monnaie électronique. Lorsque le *solvens* remet à l'*accipiens* les unités monétaires, il ne s'en trouve pas libéré simultanément à l'opération de remise des unités. La libération ne peut s'exercer qu'au moment de la remise des unités monétaires et pour cela, il faut encore que l'*accipiens* se rapproche de l'émetteur qui lui fera la conversion ou créditera son porte-monnaie électronique. Un processus qui complique la praticabilité d'un système « *cybermonétique* »[1078]. Cependant, ce point de vue est rejeté par Mme Rochfeld considérant que le paiement est immédiat sur le fondement d'une totale « *incorporation de la valeur dans le support électronique* »[1079]. Dans cette perspective peu importe que le compte de *l'accipiens* soit crédité d'un montant correspondant aux unités remises à sa banque, car la seule remise des unités suffisant à libérer le *solvens*.

En outre, les unités de monnaie électronique sont identifiées par la banque émettrice par le numéro de série de chaque unité et sa propre signature numérique. Dans la mesure où chaque numéro de série ne peut être utilisé qu'une seule fois, il peut arriver qu'un paiement réalisé en unités authentiques se voit rejeté si des copies frauduleuses de ces unités ont été déjà utilisées. Il s'ajoute que le système d'anonymat de la monnaie électronique, visant à assurer la sécurité, est susceptible d'encourager la fraude fiscale et le blanchiment d'argent. Comme le précise certains auteurs, « *[…] dans de tels systèmes, conserver la trace des transactions passées devient impossible, et la source ainsi que la quantité de monnaie électronique contrefaite ne peuvent être connues. Cela signifie que la demande d'anonymat (…), dans les transactions impliquant la monnaie électronique, entre en contradiction avec les exigences de sécurité et d'intégrité de ces systèmes ; ce qui peut évidemment conduire à en limiter le développement* »[1080].

D'autres obstacles peuvent être ajoutés au développement de la monnaie électronique. Il s'agit du coût de la mise en place de ce système que les consommateurs ne peuvent pas supporter en payant les frais de gestion y afférent.

[1078] J. DJOUDI, « *Le règlement des risques de transfert de fonds », Revue de Droit bancaire et financier* », n° 4, Juillet 2005, étude 13, p. 31. V. aussi J. DJOUDI, « *L'internet ou le défi au paiement sécurisé* », *op.cit.*
[1079] J. ROCHFELD, « *Monnaie électronique, Arrêté du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n° 2003-13 du Comité de réglementation bancaire et financière (JO 1er févr. 2003, p. 2003)* », *op.cit.*
[1080] M. AGLIETTA, L. SCIALOM, « *Les risques de la monnaie électronique* », *op.cit*, p. 90.

Pour les banques, c'est un système qui menace leur existence, car il impacte directement les dépôts en banque.

Outre ces obstacles, il convient de souligner les risques qui résultent de l'association des attributions bancaires et non bancaires pour faire fonctionner un réseau de monnaie électronique. Ce risque apparaît en raison de rassemblement sur un même type de monnaie de fournisseurs de services de paiement organisés en réseaux, car ce rassemblement rend la réputation des banques émettrices dépendante de la solidité financière des chambres de compensation privées. Les risques des banques dépendent aussi des capacités des fournisseurs de services à installer les techniques de cryptage les plus avancées, à disposer de facilités de remplacement en cas de pannes de réseau (par accident ou par attaque externe) »[1081].

II - La monnaie virtuelle

Avec l'émergence d'Internet, l'argent n'est plus ce qu'il était auparavant. La monnaie a pris une ampleur nouvelle avec le développement du commerce électronique sur ce réseau. Des monnaies virtuelles sont apparues comme *Amazon coins, Litecoin, Solidcoin, Facebook credits*, etc. Ces monnaies se sont développées au sein des univers virtuels ludiques et plus précisément au sein des jeux en ligne, massivement multi-joueurs tels que « *Massively Multiplayer Online Game* ».

Aujourd'hui, elles ont pris une autre dimension qu'il convient de préciser à travers une étude de ses notions (A) sa qualification légale (B) et les questions de sa régulation face au risque qu'elles présentent (C).

A - Monnaie virtuelle : notion et qualification

Pour mieux comprendre le concept de monnaie virtuelle (ou la crypto-monnaie), il y a lieu de se référer à celui de monnaie fiduciaire. Cette dernière désigne tout instrument de paiement ayant cours légal, défini et émis par une autorité centrale, que les individus sont prêt à accepter en échange de biens et de services, car ils sont soumis à une réglementation et repose sur la confiance et le

[1081] *Ibid.*

contrôle de l'autorité centrale. A l'inverse, une monnaie virtuelle est « *un type de monnaie numérique non réglementée qui est émise et généralement contrôlées par ses développeurs, et qui est utilisée et acceptée parmi les membres d'une communauté virtuelle spécifique* »[1082].

Selon le Rapport de l'année 2012 de la banque centrale européenne sur les monnaies virtuelles[1083], une monnaie virtuelle peut être définie comme un type de monnaie numérique non réglementée, émise et vérifiée par ses développeurs et acceptée par les membres d'une communauté virtuelle spécifique. La banque centrale revient sur cette notion de monnaie virtuelle dans son Rapport de 2015 pour préciser qu'il s'agit d'une « *digital representation of value* », non émise par une banque centrale, un établissement de crédit ou une institution de monnaie électronique, ce qui, dans certaines circonstances, peut être utilisée comme « *an alternative to money* »[1084].

Ces monnaies virtuelles sont appelées aussi *Branded currencies* ; elles ont notamment pour objectif de fidéliser le consommateur et de faciliter les micro-transactions.

La banque centrale européenne distingue trois types de monnaie virtuelle. Le premier constitue une monnaie virtuelle fermée et qui est souvent utilisée dans les jeux vidéo. Cette monnaie ne peut être dépensée que dans une communauté virtuelle bien précise et ne peut être convertie en monnaie légale[1085]. Le deuxième est la monnaie virtuelle avec un flux unidirectionnel. Celle-ci peut être achetée directement avec de la devise légale, à un taux de change défini, mais ne peut être reconvertie en monnaie légale. Elle permet d'acheter des biens et services virtuels et des biens ou services réels[1086]. Cette monnaie ne permet que des échanges d'un montant limité (système de micro-paiement).

Le troisième type est la monnaie virtuelle avec un flux bidirectionnel. Dans ce type de monnaie, les utilisateurs peuvent convertir leur monnaie virtuelle en

---

[1082] S. ROTMAN, « *Bitcoin contre monnaie électronique* », CGAP Janvier 2014, disponibles en ligne sur le site web : www.cgap.org.
[1083] *European Central Bank, virtual currency schemes*, octobre 2012.
[1084] (Une alternative à la monnaie), *European Central Bank, Virtuel currency schemes- a further analysis*- février 2015. Rapport accessible en ligne :
https://bitcoin.fr/public/divers2/Rapport_de_la_BCE_sur_les_monnaies_virtuelles_-_fevrier_2015.pdf
[1085] Comme du type *Word of Warcraft*.
[1086] A l'instar de NikeFuel, AmazonCoin.

monnaie légale. Il existe à la fois un cours d'achat de monnaie et un cours de revente.

Le rapport de la banque centrale européenne se concentrait sur les monnaies virtuelles ayant un *flux bidirectionnel*, puisque que ce sont celles qui ont le plus d'interaction avec l'économie réelle[1087]. Le *bitcoin* constitue une des monnaies virtuelles les plus répondues dans le monde.

B - *Bitcoin*, une monnaie légale ?

La notion de monnaie virtuelle est souvent associée au système de *bitcoin*. Ce dernier est « *une " monnaie " virtuelle indépendante de toute banque centrale, stockée sur support électronique, permettant aux personnes qui adhèrent au système d'échanger des biens ou services* »[1088], sans recourir au circuit bancaire traditionnel, en évitant donc le recours aux monnaies officielles (l'Euros, le Dollar…)[1089]. Le *Bitcoin* peut être défini comme « *un réseau de paiement constituant sa propre unité de compte, pour laquelle aucun organisme de contrôle ne se situe derrière elle* »[1090].

Le *bitcoin*, crée en janvier 2009 par un développeur japonais surnommé *Satoshi Nakamoto*, est une monnaie indépendante de toutes banques centrales ou contrôle des Etats. A son lancement, le cours du *bitcoin* ne dépassait pas les trois dollars, alors qu'aujourd'hui, du fait de sa rareté et des avantages que cette monnaie comporte, cette devise virtuelle a atteint en novembre 2013 les mille deux cents dollars[1091].

Concrètement, *bitcoin* est créé par un procédé appelé minage, au sein d'une communauté d'internautes, appelés « *mineurs* » ou « *miners* », ayant installés dans leurs ordinateurs personnels un logiciel libre (*open source*). Les *bitcoins* sont créés

---

[1087] S. ROTMAN, « *Bitcoin contre monnaie électronique* », *op.cit*.
[1088] C. LAVARDET, « *Bitcoin : par ici la cryptomonnaie !* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, nº 100 du 01/01/2014, p. 90.
[1089] F. LACROIX, « *Les places financières alternatives : propos relatifs aux approches régulatoires concernant les plateformes de crowdfunding et d'échange de bitcoin* », *in* « *Internet, Espacé d'interrégulation* », sous dir. de M.-A. FRISON ROCHE, Ed. Dalloz 2016, p. 59.
[1090] P. SALAUN, P. SCHWEITZER, « *Droit et économie des médias et des univers numériques : principales notions, Réflexions* », Ed. Studyrama 2015, p. 223.
[1091] C. LAVARDET, « *Bitcoin : par ici la cryptomonnaie !* », *op.cit*.

au moyen d'un algorithme mathématique contenu dans ce logiciel qui attribue une quantité déterminée de bitcoins aux mineurs appartenant à la communauté. Cette création ainsi que toutes les transactions liées à un *bitcoin* sont enregistrées simultanément dans les ordinateurs des mineurs, ce qui assure l'intégrité des transactions, la propriété et la transmission du bitcoin est donc bien enregistrée[1092].

Une fois crée, le *bitcoin* peut être utilisé par les mineurs comme monnaie de paiement. Ils s'en servent pour leurs transactions, pour l'acquisition de biens ou le règlement de services fournis par des commerçants acceptant ce mode de règlement principalement sur internet[1093].

Il convient de noter que les monnaies virtuelles « *bitcoin* » se distinguent de la monnaie électronique, dans la mesure où, à la différence de celle-ci qui est bien définie par la Directive 2009/110/CE comme « *une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement telles que définies à l'article 4, point 5), de la directive 2007/64/CE et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique* », la monnaie virtuelle qui est bien une valeur stockée sous une forme électronique afin de réaliser des paiements, n'est pas exprimée en unité de compte traditionnelle comme en euro, mais en une unité de compte virtuelle, telle que le *bitcoin*. La création de *bitcoin* relève d'un processus algorithmique et n'est pas nécessairement conditionnée à une remise de fonds préalable, comme c'est le cas de la monnaie électronique.

En outre, contrairement à la monnaie électronique dont les émetteurs sont nécessairement des établissements de crédit et des établissements de monnaie électronique, le *bitcoin* peut être émis par n'importe qui, par la méthode du minage. Enfin, le *bitcoin* n'est pas remboursable contrairement à la monnaie électronique.

Par ailleurs, le statut du *bitcoin* est encore flou. Comme le souligne Mme Lavardet « *entre véritable valeur monétaire et simple moyen de paiement, son*

[1092] F. LACROIX, « *Les places financières alternatives : propos relatifs aux approches régulatoires concernant les plateformes de crowdfunding et d'échange de bitcoin* », *op.cit*.
[1093] F. LACROIX, *Ibid.,* p. 60.

statut est encore flou, ce qui ne manque pas d'attirer la convoitise des voleurs et autres cyberdélinquants »[1094].

Dans ce cadre, il y a lieu de mentionner avec intérêt l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 octobre 2015 qui a qualifié la monnaie virtuelle « *bitcoin* » de devise non-traditionnelle[1095]. Cet arrêt répond aux questions posées suite à un litige opposant le *Skatteverket* (administration fiscale suédoise) à M. Hedqvist, au sujet d'un avis préalable de la commission de droit fiscal sur la soumission à la TVA des opérations de change de devises traditionnelles contre la monnaie virtuelle « *bitcoin* », ou inversement, que M. Hedqvist souhaite effectuer par l'entremise d'une société.

La Cour considère le *bitcoin* comme un moyen de paiement et précise dans ce sens qu' « *il convient de constater, en premier lieu, que la devise virtuelle à flux bidirectionnel « bitcoin », qui sera échangée contre des devises traditionnelles dans le cadre d'opérations de change, ne peut être qualifiée de « bien corporel » au sens de l'article 14 de la directive TVA étant donné que, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 17 de ses conclusions, cette devise virtuelle n'a pas d'autres finalités que celle de moyen de paiement* ». La Cour ajoute dans le point 49 que « *or, les opérations portant sur des devises non traditionnelles, c'est-à-dire autres que les monnaies qui sont des moyens de paiement légaux dans un ou plusieurs pays, pour autant que ces devises ont été acceptées par les parties à une transaction en tant que moyen de paiement alternatif aux moyens de paiement légaux et n'ont pas une finalité autre que celle de moyen de paiement, constituent des opérations financières* ».

Aux Etats-Unis, par une décision de la *Commodity Futures Trading Commission* du 17 septembre 2015 visant la plate forme de négociation de *bitcoin* « *Coinflip* », cet organisme de régulation financière a considéré le *bitcoin* comme une « *commodité* », c'est à dire comme une marchandise classique dont certains types de transaction sont réglementés. La décision a souligné que le *bitcoin* et les autres monnaies virtuelles sont toutes visées par la *Commodity Exchange Act*

[1094] C. LAVARDET, « *Bitcoin : par ici la cryptomonnaie !* », *op.cit.*
[1095] CJUE, 5ème ch., 22 octobre 2015, *Skatteverket c/ David Hedqvist*, Aff. C-264/14.

(CEA)[1096]. Le régulateur financier peut donc désormais surveiller l'utilisation de la monnaie virtuelle et ainsi prononcée des sanctions en cas de manquement à la réglementation en vigueur.

C - Vers une régulation de la monnaie virtuelle « *bitcoin* » et les risques y afférents

La monnaie virtuelle *bitcoin* est perçue comme un risque pour la stabilité financière. Le *Financial Stability Oversignt Council* (FSOC) a rendu public un Rapport de 2016 dans lequel figure une mise en garde à l'égard de cette devise. Le FSOC fait remarquer que le *bitcoin* a connu des hausses alarmantes dans les délais de transactions ainsi que des échecs au cours des derniers mois[1097].

Les préoccupations des autorités américaines relèvent aussi des risques de blanchiment d'argent et l'utilisation des monnaies virtuelles pour acheter des produits ou des services illicites. L'exemple typique est celui du site *Silk Road*, un véritable supermarché de la drogue en ligne, qui a été fermé le 2 octobre 2013 et son fondateur arrêté. Ce site aurait réalisé 1,2 milliard de dollars de chiffre d'affaires

---

[1096] L'article 1, alinéa 9 de la Commodity Exchange Act définit une commodité au sens américain du terme comme étant un terme regroupant le blé, le coton, le riz, la mais, l'avoine, etc, et tous les autres biens et articles, à l'exeption des oignons, les recettes cinématographiques du box-office, et tous services droits et intérêts pour lesquels des contrats à terme sont actuellement ou seront échangés. Dans sa version originale, il est précisé que « *The term "commodity" means wheat, cotton, rice, corn, oats, barley, rye, flaxseed, grain sorghums, mill feeds, butter, eggs, Solanum tuberosum (Irish potatoes), wool, wool tops, fats and oils (including lard, tallow, cottonseed oil, peanut oil, soybean oil, and all other fats and oils), cottonseed meal, cottonseed, peanuts, soybeans, soybean meal, livestock, livestock products, and frozen concentrated orange juice, and all other goods and articles, except onions (as provided bysection 13–1 of this title) and motion picture box office receipts (or any index, measure, value, or data related to such receipts), and all services, rights, and interests (except motion picture box office receipts, or any index, measure, value or data related to such receipts) in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in* ».

[1097] Ce Rapport précise à la lettre que « *Like most new technologies, distributed ledger systems also pose certain risks and uncertainties which market participants and financial regulators will need to monitor. Market participants have limited experience working with distributed ledger systems, and it is possible that operational vulnerabilities associated with such systems may not become apparent until they are deployed at scale. For example, in recent months, Bitcoin trade confirmation delays have increased dramatically and some trade failures have occurred as the speed with which new Bitcoin transactions are submitted has exceeded the speed with which they can be added to the blockchain. Similarly, although distributed ledger systems are designed to prevent reporting errors or fraud by a single party, some systems may be vulnerable to fraud executed through collusion among a significant fraction of participants in the system* ». Annuel Report 2016, *Financial Stability Oversight Council (FSOC)*, p. 127, disponible en ligne: https://www.treasury.gov/initiatives/fsoc/studies-reports/Documents/FSOC%202016%20Annual%20Report.pdf

en deux ans et demi ou plus précisément 9,5 millions de *bitcoins*, la monnaie virtuelle utilisée sur ce site[1098].

Par ailleurs, l'autorité bancaire européenne (ABE)[1099] a publié un avertissement aux consommateurs en date du 12 décembre 2013 afin de souligner les risques potentiels auxquels les détenteurs des monnaies virtuelles pourraient s'exposer en acquérant, en détenant ou en échangeant des monnaies virtuelles comme le *bitcoin*. Elle a mis en garde donc les détenteurs potentiels des monnaies virtuelles. Pour l'autorité bancaire européenne, « *une monnaie virtuelle est une forme de monnaie numérique qui est non régulée, qui n'est ni émise, ni garantie par une banque centrale. Elle met alors en garde tous les détenteurs potentiels, dès lors qu'ils font l'acquisition, qu'ils stockent ou échangent des monnaies virtuelles* »[1100].

Les risques majeurs soulignés consistent en l'absence de protection juridique en cas de défaut ou de perte d'argent de la part de la plate-forme d'échange. Il s'ajoute que les portesfeuilles virtuelles peuvent faire l'objet de piratage, donc du vol par des tiers, ce qui, selon l'autorité bancaire européenne, difficile à récupérer. En outre, cette alerte de l'autorité repose aussi sur le risque de l'instabilité de la valeur des monnaies virtuelles, ainsi que sur le caractère d'anonymat des détenteurs de monnaie virtuelle, ce qui facilite les activités illicites et empêche les détenteurs, en cas de fermeture des plates-formes d'échange impliquées dans des transactions illégales, de récupérer leur monnaie[1101].

Cette alerte de l'autorité bancaire européenne est suivie par la Banque nationale de Belgique (BNB) et l'Autorité belge des services et marchés financiers (FSMA) qui publiaient le 14 janvier 2014 un communiqué de presse intitulé « *Attention à l'argent virtuel, comme bitcoin* ». La Banque de France a aussi consacré, le 5 décembre 2013, un focus n°10 aux « *dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple de bitcoin* » et qui est liés à la nature même de la monnaie virtuelle : risques financiers résultant de sa volatilité, de son caractère

[1098] S. MOATTI, « *Internet : quel avenir pour le bitcoin ?* », Alternatives économiques, 2013/12 (N° 330), p. 45.
[1099] Autorité bancaire européenne, Avertissement aux consommateurs concernant les monnaies virtuelles, n° EBA/WRG/2013/01, 12 déc. 2013
[1100] V. la Rubrique « *En Bref…: L'Autorité bancaire européenne alerte sur les risques du bitcoin »*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 100 du 01/01/2014, p. 67.
[1101] La Rubrique « *En Bref…* », *Ibid*.

purement spéculatif, risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

De même, le Rapport d'activité 2011 du Ministère de l'économie et des finances a mis en garde sur les risques liés aux monnaies virtuelles en indiquant que « *ces monnaies virtuelles – dont la légalité peut être largement sujette à interrogation – constituent potentiellement un risque élevé compte tenu de l'opacité qui entoure leur existence et leur fonctionnement, ainsi que de l'absence complète de régulation des acteurs qui animent ce marché* »[1102].

Mais en présence de ces risques et alertes des autorités, faut-il interdire les plates-formes d'échange de *bitcoin* ou bien penser à leur régulation ?

Il faut attirer l'attention que malgré les risques inhérents à la monnaie virtuelle, *bitcoin* en particulier, beaucoup d'entrepreneurs croient en l'avenir de *bitcoin* en tant qu'alternative aux solutions de paiement électronique actuelles[1103]. Aussi, M. Benjamin Lawsky, *Superintendent du New York Department of Financial Services*, soulignait que « *Indeed, virtual currency could ultimately have a number of benefits for our financial system. It could force the traditional payments community to up its game in terms of the speed, affordability, and reliability of financial transactions* »[1104].

Par ailleurs, le directeur de *Tracfin*[1105]*,* Monsieur Jean-Baptiste Carpentier, a précisé lors d'une table ronde organisé par la Commission des finances du Sénat le 15 janvier 2014 qu'une « *interdiction absolue est difficile à concevoir ; nous ne sommes pas dans l'illégal mais dans l' « a-légal » ; il est possible d'imposer des obligations lorsque monnaies virtuelles et monnaie légale se rencontrent. Ces " lieux de rencontre " existent aujourd'hui sous la forme de bourses ou plateformes*

[1102] Rapport d'activité Tracfin 2011, Ministère de l'économie et de finances, p. 21. En ligne sur le lien : http://www.economie.gouv.fr/files/RAVFTracfin_09082012.pdf
[1103] S. MOATTI, « *Internet : quel avenir pour le bitcoin ?* », *op.cit*.
[1104] Trad. « *En effet, la monnaie virtuelle pourrait finalement avoir un certain nombre d'avantages pour notre système financier. Cela pourrait forcer la communauté des paiements traditionnels à monter son jeu en termes de rapidité, d'abordabilité et de fiabilité des transactions financières* ». Propos rapportés sur le site du Wall Street Journal, 28 janvier 2014, V. P. STORRER, « *Crowdfunding*, *bitcoin* : quelle régulation ? », Recueil Dalloz 2014, p. 832.
[1105] Tracfin (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins) est un organisme du Ministère français de l'économie et des finances, chargé de la lutte contre le blanchiment d'argent.

internet d'échange ou de conversion des bitcoins en devises ayant cours légal (euro, dollar, yen) »[1106].

En effet, le développement de cette technique de *bitcoin* qui fonctionne depuis 2009, serait difficile à l'empêcher, dans un contexte virtuel marqué avant tout par l'anonymat du système. Au lieu d'aller à l'opposé de développement massif d'un monde numérique caractérisé par son ampleur internationale, il serait plus concevable de se pencher sur sa régulation. Il s'agit plutôt d'une machine à normaliser que de lutter contre son développement, ce qui risque de générer des efforts et des tentatives susceptibles de vouer à l'échec et dont le résultat est incertain. Encore faut-il que cette régulation soit possible en tenant compte du mode de fonctionnement des monnaies virtuelles, en l'occurrence le *bitcoin*.

Dans cette perspective, il convient de souligner que les organismes de régulation s'y sont intéressés. Le *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN) a tenté d'encadrer le *bitcoin* dans l'objectif de prévenir la fraude. En 2013, il a publié un guide à l'intention des entreprises d'échanges de *bitcoin*, les soumettant à son autorité et imposant leur enregistrement. Il s'ajoute, la décision du CFTC de qualifier juridiquement le *bitcoin* au niveau fédéral et le subordonner à son autorité.

Un auteur considère qu'il est bien possible de « *contrôler, voire de couper, les ponts entre la monnaie virtuelle et l'économie réelle, notamment via les places de marché qui permettent de l'échanger contre de la monnaie officielle* »[1107].

En Allemagne, le *bitcoin* est reconnu depuis 2013 comme une « *monnaie privée* » qui pourra être utilisée en toute légalité dans le cadre des échanges multilatéraux. Cette existence juridique de *bitcoin* permettra particulièrement à l'administration fiscale d'exercer un impôt sur les bénéfices à hauteur de 25%, mais exonérés au bout d'un an de possession. Le gouvernement allemand considère l'usage de *bitcoins* après un an dans le porte-monnaie virtuel du mineur comme une opération de vente privée et non comme une opération commerciale, ce qui ne sera pas le cas des professionnels de la vente qui voudraient utilisés les *bitcoins* dans leurs transactions quotidiennes.

[1106] P. STORRER, « *Crowdfunding*, *bitcoin* : quelle régulation ? », *op.cit*.
[1107] S. MOATTI, « *Internet : quel avenir pour le bitcoin ?* », *op.cit*.

Aux Etats-Unis, l'Etat de New Yark a lancé en août 2015 la première licence encadrant le *bitcoin*. Il s'agit du « *BitLicense* » obligatoire pour toutes les plates-formes d'échange *bitcoin* sises à New York et tous les autres services du domaine *bitcoin*. Plusieurs obligations sont mises à la charge des entreprises impliquées avec le *bitcoin* qui tiennent notamment à la nécessité de détenir un certain capital déterminé par le superintendant, à recueillir de l'information sur les utilisateurs, procéder à des audits annuels sur les dispositifs anti-blanchiment, etc. Cette licence qui constitue en quelque sorte une reconnaissance institutionnelle du *bitcoin* dans un espace particulier au sein des marchés économiques, n'est pas accueillie par tous les acteurs du domaine.

En effet, plusieurs sites internet ont procédé à la redirection des résidents de New York vers le site internet *http://pleaseprotectconsumers.org/*, où il est affiché sur la page d'accueil que « *This service is censored in New York State due to regulations which mandate the extraction of your personal, private information. This jeopardizes your safety, so we refuse to do it* »[1108].

Toutefois, d'autres plates-formes d'échange ont sollicité la licence auprès de *Department of Financial Services de New York*. La plus connue est l'entreprise Circle qui a annoncé sur son blog être la première société à avoir obtenu une licence d'exploitation du *Department of Financial Services de l'Etat de New York*. De même, en mai 2015, la bourse électronique de *bitcoin ItBit* a obtenu une licence bancaire auprès du *Department of Financial Services de New York* permettant de proposer aux américains d'acheter la devise électronique en toute légalité, ce qui est une première dans l'univers des monnaies virtuelles (ou crypto-monnaies).

En France, un arrêt de la Cour d'appel de Paris[1109] a considéré une plate-forme d'échange des *bitcoins* comme étant une plate-forme qui exerce une prestation de paiement de fonds appartenant à des tiers pour le compte de tiers, ce qui s'analyse, selon la Cour, en une action de service de paiement justifiant un

[1108] Trad. « *Ce service est censuré dans l'État de New York en raison de règlements qui exigent l'extraction de vos données personnelles et privées. Cela met en danger votre sécurité, alors nous refusons de le faire* ».
[1109] CA Paris, 26 sept. 2013, n° 12/00161, *Macaraja c/ Crédit industriel et commercial*, confirmation de T. com. Créteil, 6 déc. 2011, n° 2011F00771 ; P. STORRER, « *Crowdfunding, bitcoin : quelle régulation ?* », *op.cit.*

agrément de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (l'ACPR)[1110]. Certes, la question ne porte pas essentiellement sur la qualification de la nature des *bitcoins*, mais elle permet de constater qu'il n'y avait pas de débats sur les *Bitcoins*[1111], mais plutôt sur la qualification de l'opération de négociations de *Bitcoins* sur une plate-forme Internet d'échange, et s'il s'agit d'une prestation de service de paiement pour lequel l'agrément de l'ACPR est requis. D'ailleurs, la banque de France a déjà indiqué à ce propos que « *cette activité de conversion contre monnaie ayant cours légal offerte par les plates-formes Internet, comme bitcoin central, doit s'analyser - dans la mesure où il y a réception, virement et tenue de comptes de fonds concernant une monnaie ayant cours légal – comme un service de paiement nécessitant un agrément de prestataire de service de paiement »*[1112].

[1110] La Cour a adopté l'analyse suivante : « *considérant qu'il résulte des pièces produites que la plate-forme MTGOX appartenant à la société Tibanne permet l'échange de Bitcoins entre acheteurs et vendeurs au prix de la valeur qu'ils leur donnent ; que, pour permettre les transactions dans la zone SEPA, la société Tibanne et lasociété Macaraja ont convenu que cette dernière encaisse les fonds versés par les acheteurs en vue de l'achat de Bitcoins sur son compte de dépôts personnel ouvert dans les livres du Crédit Industriel et Commercial pour les reverser aux vendeurs, après paiement de la commission de la sociétéTibanne et la sienne, une fois la transaction finalisée ; qu'elle n'encaisse pas les fonds pour le compte de la société Tibanne à qui ils n'appartiennent pas, mais des acheteurs qui utilisent la plate-forme MTGOX pour passer leurs ordres d'achat afin de payer les vendeurs ; que les fonds versés sur lecompte de la société Macaraja le sont en euros, qui est une monnaie réelle fondée sur une unité monétaire européenne constituant le moyen depaiement choisi entre acheteur et vendeur dans la zone euros qui représente la valeur sur le marché des Bitcoins ; que la nature des Bitcoins n'est pas l'objet du débat qui est de qualifier le prestation de la société Macaraja et de savoir si elle s'analyse en une prestation de paiement pour le compte de tiers, de sorte qu'il est indifférent à la solution du litige de déterminer si le Bitcoin est une monnaie électronique ainsi que l'ont pertinemment dit les premiers juges, sans reconnaissance aucune de la part du Crédit Industriel et Commercial sur sa nature ;*
Considérant que le versement des fonds en euros nécessaire au paiement de l'achat de Bitcoins est un dépôt de fonds fait entre les mains de la société Macaraja par les acheteurs de Bitcoins via la plate-forme MTGOX, qui leur donne un identifiant à cette fin, pour payer un tiers vendeur ; que les fonds versés entre les mains de la société Macaraja ne sont pas une garantie puisqu'ils sont le moyen de paiement de la transaction de Bitcoinsqui n'est pas le sous-jacent de la vente, mais son objet et qui sont alors payés en devises euros ; que la société Macaraja n'est pas le sous-dépositaire de la société Tibanne qui n'encaisse rien et ne lui verse rien et qu'il n'y a pas d'entiercement en l'absence de gage » ; V. aussi Th. BONNEAU, « *Une société qui utilise un compte bancaire sur lequel transitent des bitcoins est-elle un prestataire de service de paiement ?* », Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 8, 20 Février 2014, 1091.

[1111] Ce que confirme la Cour en indiquant que « *(...) que la nature des Bitcoins n'est pas l'objet du débat qui est de qualifier le prestation de la société Macaraja et de savoir si elle s'analyse en une prestation de paiement pour le compte de tiers, de sorte qu'il est indifférent à la solution du litige de déterminer si le Bitcoin est une monnaie électronique ainsi que l'ont pertinemment dit les premiers juges, sans reconnaissance aucune de la part du Crédit Industriel et Commercial sur sa nature* ».

[1112] Banque de France, « *Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du bitcoin* », Focus, n° 10, 5 déc. 2013, p. 6.

La Cour de justice de l'Union européenne[1113] est même allée plus loin en énonçant que les opérations d'échange de devises traditionnelles contre des unités de la devise virtuelle *bitcoin* et inversement constituent des prestations de services à titre onéreux au sens de la Directive TVA[1114], et, à ce titre, elles sont exonérées de la TVA, dés lors qu'elles consistent en l'échange de différents moyens de paiement et qu'il existe un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur reçue, c'est à dire, la marge constituée par la différence entre le prix d'achat des devises et le prix de vente aux clients de l'exonération de TVA prévue par le droit de l'union européenne. Il semble que la Cour insiste sur la traçabilité des échanges, sans remettre en cause l'opération d'échange de la monnaie virtuelle *Bitcoin*.

Actuellement, les Etats dans le monde ont opté pour des stratégies différentes. Celle de l'interdiction totale d'échanger et d'utiliser le *bitcoin*, comme la Thaïlande, celle de la légalisation, comme l'exemple de l'Allemagne et de l'Etat de New York et celle qui reconnaît son existence sans se prononcer sur sa nature, comme en France.

Conclusion de la Section II

Grace aux nouvelles technologies de l'information et de communication, de plus en plus des moyens de paiement dématérialisés émergent sur Internet. Ces moyens ne répondent, cependant, pas tous aux mêmes besoins et ne sont pas tous encadrés juridiquement. Le moyen le plus utilisé et le plus connu est la carte de paiement bancaire. Toutefois, son utilisation appelle à la prudence car la protection des données de paiement dans le *cyberespace* n'est pas toujours garantie. Nous ne sommes pas à l'abri d'une interception des données qu'un fraudeur peut utiliser pour un paiement en ligne par une carte bancaire détournée.

Par ailleurs, la transposition des systèmes traditionnels de paiement pour le contexte numérique n'est pas totalement efficace. Ainsi la sécurité du télévirement, même s'il s'agit d'un moyen de paiement rapide et adapté au commerce électronique, sa sécurité est faible car elle repose sur des transactions par un

[1113] CJUE, 5ème ch., 22 Octobre 2015, Aff. n° C-264/14, JurisData n° 2015-023733.
[1114] Directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (*JO L347, p.1*).

simple mot de passe. L'interception des données par un tiers est fort possible permettant ainsi d'émettre des ordres de virement au nom du titulaire du compte. La protection des données est plus qu'incertaine. Le chèque virtuel constitue une solution de paiement ponctuelle et non la plus privilégiée pour les paiements sur Internet. L'interception par un tiers des données informatiques demeure possible, sans négliger les questions des droits de recours que pose la dématérialisation des chèques et la réglementation applicable pour ce mode de paiement en ligne.

Des moyens de paiement adaptés au contexte numérique sont également développés. Ces moyens de paiement électronique reposent sur l'informatique qui gouverne des réalités très différentes de paiement en ligne, par lesquels se trouvent les instruments de monnaie électronique et de monnaie virtuelle comme le *Bitcoin*. Ce mode de paiement s'est également enrichi de nouveaux acteurs. La monnaie électronique n'est pas monopolisée uniquement par les banques et quant à la monnaie virtuelle, la notion de banque est éliminée de ce système, en laissant la place à une conception alternative de la monnaie.

La monnaie électronique présente certains risques. Dans la mesure où chaque numéro de série ne peut être utilisé qu'une seule fois, il peut arriver qu'un paiement réalisé en unités authentiques se voit rejeté si des copies frauduleuses de ces unités ont été déjà utilisées. En outre, le système d'anonymat de la monnaie électronique, visant à assurer la sécurité, est susceptible d'encourager la fraude fiscale et le blanchiment d'argent.

La monnaie virtuelle *bitcoin* est perçue comme un risque pour la stabilité financière. Les risques majeurs soulignés consistent en l'absence de protection juridique en cas de défaut ou de perte d'argent de la part de la plate-forme d'échange. Il s'ajoute que les portefeuilles virtuels peuvent faire l'objet de piratage, donc du vol par des tiers, ce qui, selon l'autorité bancaire européenne, est difficile à récupérer. Il y a également le risque de l'instabilité de la valeur des monnaies virtuelles. De plus, le caractère d'anonymat des détenteurs de monnaie virtuelle facilite les activités illicites et empêche les détenteurs, en cas de fermeture des plates-formes d'échange impliquées dans des transactions illégales, de récupérer leur monnaie.

Souvent le moyen de paiement choisi dépend de ce qu'offre, par exemple, une plate-forme de commerce électronique comme moyens de paiement en ligne. S'il s'agit d'un paiement par carte bancaire, il faut, avant d'entamer l'opération de paiement, s'assurer de la fiabilité du site et de l'identité du bénéficiaire de ce paiement. Il faut également s'approcher de la banque émettrice afin d'obtenir toutes les mesures de sécurité développées par celle-ci, comme un code de validité et un système de confirmation de paiement par le détenteur de la carte. Il faut surtout ne pas se laisser tenter et accepter tout et n'importe quoi dans le *cyberespace*. La vigilance est donc de mise en cas de paiement *via* le réseau Internet pour lutter contre toutes formes de fraude et d'interception des données. Le rôle des Etats doit s'accentuer afin de contrôler, de limiter les risques de fraudes et de réprimer les actes illicites. Avant tout, le manque de confiance au moyen de paiement sur Internet est également un frein au développement des transactions électroniques et du commerce électronique tout entier.

Chapitre II - Le régime de protection dans l'exécution du contrat électronique

Les contrats électroniques sont des contrats classiques (vente, service, etc.), sauf qu'ils sont passés par voie électronique. Ils ne constituent donc pas une nouvelle catégorie de contrat[1115].

Ces contrats qui sont conclus par voie électronique, peuvent être exécutés aussi bien en ligne, lorsque l'exécution est possible *via* les réseaux de communication comme un téléchargement d'une musique ou d'un logiciel, ou bien hors ligne à travers les canneaux habituels de distribution, comme l'achat de livre, d'ordinateur, de portable ou la consommation d'un service de transport par avion, séjour dans un hôtel, etc.

Ces hypothèses d'exécution du contrat électronique en dehors des réseaux nécessitent de s'interroger sur le fait de savoir si les contrats exécutés par voie classique sont des contrats électroniques. En d'autres termes, est ce que ces contrats échappent au régime juridique des contrats électroniques ?

La réponse à la question nécessite de revenir aux définitions données par les législateurs au contrat électronique, car les définitions concourent souvent à la délimitation du champ d'application de dispositions législatives.

Il est vrai que les législateurs s'étaient dérobés à la tâche de donner une définition au contrat électronique, que ce soit dans les textes internationaux, les directives européennes ou même dans les droits nationaux. Il convient, toutefois, de souligner que la France a pris l'initiative, dès la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, de définir ce que signifie « *commerce électronique* » en annonçant dans le premier alinéa de l'article 14 que « *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ».

Cet article permet de tirer les éléments de la définition du contrat électronique, lequel constitue un contrat entre non-présents par l'expression « *à*

[1115] J. HUET, « *Fasc. 2420 : Pratique des contrats électroniques* », *op.cit*.

distance et par voie électronique » et qui peut être un contrat conclu par voie électronique et/ou exécuté par voie électronique[1116].

L'article L.221-1[1117], aliéna 1 du code de la consommation français, dans sa rédaction de la loi 17 mars 2014[1118], définit le contrat à distance en précisant qu'il s'agit de « *tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat* ».

On peut conclure donc qu'il constitue un contrat électronique, tout contrat dont la conclusion est réalisée par le recours exclusif aux techniques de communication à distance, sans qu'il soit forcément exécuté par voie électronique. Dès lors, l'exécution du contrat électronique par la livraison matérielle du bien ou la réalisation physique de la prestation n'entrave pas l'application du régime spécifique des contrats électroniques, lorsque des règles spécifiques sont prévues par le législateur.

Toutefois, il est vrai qu'on ne peut pas trouver une réponse claire sur le champ d'application du contrat électronique dans tous les textes juridiques des différentes législations, mais il reste à admettre qu'il est plus cohérent de tenir compte du procédé de conclusion du contrat que de son exécution, car pour les contrats électroniques, l'exécution, dans la plupart des cas, se réalise en dehors du réseau. Mais est ce que, avec même cette réalité sur l'exécution du contrat conclu par voie électronique, les activités de commerce électronique possèdent une autonomie eu égard aux règles du commerce classique ? Est-ce que ce sont les mêmes règles qui s'appliquent en cas par exemple de retard de livraison, d'indisponibilité de produits commandés, obligation de conformité, etc. ?

Dans le monde numérique, l'e-consommateur est entièrement dépendant de ce qui émane du professionnel. Il dépend des informations que ce dernier lui donne

[1116] O. CACHARD, « *LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable* », Comm. Com. Elec. n° 9, Septembre 2004, étude 31.
[1117] Issue de l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation (Ancien article L.121-16 C. consom.).
[1118] La loi Hamon n° 2014-344, 17 mars 2014. Une rédaction qui est maintenue par l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

sur la description du produit ou service, sur les délais de livraison, sur la disponibilité du bien. En plus, en cas de problème, le consommateur en ligne est totalement dépendant des moyens de communication à distance proposés par son vendeur et de la bonne volonté que celui-ci voudra bien mettre à lui répondre. L'e-consommateur reste la partie faible au contrat ; et cela, entre autres, parce qu'à aucun moment il ne négocie les conditions contractuelles avec son vendeur ou prestataire de services. Or, malheureusement, certains professionnels n'hésitent pas de tenter en profiter pour imposer des conditions déséquilibrées.

Le cadre légal, développé ces dernières années, permet déjà de répondre à la plupart de ces problèmes. Cependant, le comportement des contractants évolue avec le développement des nouvelles technologies et de nouvelles pratiques sont apparues pouvant nécessiter une intervention législative. C'est à nos yeux le sens d'un certain nombre de directives européennes comme la directive 2011/83/UE et les deux nouvelles propositions de directive du 09 décembre 2015 concernant, pour la première, certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique et, pour la deuxième, certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens.

En effet, le contrat électronique international nécessite un encadrement législatif adapté et concerté, fondé sur des règles visant de donner confiance à ce mode de contractualisation. Dans ce domaine comme dans d'autres, une législation prenant en compte l'évolution des pratiques, établie en concertation avec l'ensemble des acteurs concernés, en connexité avec les problèmes réels rencontrés par les e-consommateurs, et prenant en considération les contraintes objectives des professionnels, est sans doute un bon chemin vers la sécurité juridique fort recherché par tout individu contractant par voie électronique[1119].

L'encadrement juridique du contrat électronique repose sur une garantie de la parfaite exécution et sur les règles protectrices des intérêts de la partie faible dans la transaction. Ces règles mettent en avant la responsabilité du professionnel dans l'exécution du contrat conclu électroniquement (Section I) et offre un droit de se rétracter (Section II).

[1119] V. en ce sens F. PFRUNDER, « *E-commerce : le consommateur au cœur de l'économie numérique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, nº 47, 1er mars 2009.

Section I - Le régime de la responsabilité dans l'exécution du contrat électronique

Les règles relatives à la responsabilité sont peu nombreuses, comme de manière générale en matière du contrat électronique international.

La directive n°2000/31 sur le commerce électronique n'a institué aucun régime de la responsabilité spécifique pour les contrats du commerce électronique[1120]. Elle précise simplement aux Etats membres dans l'article 20 que toute violation des règles nationales de transposition de la directive doit faire l'objet de sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* ».

Pourtant, quelques règles existent, qui relèvent directement ou indirectement de la législation sur le commerce électronique permettant de pointer le doigt sur la responsabilité des opérateurs de commerce électronique (Sous-section I). Des règles spécifiques sont aussi à relever concernant l'exécution de la commande passée *via* le réseau internet (Sous-section II).

Sous-section I - Le régime spécial de la responsabilité des opérateurs de commerce électronique

Il convient d'aborder ce régime de la responsabilité sous l'emprise du système juridique français qui a marqué une avancé sur ce sujet, en examinant le contenu de cette responsabilité (I) et la portée des clauses limitatives de celle-ci (II).

I - La responsabilité de plein droit dans le système juridique français

L'opérateur du commerce électronique doit apporter une attention particulière à l'exécution du contrat conclu *via* son site Internet dès lors qu'il est soumis à un régime de responsabilité de plein droit. Cette responsabilité renforcée, non prévue par la directive commerce électronique, est introduite dans la loi française pour la confiance dans l'économie numérique, à la charge de toute personne qui « *propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* »[1121].

[1120] J-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », 3ème Ed., Dalloz 2014, p. 359.

[1121] L. GRYNBAUM, C. LE GOFFIC, L. MORLET-HAIDARA, « *Droit des activités numériques* », 1ère Ed., Dalloz 2014, p. 97.

Ce régime de responsabilité qui résulte de l'article 15, I de la loi pour la confiance dans l'économie numérique s'applique à « *toute personne physique ou morale* » qui « *propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». Ces personnes sont responsables « *de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ». Les seules causes d'exonération admises sont liées aux causes imputables à l'acheteur, au fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat et à un cas de force majeure. Il est considéré que cette disposition ne concerne que la vente à cause de l'emploi à deux reprises du mot acheteur et des travaux préparatoires[1122].

Toutefois, il semble à travers le texte que les dispositions de l'article 15-I de la loi précitée couvre aussi bien la vente à distance et la fourniture de services, ce qui ressort de début du texte qui précise que « *toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14* », cette activité à laquelle fait allusion ce texte, n'est que l'activité de commerce électronique définit par l'article 14 comme étant « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* ». Cette responsabilité de plein droit pèse donc sur toutes les personnes physiques ou morales qui exercent le commerce électronique de fournitures de biens ou de services.

Il est clair, à travers ce texte, que l'opérateur de commerce électronique (que ce soit vendeur ou prestataire de services) est le responsable direct vis-à-vis de son cocontractant, ayant seul à répondre de toute défaillance dans l'exécution de ses obligations. Il est l'interface entre l'acheteur et les intermédiaires[1123], avec la possibilité gardée au profit de l'acheteur de recourir contre ces intermédiaires[1124].

Toutefois, cette disposition est considérée discriminatoire vis-à-vis du commerce traditionnel par les milieux professionnels concernés et néfaste du point

[1122] Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », édition Dalloz 2016/2017, n° 412.62, p. 437.
[1123] Ex. sous-traitants d'une activité sur le site Internet, prestataires d'encaissement, transporteurs, etc.
[1124] V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, J-M BRUGUIERE, « *Le Droit de l'Internet* », 2ème Ed., LexisNexis 2013, p. 210.

de vue de la concurrence avec les professionnels étrangers qui ne sont pas toujours soumis au même niveau d'exigence[1125].

Pour la doctrine, le texte vise à mettre en place un interlocuteur unique avec le client en cas d'une mauvaise exécution du contrat électronique en considérant que « *[…] si le client souffre d'une mauvaise exécution du contrat qu'il a conclu par voie électronique, il doit pouvoir en demander raison à un interlocuteur unique : celui qui lui a proposé le produit ou le service sur le site consulté, fût-il exécuté par un tiers. En particulier, on a entendu régler la situation dans laquelle un acheteur ne se voit pas livrer le produit commandé, et qu'il a payé : peut-être la faute en incombe-t-elle au transporteur, ou à un autre intervenant, mais peu importe, il doit pouvoir s'adresser à son vendeur pour obtenir satisfaction* »[1126].

Cependant, en attachant le régime de responsabilité de plein droit à toute personne qui « *propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* », le législateur a étendu l'obligation à tous les intervenants professionnels ou non qui fournissent une prestation et non seulement au professionnel exploitant un site marchand[1127].

Une autre critique du texte se rattache au fait que l'article 15 de la loi susvisée n'opère pas de distinction en fonction de la nature des produits et services fournis. Ce régime de responsabilité de plein droit s'applique aux contrats conclus sur Internet par un cybercommerçant alors que ses autres activités (qui sont identiques mais effectuées par voie traditionnelle) étaient soumises à un régime de responsabilité distinct[1128].

L'article 15-II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique a ajouté deux alinéas à l'article L.221-15 du Code de la consommation français[1129], qui mettent à la charge du professionnel la responsabilité de plein droit « *à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance* ». Dans le cas où le professionnel n'est pas en mesure de remplir ses

---

[1125] J-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », *op.cit*., p. 360.
[1126] J. HUET, « *Fasc. 2420 : Pratique des contrats électroniques* », *op.cit*.
[1127] *Ibid*.
[1128] V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, J-M BRUGUIERE, « *Le Droit de l'Internet* », *op.cit*.
[1129] Ancien Article L.121-19-4 du Code de la consommation (depuis la loi n°2014-344 du 17 mars 2014) ; auparavant article L. 121-20-3, al. 4 et 5; abrogé depuis l'entrée en vigueur en 1er juillet 2016 de l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

obligations, l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation peut lui enjoindre de ne plus prendre aucun paiement avant livraison intégrale du bien ou exécution effective du service. Cette mesure est pour une durée initiale de deux mois, susceptible d'être renouvelée[1130]. Il en résulte que l'exécution du contrat électronique est soumise à une obligation du résultat qui impose au professionnel vendeur la livraison de la chose et au prestataire de services, lui aussi professionnel, la fourniture de la prestation.

Les seuls cas d'exonération de la responsabilité sont limités au fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, à la faute imputable à la victime et au cas de force majeure.

Dans un arrêt du 13 novembre 2008[1131], la Cour de cassation française a limité encore les cas d'exonération possible du professionnel en affirmant que la faute du transporteur n'est pas un fait du tiers. La Cour a confirmé que le professionnel est le seul responsable de la livraison effective du produit commandé (bons d'achats) au consommateur en annonçant, d'une part, que le prestataire de services auquel « *le professionnel a recours pour l'exécution des obligations résultant d'un contrat conclu à distance n'est pas un tiers au contrat au sens de l'article L. 120-20-3 du Code de la consommation* » et d'autre part, que « *le professionnel, responsable de plein droit à l'égard du consommateur, en vertu de dispositions d'ordre public, de la bonne exécution des obligations nées d'un contrat conclu à distance, ne peut conventionnellement exclure ni limiter, en dehors des prévisions de la loi, la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un tel contrat* ».

[1130] C'est ce qui ressort de l'article L.521-3 du Code de la consommation qui dispose que « *lorsqu'un professionnel soumis aux dispositions du chapitre Ier du titre II du livre II est dans l'incapacité manifeste de respecter ses obligations prévues à l'article L. 221-15, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut lui enjoindre, pour une durée initiale ne pouvant excéder deux mois et susceptible d'être renouvelée par période d'au plus un mois :*
1° De ne plus prendre aucun paiement avant la livraison intégrale du bien ou l'exécution effective du service ;
2° D'informer le consommateur de l'injonction dont il fait l'objet et, s'il y a lieu, des biens ou services visés par cette mesure, selon des modalités fixées par l'injonction.
Lorsque le professionnel n'a pas déféré à cette injonction dans le délai prescrit, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut demander à la juridiction civile d'ordonner, sous astreinte, la suspension de la prise des paiements ».

[1131] Cass., 1ère civ., 13 Novembre 2008, n° 07-14.856, *SA SLG c/ RAAD MAÎTREHENRY*, Bull. 2008, I n° 263, JurisData n° 2008-045782.

En conséquence, le professionnel est responsable de la perte de la chose vendue et il lui appartient de se retourner vers le transporteur fautif après avoir remboursé ou renvoyé une autre marchandise au consommateur. Cette position de la Cour de cassation élimine toute possibilité de mettre à la charge du consommateur les risques de l'expédition de la chose vendue et renforce sa protection, d'autant plus que se retourner contre la poste, laquelle limite très fortement sa propre responsabilité en vertu des clauses contractuelles, ne sera qu'une source d'inquiétude et d'insécurité pour le consommateur. Dans une optique plus générale, la règle veut que les prestataires intervenant dans le processus d'exécution des engagements issus du contrat à distance ne seraient pas considérés comme des tiers à ce contrat[1132].

Par ailleurs, peut-on dire que le législateur aurait créé une nouvelle variété de responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? La responsabilité contractuelle du fait d'autrui repose, comme le précise l'article 1242, alinéa 1 du Code civil, sur une responsabilité « *non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Les principes du droit européen du contrat posent la même règle dans leur article 8.107 : « *celui qui confie l'exécution du contrat à un tiers n'en demeure pas moins tenu à l'exécution* ». Rapprochant ces principes de l'esprit de l'article 15 de la LCEN, le vendeur de biens ou le prestataire de services à distance est tenu de répondre du fait de toutes personnes intermédiaires qu'il a lui-même chargé de l'exécution d'une partie ou de la totalité du contrat.

Mais tout en admettant la responsabilité de plein droit que la loi impose aussi bien dans les relations *B to B* que dans les rapports *B to C*, il semble que cette notion apportée par le législateur peut s'apprécier diversement selon les circonstances. Une décision du Tribunal d'instance de Grenoble du 1er février 2007[1133], bien qu'elle émane du premier degré de juridictions, relève une analyse pertinente du rapport contractuelle dans le cas d'*Ebay* vis-à-vis d'un client qui avait

[1132] G. CHANTEPIE, « *Le vendeur à distance engage sa responsabilité de plein droit envers un consommateur en cas de perte de la chose au cours du transport* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 12 Février 2009, 1173.
[1133] TI Grenoble, 1er févr. 2007, *C. c/ Ebay International*, Juris-Data n° 2007-330518.

acquis par enchère, sur le site *ebay*, une montre de collection *Audemars-Piguet* à un prix beaucoup moins cher que celui estimé pour une telle montre. Après avoir payé par virement au vendeur le prix de la montre objet de la transaction électronique, il n'avait jamais reçu la montre. Devant la difficulté de poursuivre le vendeur installé à l'étranger, il agit contre *Ebay* qui présente pour lui « *l'immense avantage d'être un responsable « de proximité » solvable* »[1134].

Le client faisait valoir qu'en application des articles 15-I et 15-II de la loi du 21 juin 2004, la société *Ebay International AG* dont l'activité est le « *commerce électronique* » était responsable de plein droit à l'égard du consommateur, tant de ses propres inexécutions que de celles de ses prestataires. Il rajoutait que « *la société Ebay ne vendait pas les objets, elle « vendait » sa prestation, participant ainsi à un commerce électronique tel que défini à l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 et qu'elle était pour ses propres prestations soumises à l'article 15 de cette loi, soit responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soit exécutées par elle-même ou par d'autres prestataires de services* »[1135].

Le Tribunal d'instance a débouté le client de son action en empruntant un chemin à deux voies, celui du comportement fautif du client[1136] et celui de la responsabilité de plein droit du vendeur de la montre qui ne peut pas être la société *Ebay*. Sur ce dernier point, il semble que le raisonnement du Tribunal d'instance va dans le sens inverse de ce qu'on aurait pu penser.

En effet, le tribunal a reconnu que la société *Ebay* a la qualité de commerçant électronique et qu'elle est, en application de l'article 15-I de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat la liant au client, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de

---

[1134] V. Commentaire de Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Responsabilité des cybercommerçants - Ebay face à la responsabilité de plein droit* », Comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2007, comm. 73.

[1135] TI Grenoble, 1er févr. 2007, *C. c/ Ebay International*, Juris-Data n° 2007-330518.

[1136] Le Tribunal a retenu des pièces introduites dans le dossier que le client avait réglé par virement international le prix de vente directement à M. Gheorghe C.P domicilié à Londres après que ce dernier lui avait communiqué un e-mail mentionnant ses références bancaires, alors que, d'une part, le client avait payé le prix à une personne autre que le vendeur indiqué par Ebay et d'autre part, il n'avait pas utilisé le système sécurisé de paiement « *Pay Pal* »proposé par Ebay, qui permet de retenir les fonds tant que la chose n'a pas été reçue par l'acheteur.

services. Toutefois, cette responsabilité d'*Ebay* a été exclue par le tribunal qui ne considère pas les vendeurs d'objets sur le site d'*Ebay* comme ses prestataires de services, mais des vendeurs responsables de la bonne exécution des contrats de vente conclus sur le site d'Ebay.

Cette approche adoptée par le tribunal pour dégager la responsabilité du courtier aux enchères, la société *Ebay*, aurait pu être plus simple à concevoir si la question est centrée sur la qualité d'*Ebay* dans cette transaction. Celle-ci n'étant pas le vendeur de la montre, elle ne serait pas responsable de sa livraison à l'acheteur, ce qui exclut que la faute fonde une responsabilité du courtier aux enchères[1137]. Mais est ce qu'on ne peut pas considérer que le tribunal, par ce raisonnement, cherche à éviter de généraliser l'exonération de la responsabilité d'un opérateur de commerce électronique, tel qu'*EBay*, dans des circonstances différentes ? Quelles seront donc ces circonstances qui peuvent engager la responsabilité de plein droit de la société *Ebay*, alors qu'une autre décision de la Cour d'appel de Paris[1138] a accordé le statut d'hébergeur à la société *Ebay* en considérant que son rôle n'est pas celui d'une société de vente aux enchères ?

L'intention est certes louable et vise avant tout le développement du commerce électronique en assurant un climat de confiance et de sécurité pour les cocontractants en ligne, mais il n'est pas certain que le législateur ait bien été clair sur l'extension de la responsabilité du professionnel à l'ensemble des prestataires intervenants dans l'exécution du contrat.

En présence de cette responsabilité de plein droit, est ce que les stipulations contractuelles limitatives de responsabilité peuvent jouer en faveur de l'opérateur de commerce électronique ?

II - La portée des clauses limitatives de responsabilité

L'opérateur exerçant une activité de commerce électronique est tenu à une obligation de résultat. Sa responsabilité de plein droit ne saurait s'écarter en démontrant l'absence de sa faute, ou celle du prestataire de services. Aux termes

[1137] V. dans ce sens aussi le Commentaire de Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Responsabilité des cybercommerçants - Ebay face à la responsabilité de plein droit* », *op.cit*.
[1138] CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 27 Mars 2013, n° 11/07990, JurisData n° 2013-006759.

de la loi du 21 juin 2004, seule la preuve d'une faute de la victime, du fait imprévisible et insurmontable d'un tiers au contrat, ou d'un cas de force majeure permet une exonération de responsabilité. Du moment que la qualité du tiers ne pourra pas être reconnue aux prestataires de services, les hypothèses d'une telle exonération demeurent toutefois marginales en l'absence de la faute de la victime. Il en résulte donc qu'aucune limitation de responsabilité ne peut être tolérée.

En référence au droit commun des contrats, la responsabilité de plein droit de la loi pour la confiance dans l'économie numérique peut être considérée incompatible avec les dispositions de l'article 1231-3 du Code civil[1139], issue de l'Ordonnance n° 2016-31 du 10 février 2016, qui pose le principe d'admission des clauses limitatives de responsabilité « *sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* »[1140]. De même, il convient de souligner que la Cour de cassation, dans un litige qui avait duré dix ans, a rendu un arrêt le 29 juin 2010[1141] rétablissant la validité des clauses limitatives de responsabilité tout en encadrant leur régime. La cour a affirmé que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle*, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur », une gravité qui a été retenu, dans un autre litige, par la Cour de cassation contre la société Chronopost pour écarter l'application de la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au prix du transport, dès lors que le transporteur, qui est un spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, a manqué à son engagement de livrer les plis dans le délai convenu. Pour la cour, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite.

C'est peut-être cet arrêt de la Cour de cassation de 1996 [1142] qui peut aller dans le même sens de la responsabilité de plein droit imposée aux opérateurs de commerce électronique. Cependant, il paraît bien confortable de considérer cette

[1139] Ancien article 1150 C. civ.
[1140] La formule de l'ancien article 1150 est légèrement modifiée. Cet ancien article allait dans le même sens, en se limitant au cas de dol, alors que le nouvel article 1231-3 du Code civil élargie ce champ pour les cas de faute lourde, en consacrant la jurisprudence qui soumet la faute lourde et la faute dolosive au même régime. Le contrat étant un moyen de prévision, le débiteur ne s'engage pas, sauf clause contraire, à prendre en charge les dommages qui n'ont pas été prévus le moment de l'engagement.
[1141] Cass., com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, Bull. 2010, IV, n° 115.
[1142] Cass., com., 22 octobre 1996, n° 93-18.632, Bull. 1996, IV, n° 261.

responsabilité de plein droit comme une source de protection pour un cyberconsommateur vis-à-vis du professionnel opérant sur internet, mais il serait plus compliqué de la concevoir pour les non-professionnels visé par l'article 15-I de la LCEN si les raisons d'inexécution ne relèvent pas de leur faute.

Toutefois, il semble difficile d'admettre l'exonération de la responsabilité de plein droit du professionnel exerçant une activité de commerce électronique, dès lors que le texte de l'article L. 221-15 du code de la consommation[1143] revêt un caractère d'ordre public qui exclut toute limitation contractuelle. De plus, la rigueur de la responsabilité du professionnel ne peut être conciliée avec des clauses contractuelles limitatives de responsabilité, ce qui doit inciter le professionnel à être vigilent dans ses rapports avec ses prestataires de services et prêter une attention particulière aux conditions contractuelles le liant à ces prestataires afin que ses recours contre ces derniers, en cas d'inexécution résultant de leur faute, soient de nature à lui garantir un remboursement des charges financières qu'il aurait dû payé à son tour au consommateur.

Ce régime étant particulièrement avantageux pour le consommateur, ne semble pas présenter un caractère d'ordre public pour les acteurs de commerce électronique mentionnés à l'article 15-I de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Peut-être que cela est dû à l'utilité des clauses limitatives de responsabilité dans les contrats à distance conclus entre professionnels.

Quoi qu'il en soit, le caractère d'ordre public qui ne laisse aucune place aux stipulations contractuelles, accentuera davantage les critiques des professionnels de vente à distance qui considèrent ce régime de responsabilité discriminatoire par rapport aux vendeurs traditionnels et qui se plaignent en même temps « *d'un risque de déséquilibre concurrentiel entre les vendeurs français et les vendeurs étrangers, lesquels ne sont pas soumis à pareil régime dérogatoire* »[1144].

[1143] Art. L.121-19-4 Code de la consommation (ancien).
[1144] Th. VERBIEST, « *Contrat de vente de voyage en ligne - La LEN sur le dos* », Tourisme et Droit 2007, n° 92, p. 13.

Sous-section II - Le dispositif de protection concernant l'exécution de la commande

Quel que soit le contrat conclu par voie électronique, il donnera naissance aux obligations habituelles. Qu'il s'agisse d'une vente ou d'une prestation de services, il incombe au professionnel l'obligation de livraison du bien ou de fourniture de services conformément aux conditions contractuelles convenues lors de la formation du contrat.

L'environnement numérique étant caractérisé par l'absence de contact physique entre les acteurs, par l'immatérialité des transactions voire même par son caractère transfrontalier, la confiance ne serait qu'un concept à exclure de la sphère virtuelle si les règles protectrices de l'intérêt de la partie faible dans la transaction[1145] ne seraient pas bien définies.

On ne peut exposer tous les problèmes relatifs aux garanties dans la vente et dans la fourniture de services électroniques, qui ne sont d'ailleurs pas uniquement spécifiques au commerce électronique, mais il convient de mettre le point sur certains aspects plus spécifique à la livraison et la garantie de conformité dans le contrat conclu électroniquement. Il s'agit, en premier lieu, de l'obligation de livraison dans le délai (I), et en second lieu, de l'obligation de conformité (II).

I - Le dispositif de protection concernant la livraison

L'exécution du contrat électronique passe avant tout par la livraison du bien ou la fourniture de la prestation dans le délai convenu (A). Ce délai constitue un engagement du professionnel vis-à-vis de son cocontractant. Mais cet engagement de livraison implique également un moment de transfert des risques liés à la perte ou détérioration du bien vendu (B). L'intérêt de ces questions porte sur l'importance majeure de la confiance dans le développement du commerce électronique, lequel nécessite une panoplie des règles protectrices des intérêts des contractants en ligne.

A - L'obligation d'exécution dans le délai déterminé

Les ventes et les offres de services peuvent bien être une source de pratiques trompeuses ou déloyales. Certaines de ces pratiques sont répandues sur

[1145] Qui est généralement l'e-consommateur.

les sites de commerce électronique où on peut y trouver des fausses annonces sur une livraison gratuite en dissimulant qu'il s'agit en réalité d'une livraison « *en point relais* » et non au domicile du cyberconsommateur, ou encore que le produit est disponible en stock et d'informer après la passation de la commande que le produit n'est pas disponible mais qu'un autre produit peut être vendu.

Il est fréquemment trouvé aussi dans les conditions générales de vente en ligne que la livraison effective de la commande peut être affectée par de nombreux événements qui ne relèvent pas du contrôle du cybercommerçant une fois que la commande quitte les locaux de ce dernier, en laissant une marge à toutes possibilités susceptibles de retarder la livraison du produit[1146].

Bien que les dispositions légales relatives aux obligations d'informations précontractuelles[1147] imposent de fournir toutes les informations nécessaires à la formation du contrat électronique, incluant les modalités de livraison, la date ou le délai de livraison des biens ou d'exécution des services, la difficulté née lorsque le contrat est formé et l'exécution prend sa place dans le processus contractuel.

Certes, le cadre légal existant particulièrement en matière de commerce électronique permettrait de répondre à une bonne partie des problèmes d'exécution, il reste, néanmoins, que de nouvelles pratiques apparaissent avec le développement des nouvelles technologies et qui nécessitent une intervention législative.

Ce qui est incontestable, c'est que l'exécution dans le délai d'une commande passée par Internet est pour la plupart des cyberconsommateurs une condition *sine qua non* lors de la formation du contrat électronique. Toutefois, de nombreux sites

---

[1146] V. par ex. les conditions générales de vente et de remboursements d'*Apple* sur le lien : http://www.apple.com/be-fr/shop/browse/open/salespolicies. V. aussi les conditions de vente « *Terms of sales* » de la société dbland (Canada-Ontario) sur le lien https://dbrand.com/about/terms-of-sale: « *Undelivered GoodsNote that, in order to keep shipping prices low for customers, our standard shipping service is sent using government-run local postal services without tracking. If an order does not successfully arrive at the delivery address provided during checkout within the recommended time-frame specified in your Shipping Confirmation, please use the Contact Form to let us know. We'll work with you to get a re-shipment processed and ensure that you receive the product you paid for. We do not provide any refunds based on undelivered items, as delivery is out of our control once an item has left our warehouse. Again, just send us a message through our Contact form if your item is undelivered and we will work with you to deliver what you paid for. Under no circumstances does d-brand provide refunds to Freight-Forwarding addresses, as the nature of these delivery addresses is such that delivery is not only out of our control, but out of the scope of delivery by government-run local postal services* ».

[1147] V. la Section I du premier Titre de la présente étude.

de commerce électronique affichent des délais de livraison très courts, tout en précisant dans les conditions générales de vente que ceux-ci n'étaient qu'indicatifs afin de dégager leur responsabilité contractuelle. Pourtant le législateur a bien pris le soin de définir les délais de livraisons.

Ces pratiques sont totalement contraires au cadre légal en vigueur. Au niveau européen, l'article 20 de la Directive n° 2011/83/UE indique que les risques de perte et d'endommagement de la chose vendue sont à la charge du professionnel jusqu'au moment où le consommateur ou un tiers désigné par lui prend physiquement possession de ces biens. Ce tiers est autre que le transporteur sauf dans l'hypothèse où c'est le consommateur qui a fait le choix de ce transporteur, sans aucune proposition émanant du professionnel. Dès lors, cette disposition met à la charge du professionnel l'obligation de livraison selon les termes et conditions du contrat de vente à distance et tout recours possible résultant du retard ou de non livraison de la chose vendue doit être exercé directement par le professionnel contre le transporteur. Le professionnel reste donc le seul responsable de la bonne exécution des obligations nées du contrat, que cette exécution soit faite par lui-même ou par une autre entité désignée par lui. Cette responsabilité de plein droit de la bonne exécution qui est, d'ailleurs, clairement affirmé par l'article L.121-15 du Code de la consommation.

Ces dispositions permettent de conclure que l'obligation de livraison qui pèse au professionnel et qui est un élément essentiel dans la phase d'exécution du contrat, doit être bien défini dans les conditions contractuelles et être conformes, non seulement aux règles protectrices du consommateur en ligne, mais présentant aussi toutes les garanties permettant au consommateur de ne pas se soucier que sa commande lui arrivera, sans difficultés et surtout sans qu'il soit tenu de rechercher sa commande auprès des tiers au contrat qu'il avait conclu directement avec le professionnel en ligne.

Comme l'affirme Monsieur Raymond[1148] « *cette interprétation nouvelle semble signifier que l'entreprise de vente à distance satisfait à ses obligations non pas en accomplissant la délivrance de la chose mais en assurant la livraison de la*

[1148] G. RAYMOND, « *Contrats conclus à distance* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Concurrence-Consommation, LexisNexis, 3 Octobre 2014, Fasc. 904.

chose. S'il en était ainsi, la pratique du " contre-remboursement " perd ainsi de son intérêt puisque dès lors que le consommateur n'est pas livré, le contrat n'est pas exécuté. Si le consommateur n'est pas livré, le contrat n'est pas exécuté et il appartient à l'entreprise soit de rembourser le client qui a déjà payé la marchandise avec les éventuels dommages-intérêts complémentaires, soit d'envoyer à nouveau l'objet commandé. Ainsi, ce n'est plus le consommateur qui supportera les recours contre le transporteur ou qui subira les éventuels plafonds légaux de responsabilité, mais les entreprises de vente à distance ».

La Directive n° 2011/83/UE délimite en outre le délai de livraison à trente jours et dispose au paragraphe 1 de l'article 18, que « *1. Sauf si les parties en disposent autrement concernant le moment de la livraison, le professionnel livre les biens en en transférant la possession physique ou le contrôle au consommateur sans retard injustifié, mais au plus tard trente jours après la conclusion du contrat* ». Un délai supplémentaire est prévu dans le deuxième paragraphe de cet article « *en cas de manquement du professionnel à l'obligation de livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1* ». Ce délai supplémentaire est défini par le consommateur selon les circonstances.

Cette souplesse dans le respect du moment convenu pour la livraison de la commande est exclue dans des cas bien définis par la directive, lorsque « *le professionnel a refusé de livrer le bien ou lorsque la livraison dans le délai de livraison convenu est essentielle compte tenu de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou lorsque le consommateur informe le professionnel, avant la conclusion du contrat, que la livraison à une date précise ou au plus tard à une date déterminée est essentielle* ». Ces cas donnent droit au consommateur « *de mettre fin au contrat immédiatement* ». Le professionnel est tenu de rembourser, en conséquence, sans retard excessif, « *toute somme payée en application du contrat* ». Le dernier paragraphe de l'article 18 ajoute que « *outre la possibilité de mettre fin au contrat prévue au paragraphe 2, le consommateur peut faire usage d'autres recours prévus par le droit national* ».

En droit français, ce sont les mêmes règles applicables à la livraison du bien ou à la fourniture de services avec quelques nuances. Comme dans le cadre de la Directive n° 2011/83/UE, la date et le délai, s'ils ne sont pas convenus entre les

parties ou indiqués au titre de l'obligation d'information précontractuelle prévue à l'article L. 111-1 du Code de la consommation[1149], l'exécution doit avoir lieu au plus tard dans le délai de trente jours après la conclusion du contrat tel que prévu par l'article L. 216-1 du Code de la consommation[1150]. En cas de défaut d'exécution lié au refus de livraison du bien ou de fourniture de services, ou dans le cas d'inexécution à la date convenue ou à l'expiration du délai de trente jours, la résolution du contrat est immédiate comme l'énonce l'article L. 216-2, alinéa 3 du Code de la consommation.

Concernant les effets de la résolution, l'article L. 216-3 du Code de la consommation impose au professionnel le remboursement de la totalité des sommes versées dans un délai de quatorze jours suivant la date de résolution du contrat. La fixation du délai de remboursement va au-delà des exigences de la Directive qui se contente d'imposer un remboursement sans retard excessif.

Par ailleurs, la communication de la commission de 2012[1151] a souligné la nécessité de créer un climat de confiance chez le consommateur qui doit recevoir facilement et à un coût raisonnable, sans délai excessif et dans un état satisfaisant, le colis commandé. Elle a indiqué que « *10% des personnes n'achètent pas en ligne car elles sont inquiètes du coût des services de livraison, notamment transfrontaliers et de la qualité du service* ».

Dans le même sillage, la proposition du Règlement relatif aux services de livraison transfrontalière de colis présentée le 25 mai 2016, la commission européenne a visé des solutions aux problèmes liés à la livraison des colis transfrontaliers, notamment à travers la transparence des prix des livraisons et la surveillance règlementaire de ces services. Cette proposition qui s'inscrit dans le cadre de la stratégie d'un marché unique numérique en Europe, vise à présenter de nouvelles mesures destinées à stimuler le commerce en ligne à travers l'Union européenne[1152].

[1149] Art. L. 111-1, 3°, C. consom. (ancien).
[1150] Art. L. 138-1, C. consom. (ancien).
[1151] COM (2011) 942 final, accessible *via* le lien :
http://eur-lex.europa.eu/legal content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0942&from=EN
[1152] E. AUTIER, « *Bruxelles propose de nouvelles règles européennes en matière de commerce électronique* », Communiqué IP/16/1887, Dalloz actualité, 09 juin 2016.

B - Le dispositif de protection concernant le transfert des risques

La directive n° 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, malgré qu'elle n'ait pas révisé la directive n° 1999/44/CE relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, a introduit des nouvelles dispositions propres à la vente, d'harmonisation maximale, relatives au transfert des risques insérées dans un dernier chapitre intitulé « *Autres droits des consommateurs* ».

La directive n° 2011/83/UE a fait le choix d'unifier la règle relative au transfert des risques en le retardant au moment de la remise matérielle au consommateur ou à un tiers désigné par lui et autre que le transporteur[1153]. L'Article 20 de la Directive précise que « *pour ce qui est des contrats prévoyant que le professionnel expédie les biens au consommateur, le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur et autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens* ». Le professionnel devra donc répondre de toute détérioration ou de perte survenue lors du transport.

Cette règle ne s'applique qu'en cas de cumul de deux conditions. La première impose la perte ou l'endommagement du bien, sans que la cause soit précisée, ce qui laisse une large possibilité d'interprétation. La seconde exige que le bien concerné soit celui expédié par le professionnel au consommateur. Ne sont pas concernés donc les pertes ou dommages survenus dans l'entrepôt du professionnel ou lors du transport lorsque le retrait du bien doit se faire par le consommateur dans l'établissement commercial[1154]. Il est bien évident, en outre, que le professionnel pourra se retourner contre le transporteur pour obtenir des dommages et intérêts à hauteur du préjudice subi.

A ce principe de transfert des risques, il y a une exception que prévoit, cependant, la directive mettant à la charge du consommateur le risque du bien expédié à sa livraison au transporteur, à la double condition que ce soit le

[1153] O. DESHAYES, « *Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? »* 3, RDC 2012, p. 88.
[1154] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Europe Traité, LexisNexis, 30 Juillet 2014, Fasc. 2011.

consommateur qui ait chargé le transporteur pour le transport des biens et que le choix du transporteur ne soit pas proposé par le professionnel. Il semble que cette règle est tout à fait logique et tende à créer un certain équilibre contractuel dans la mesure où celui qui organise et engage le service du transporteur assume les risques liés au transport. Mais le texte de l'article 20 de la directive ne ferme pas la porte à tous recours éventuels du consommateur contre le transporteur.

Les règles françaises fixant le moment du transfert du risque de perte ou d'endommagement des biens partent des mêmes principes, par la transposition de l'article 20 de la directive 2011/83/UE. Les risques sont transférés au consommateur ou à un tiers désigné par lui autre que le transporteur au moment de l'entrée en possession physique du bien, en distinguant dans les articles L. 216-4 et L. 216-5 du Code de la consommation[1155] deux situations, lorsque le bien est confié à un transporteur :

- si le transporteur est proposé par le vendeur, c'est ce dernier qui assume les risques jusqu'à la remise matérielle du bien ;
- si c'est le consommateur qui confie la livraison à un transporteur qu'il a choisi, le transfert des risques au consommateur a lieu dès la remise au transporteur du bien à livrer.

De manière similaire à ce qui est prévu dans la directive 2011/83/UE, la proposition sur les contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens du 09 décembre 2015 a fait du moment du transfert du risque le même moment pour déterminer la conformité au contrat. Ce moment correspond à celui de la prise de possession physique des biens par le consommateur ou un tiers, désigné par le consommateur, y compris un transporteur, chargé du transport par le consommateur[1156]. C'est en résumé le moment où le consommateur obtient le contrôle des biens.

Toutefois, la livraison dans le délai et le moment du transfert des risques au consommateur ne constituent pas les seules préoccupations des contractants en

[1155] Anciens articles L. 138-4 et L. 138-5 C. consom.
[1156] Art. 8, Proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, du 09 décembre 2015, COM(2015) 635 final.

ligne. Avant tout, un produit ou un service non conforme, même livré dans le délai, est une peine perdue.

II - L'obligation de conformité

Le contrat électronique de vente de biens et de prestations de services est un contrat à travers lequel les consommateurs peuvent se procurer des biens et des services non seulement au sein de leurs frontières mais également au-delà.

La conformité des produits ou services à ceux commandés en ligne constitue pour les cyberconsommateurs un élément essentiel du contrat. Entre la réception de la commande et la découverte d'un produit non conforme à celle-ci, le cyberconsommateur peut vivre un véritable ascenseur émotionnel. Nombreuses sont les situations de produits non conformes à la commande donnant lieu à un refus du bien. Il peut s'agir d'une erreur sur le bien commandé en ligne, d'une commande incomplète ou détériorée.

Tout n'est pas perdu pour autant, puisque des dispositions légales en vigueur permettent de remédier à des situations pareilles.

Au niveau international, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 a eu pour particularité de créer et consacrer l'obligation de conformité à la charge du vendeur[1157].

Au niveau européen, la volonté continue d'harmoniser les règles assurant aux consommateurs la livraison d'un bien conforme à ses attentes a nécessité plusieurs interventions législatives, notamment en raison de la disparité des législations des Etats membres concernant la vente des biens de consommation et qui constitue une source de « *distorsions de concurrence* » entre les vendeurs[1158].

De plus, l'harmonisation des règles de conformité des biens vendus parait très importante dans la mesure où les droits des Etas membres n'appréhendent pas cette conformité sous le même angle. D'un côté, il y a les pays de tradition romaine

---

[1157] V. HEUZE, « *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme* », LGDJ, Traité des contrats, (ss dir. J. Ghestin), 2000.

[1158] Du moment qu'un vendeur établi dans un Etat membre qui commerce dans un autre Etat ne sera pas soumis au même droit que le vendeur de cet Etat ; V. Considérant 2 de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

comme la France ou l'Allemagne qui connaissent la garantie des vices cachés et d'un autre côté, ceux de tradition de *Common law* qui l'ignorent[1159].

Il convient, dans ce cadre, d'étudier les critères de la garantie de conformité (B) et sa mise en œuvre (C) en passant en revue de manière succincte le développement des disposions législatives européennes qui ont apporté leur lot de nouveautés en matière de garantie légale de conformité (A) dans les contrats conclus par voie électronique.

A - Les évolutions législatives européennes

La volonté législative européenne d'harmoniser les règles de conformité des biens vendus s'est manifestée depuis les années 80, et notamment lors d'une communication de la Commission européenne de 1985 relative à la protection des consommateurs[1160] et à travers laquelle la Commission soulève les besoins de l'établissement de garanties et réglementation des services après-vente[1161].

Quatorze ans plus tard, la directive 1999/44/CE relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation fut adoptée le 25 mai 1999. Etant d'harmonisation minimale, laissant aux Etats membres la possibilité de maintenir ou d'adopter des mesures plus protectrices allant au-delà du niveau minimum de protection instauré par la directive, celle-ci a produit des régimes disparates en Europe.

Depuis son adoption, les institutions européennes ont alors continué à réfléchir aux évolutions et améliorations possibles de l'harmonisation en ce

---

[1159] V. C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *op.cit.* ; V. aussi Réf. citée par l'auteur : S. PELET, « *La garantie légale des biens de consommation : étude comparée des droits français, anglais et communautaire* », thèse, Montpellier I, 2000, n° 95 s ; O. MORETEAU, « *Droit anglais des affaires* », Dalloz, 2000, n° 853 s. et 859 s.

[1160] Communication de la Commission au Conseil, intitulée « *Nouvelle impulsion pour la politique de protection des consommateurs* », COM (85) 314 final.

[1161] Avec les encouragements du Parlement européen et du Conseil, la Commission publia un Livre vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente le 15 novembre 1993 (COM (93) 509 final) avant de proposer une directive sur la vente et les garanties des biens de consommation (présentée le 23 août 1996 : COM 595) 520 final). Tenant compte de certaines critiques formulées, la Commission européenne a présenté le 1er avril 1998 une proposition modifiée de directive. Le texte a fait ensuite une navette entre le Conseil et le Parlement pour finir enfin entre les mains du comité de conciliation qui avait adopté le 18 mars 1999 un projet commun. Celui-ci a ensuite été approuvé par une décision du Parlement du 05 mai 1999 puis par une décision du Conseil du 17 mai 1999 en vue de l'adoption définitive de la directive 1999/44/CE en date du 25 mai 1999. V. Fabrice PICOD, La directive 1999/44/CE. Genèse et principes, publié Javier Lete Achirica, les garanties dans la vente de biens de consommation, Rapport de la Conférence Internationale Saint-Jacques-de-Compostelle, 30-31 janvier 2004, USC 2004, p. 25-26.

domaine. La Commission européenne avait dressé plusieurs bilans qui soulignaient une transposition disparate entre les Etats[1162], ce qui permettrait justement l'harmonisation minimale.

Les réflexions européennes ont abouti à une proposition de directive sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008 qui harmonisait *a maxima* quatre directives dont la Directive 1999/44/CE[1163]. Cependant, devant les critiques unanimes des Etats membres[1164], la Commission a retiré de la Directive 2011/83/UE, finalement adopté le 25 octobre 2011, la refonte de la Directive 1999/44/CE. Si cette directive ne révise plus la Directive 1999/44/CE, et en conséquence, n'a pas modifié le régime en matière de conformité et de garantie de la directive, elle comporte cependant quelques dispositions nouvelles, d'harmonisation maximale dans ce domaine, relatives la livraison et au transfert des risques.

La Commission n'abandonna pas totalement son projet puisque la Directive 2011/83/UE indique qu'elle se réserve le droit, dans le cadre de réexamen ultérieur, d'envisager une harmonisation maximale[1165].

C'est ainsi que la Commission a présenté le 09 décembre 2015 deux propositions de directives, l'une portant sur la vente de contenu numérique et l'autre sur les contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens. Cette dernière proposition complète la Directive 1999/44/CE ainsi que la Directive 2011/83/UE et 2000/31/CE par une harmonisation maximale des exigences de conformité des biens, de la hiérarchie entre les modes de dédommagement dont dispose les consommateurs en cas de non-conformité du bien par rapport au contrat, les modalités de leur exercice dans le cadre du commerce électronique[1166]

[1162] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *op.cit.*

[1163] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, 8 octobre 2008, COM (2008) 614 Final.

[1164] M. BEHAR-TOUCHAIS, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et J. SÉNÉCHAL, « *Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635) final et COM (634) final (7e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016)* », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2017, dossier 2 ; V. aussi C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *op.cit.*

[1165] Consid. 62 de la Directive 2011/83/UE.

[1166] Consid.11, Proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, du 09 décembre 2015, COM(2015) 635 final.

ainsi que les délais pour le renversement de la charge de la preuve et de la garantie légale de conformité. Elle s'applique aux contrats conclus à distance entre un vendeur et un consommateur portant sur les objets mobiliers corporels à l'exception des prestations de services, contenus numériques et supports servant exclusivement de moyen de transport pour ces contenus numériques. La proposition de directive sur les contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens a choisi donc de réserver le régime spécial de la garantie de conformité aux ventes en lignes ou à distance et c'est d'ailleurs l'intention du législateur européen puisqu'il précise que « *la directive 1999/44/CE devrait être modifiée de façon à exclure les contrats de vente à distance de son champ d'application* »[1167].

B - Les critères de la conformité

Inspirée de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, la Directive n° 1999/44/CE traite de la conformité dans le contrat de vente et règlemente les garanties qui s'y attachent, légales ou conventionnelles. Cette directive a eu un impact considérable sur le droit des contrats des Etats membres se rapportant au droit de la vente entre professionnels et consommateurs[1168].

La Directive vise à établir « *un socle minimal commun* » de règles de droit de la consommation, valable indépendamment du lieu de vente des biens dans l'Union européenne, en vue de renforcer la confiance des consommateurs et leur permettre de profiter au mieux du marché intérieur[1169]. Son objectif est d'harmoniser, de façon minimale, l'une des obligations les plus importantes relatives à la livraison d'un bien conforme aux attentes du consommateur[1170]. A l'image de la Convention de Vienne, la Directive n° 1999/44/CE présente la conformité comme une notion unique

[1167] Considérant 38 de la proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens du 09 décembre 2015, COM(2015) 635 final.
[1168] J. STUYCK, « *Politique européenne de la consommation* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Europe Traité, Lexis360, 4 Avril 2017, p. 42, Fasc. 2000.
[1169] F. PICOD, « *La directive 1999/44/CE. Genèse et principes* », publié Javier Lete Achirica, *les garanties dans la vente de biens de consommation*, Rapport de la Conférence Internationale Saint-Jacques-de-Compostelle, 30-31 janvier 2004, USC 2004, p. 27.
[1170] V. art. 2, parag. 1, Direc. 1999/44/CE.

recouvrant plusieurs réalités[1171]. La conformité du bien est présumée exister dès lors que sont réunies quatre conditions qui forment deux groupes principaux selon qu'on se réfère au critère subjectif de l'accord des parties ou objectif des attentes légitimes du consommateur.

Pour les critères subjectifs, le bien doit correspondre à ce qui a été convenu entre les parties. Ce bien serait conforme au contrat, si d'une part « *il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur* »[1172] et d'autre part, s'il correspond aux qualités particulières attendues du bien par le consommateur suite à un accord spécial au moment de la conclusion du contrat[1173].

Quant aux critères objectifs, ils sont détachés de toute considération des parties et de leurs attentes. Le bien est conforme s'il répond à ce qui est habituellement attendu pour un bien du même type qui aux termes de l'article 2 parag. 2 de la directive soit « *propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type* », soit qu'il répond aux attentes raisonnables du consommateur « *eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage* »[1174]. La proposition de directive européenne du 9 décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, destinée à moderniser les règles applicables aux contrats de vente en ligne, reprend globalement les critères de la conformité de la Directive 1999/44 tout en clarifiant leur présentation.

Cette proposition distingue formellement la conformité au contrat qui correspond à la conformité aux stipulations contractuelles, de la conformité des biens qui recouvre les attentes légitimes. D'ailleurs c'est cette même dualité qui

---

[1171] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *op.cit.*

[1172] V. article 2, parag. 2, Direc. 1999/44/CE.

[1173] V. article 2, parag. 2-b, Direc. 1999/44/CE.

[1174] Mais ces déclarations ne lient pas le vendeur s'il « *- démontre qu'il ne connaissait pas, et n'était pas raisonnablement en mesure de connaître, la déclaration en cause,*
- démontre que la déclaration en cause avait été rectifiée au moment de la conclusion du contrat, ou
- démontre que la décision d'acheter le bien de consommation n'a pas pu être influencée par la déclaration ». Art. 2, parag. 4, Direc. 1999/44/CE.

avait été choisie par la proposition de règlement européen relatif à un droit commun européen de la vente[1175]. Certes, il n'en résulte pas de changement majeur au niveau de la distinction puisque ces critères subjectifs et objectifs sont déjà présents dans la Directive n° 1999/44/CE, mais une clarification est portée sur ce qu'un consommateur peut attendre d'un bien et de la responsabilité du vendeur en cas de défaut de livraison du bien escompté[1176]. La proposition de directive clarifie également le défaut de conformité au contrat lorsque l'installation s'effectue par le vendeur ou son contrôle, ou par le consommateur mais avec des instructions de montage erronées. Cette clarification porte sur l'exigence explicite, dans la liste des critères de conformité aux attentes du consommateur, que le bien soit fourni « *avec les accessoires, y compris l'emballage et les instructions de montage […] que le consommateur peut s'attendre à recevoir* »[1177].

Quoi qu'il en soit, il convient de souligner que les défauts de conformité ne sont pas systématiquement couverts par la garantie légale de conformité, même s'ils répondraient aux critères susvisés. Trois conditions sont posées par la directive. Premièrement, le défaut de conformité doit exister lors de la délivrance du bien. Là encore, il convient de revenir à la définition de la délivrance qu'on ne trouve pas mentionnée dans la directive, mais au regard des dispositions de la Directive n° 2011/83/UE sur la livraison et le transfert des risques, il est probable de comprendre la délivrance comme la livraison, c'est-à-dire, la remise matérielle du bien[1178].

Heureusement, la proposition de directive européenne du 9 décembre 2015 a clarifié cette question en indiquant que « *le vendeur répond de toute non-conformité qui existe par rapport au contrat au moment où : (a) le consommateur ou*

[1175] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final du 11/10/2011, art. 99 et 100. Par ailleurs, la proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens (du 09 décembre 2015, COM (2015) 635 final) affirme dans son exposé des motifs que « *comme annoncé par la Commission dans son programme de travail 2015, ces deux propositions s'appuient sur l'expérience acquise lors des négociations sur un règlement relatif à un droit commun européen de la vente* ».

[1176] M. BEHAR-TOUCHAIS, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et J. SÉNÉCHAL, « *Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635) final et COM (634) final (7e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016)* », *op.cit.* ; V. aussi Consid. 19, Proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, du 09 décembre 2015, COM(2015) 635 final.

[1177] Art. 5, COM (2015) 635 final.

[1178] V. art. 18, Direc. 2011/83/UE.

un tiers désigné par le consommateur, autre que le transporteur, a physiquement pris possession des biens »[1179].

Le défaut, ensuite, ne doit pas avoir son origine dans des matériaux fournis par le consommateur et, enfin, le défaut de conformité ne doit pas être connu, ou être raisonnablement ignoré, du consommateur au moment de la conclusion du contrat[1180]. Cette condition vise à ne pas couvrir par la garantie des défauts apparents, mais uniquement ceux qui ne sont pas apparents au moment de la conclusion du contrat, si le consommateur a eu la possibilité de voir le bien. Mais si le consommateur n'a pas eu cette possibilité de constater le défaut apparent lors de la conclusion du contrat, ce qui est parfaitement le cas des contrats de vente conclus par voie électronique, le défaut reste couvert par la garantie[1181].

C - La mise en œuvre de la conformité

En cas de défaut de conformité, le consommateur dispose un certain nombre de droits qu'il peut faire valoir vis-à-vis du vendeur. Il s'agit de quatre droits qui sont soumis à une hiérarchisation qui s'impose au consommateur.

Dans un premier temps, le défaut de conformité confère au consommateur le droit à la réparation ou au remplacement[1182]. Le choix entre ces deux appartient donc au consommateur « *à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné* »[1183]. S'agissant de la disproportion, la Directive 1999/44 livre les éléments à prendre en compte pour la mesurer « *un mode de dédommagement est considéré comme disproportionné s'il impose au vendeur des coûts qui, par rapport à l'autre mode, sont déraisonnables compte tenu :*

- de la valeur qu'aurait le bien s'il n'y avait pas défaut de conformité, - de l'importance du défaut de conformité et - de la question de savoir si l'autre mode de dédommagement peut être mis en œuvre sans inconvénient majeur pour le

---

[1179] Article 8, COM (2015) 635 final.
[1180] Article 2, parag. 3 de la Directive 1999/44/CE.
[1181] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *op.cit.*
[1182] Art. 3, parag. 2, Direc. 1999/44/CE.
[1183] Art. 3, parag. 3, Direc. 1999/44/CE.

consommateur »[1184]. Cette mesure doit se faire de manière relative, c'est-à-dire exclusivement par rapport à l'autre mode de mise en conformité[1185], car, comme l'énonce l'arrêt *Weber* de la cour de justice, « *l'objectif de ladite disposition serait d'éviter que le consommateur puisse abuser de ses droits en exigeant du vendeur un mode de mise en conformité, alors que l'autre mode s'avèrerait moins onéreux pour le vendeur et conduirait au même résultat* »[1186].

Il convient de souligner, à ce titre, que la proposition de Directive sur les contrats de vente en ligne du 09 décembre 2015 apporte une clarification des remèdes en nature se rapportant au remplacement des biens. Reprenant la solution protectrice de l'arrêt *Weber*, son article 10 prévoit que si le consommateur avait installé correctement les biens avant que le défaut de conformité avec le contrat n'apparaisse, « *l'obligation de reprendre les biens remplacés inclut l'enlèvement des biens non conformes et l'installation de biens de remplacement, ou la prise en charge des frais correspondants* », ce qui constitue un point fort dans le cadre des droits des consommateurs en ligne.

Dans un second temps, et à titre subsidiaire, le consommateur peut choisir entre la résolution du contrat et une réduction adéquate du prix[1187]. Ces droits du consommateur qui constituent en même temps des sanctions au commerçant, ne sont ouverts que dans trois situations, à savoir : si le consommateur n'a droit ni à la réparation, ni au remplacement du bien (en cas d'impossibilité), si le vendeur n'a pas mis en œuvre la réparation ou le remplacement dans un délai raisonnable, ce qui constitue une autre sanction à son encontre, ou s'il ne les a pas mis en œuvre sans inconvénient majeur pour le consommateur. Le choix entre ces deux droits est libre pour le consommateur, à moins que le défaut soit mineur. Dans ce dernier cas le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat[1188].

[1184] Art. 3, parag. 3, Direc. 1999/44/CE.

[1185] Le considérant 11 de la Directive 1999/44/CE affirme en ce sens que « *[...] le consommateur peut exiger du vendeur qu'il répare le bien ou le remplace, à moins que ces modes de dédommagement soient impossibles ou disproportionnés; que le caractère disproportionné du mode de dédommagement doit être déterminé de manière objective; qu'un mode de dédommagement est disproportionné s'il impose des coûts déraisonnables par rapport à l'autre mode de dédommagement; que, pour que des coûts soient jugés déraisonnables, il faut qu'ils soient considérablement plus élevés que ceux de l'autre mode de dédommagement* ».

[1186] CJUE, 16 juin 2011, Aff. jointes C-65/09 et C-87/09, *Weber c/ Wittmer*, (C-65/09) et *Putz c/ Medianess Electronics* (C-87/09).

[1187] Art. 3, parag. 5, Direc. 1999/44/CE.

[1188] Art. 3, parag. 6, Direc. 1999/44/CE.

Dans l'objectif majeur de protection des intérêts du consommateur, la Cour de justice a souligné dans son arrêt *Duarte Hueros*, quant au sujet de la réduction du prix, que le juge national doit pouvoir accorder d'office la réduction du prix au consommateur lorsque celui-ci s'est contenté de demander en justice la résolution du contrat et qu'elle lui est refusée en raison du caractère mineur du défaut de conformité[1189]. Une telle position de la Cour s'inscrit dans une démarche permettant l'effectivité de la protection des consommateurs voulue par le législateur de l'Union européenne.

En référence aux dispositions de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance, on constate un nouveau remède qui s'ajoute à la liste qui figure dans la Directive 1999/44/CE. Il s'agit de l'exception d'inexécution qui accorde au consommateur en ligne le « *[…] droit de suspendre le paiement de toute fraction restante du prix jusqu'à ce que le vendeur ait mis les biens en conformité avec le contrat* »[1190]. On peut penser que cette sanction n'est pas parfaitement protectrice des intérêts des cybers consommateurs dans la mesure où le règlement des biens vendus en ligne se passe généralement à la confirmation de la commande. Mais cela reste une option qui enrichie le panier du consommateur dans les cas de vente par internet facilitant le paiement à la livraison.

C'est également un droit de résiliation par notification qui marque la liste des nouveautés de la garantie de conformité avec cette proposition[1191]. Ce passage d'une résolution judicaire à une résolution unilatérale par notification adressé au vendeur opère, comme le souligne un auteur, « *opère un changement de taille qui souligne à nouveau le risque de disparité critiquable entre le régime applicable à la vente en face à face et à celui de la vente en ligne et à distance* »[1192]. Cette nouvelle disposition n'est étrange dans le paysage français, puisque l'ordonnance

[1189] CJUE, 03 octobre 2013, *Solidad Duarte*, Aff. C-32/12, *in* C. NOURISSAT (dir. Scientifique), Chr. « *Droit international et européen des contrats d'affaires* », RLDA 2014/89, n° 4937 (p. 63-65).
[1190] Art. 9, parag. 4 de la proposition de directive, 09 décembre 2015, COM (2015) 635 final.
[1191] Art. 13, de la proposition de directive, 09 décembre 2015, COM (2015) 635 final.
[1192] A. DANIS-FATOME, « *Une garantie spéciale de conformité pour les biens achetés en ligne ou à distance* », Revue des contrats, 01/09/2016, n° 03, p. 464.

du 10 février 2016, ayant réformé le Code civil français, consacre cette sanction dans le nouvel article 1224[1193].

Le consommateur peut, en outre, demander des dommages-intérêts pour la réparation de ses éventuels préjudices. Cette demande doit se faire au titre de son droit national puisque la Directive 1999/44/CE exclut de son champ le domaine de la responsabilité[1194].

Par ailleurs, la Directive 1999/44/CE établit une présomption simple du défaut de conformité. Celle-ci, comme le précise à juste titre Mme Aubert de Vincelles, « *constitue certainement l'un des plus grands avantages de cette garantie comparativement à celles qui existent déjà dans les droits nationaux comme la garantie des vices cachés en France* »[1195]. La directive dispense donc le consommateur de prouver que le défaut existait avant la délivrance du bien lorsque le défaut apparaît dans un délai de six mois[1196], évitant ainsi la difficulté de prouver l'antériorité du défaut et les coûts des expertises qui peuvent s'avérer excessifs par rapport au coût d'un bien de consommation. Le législateur français, de sa propre initiative, a étendu le délai de présomption d'antériorité du défaut de conformité pour les biens neufs à deux ans[1197], ce qu'autorise d'ailleurs le degré minimal d'harmonisation de la directive, le calant ainsi sur le délai de prescription d'action, ce qui tend à transformer le délai de deux ans en un délai légal de garantie[1198].

La proposition de Directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance prévoit le même délai de deux

---

[1193] L'article 1224 du Code civil précise que « *la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

[1194] V. consid. 6 ; Art. 8, parag. 1, Direc. 1999/44/CE.

[1195] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *op.cit.*

[1196] Art. 5, parag. 3, Direc. 1999/44/CE.

[1197] Art. L.217-7 C. consom. (ancien art. L.211-7 C. consom., abrogé au 1er juillet 2016 par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016).

[1198] Art. L.217-12 C. consom. (ancien article L.211-12 C. consom., abrogé au 1er juillet 2016 par l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016) : « *les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de vingt-quatre mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Pour les biens vendus d'occasion, ce délai est fixé à six mois* ». Cette disposition est entrée en vigueur par la loi Hamon le 18 mars 2016. Consommation - Entrée en vigueur de l'extension à deux ans de la garantie légale de conformité – Veille, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, alerte 43 (DGCCRF, communiqué 21 mars 2016).

ans à l'article 14[1199], en s'alignant donc le délai de présomption d'antériorité du défaut de conformité pour les biens corporels faisant l'objet d'un contrat conclu à distance, sur le délai de responsabilité du vendeur prévue au premier paragraphe de l'article 5 de la directive 1999/44/CE. Cela évitera, par ailleurs, une divergence de régime avec le délai prévu par la proposition de directive s'appliquant à la vente en ligne et à distance. Il faut noter, enfin, que la présomption ne s'applique pas lorsqu'elle « *n'est pas compatible avec la nature du bien* »[1200], pour le cas des biens qui se dégradent rapidement, ou « *la nature du défaut de conformité* »[1201].

Mais au-delà des questions de garanties de la conformité, le cyberconsommateur dispose d'un droit de se rétracter sous certaines conditions.

Conclusion de la Section I

L'encadrement juridique du contrat électronique repose sur une garantie de la parfaite exécution et sur les règles protectrices des intérêts de la partie faible dans la transaction. Ces règles s'articulent sur la responsabilité du professionnel dans l'exécution du contrat conclu électroniquement.

Mettre à la charge du professionnel la responsabilité de plein droit de l'exécution des obligations résultant du contrat électronique constitue une avancée pour le législateur français et malgré les critiques apportées aux textes concernés, l'intention est louable et vise avant tout le développement du commerce électronique, en assurant un climat de confiance et de sécurité pour les cocontractants en ligne. C'est aussi un besoin accru dans un contexte virtuel dont l'un des attributs est la distance.

Ce régime, étant particulièrement avantageux pour le consommateur, ne semble pas présenter un caractère d'ordre public pour les acteurs de commerce électronique. Mais ce caractère d'ordre public qui ne laisse aucune place aux stipulations contractuelles, accentuera davantage les critiques des professionnels

[1199] L'article 14 de la proposition de directive prévoit que « *le consommateur a droit à un dédommagement pour non-conformité avec le contrat si le défaut de conformité apparaît dans un délai de deux ans à compter du moment pertinent pour déterminer la conformité. Si, en vertu de la législation nationale, les droits prévus à l'article 9 sont soumis à un délai de prescription, celui-ci n'est pas inférieur à deux ans à compter du moment pertinent pour déterminer la conformité avec le contrat* ».
[1200] Art. 5, parag. 3, Directive 1999/44/CE.
[1201] *Ibid*.

de vente à distance qui considèrent ce régime de responsabilité discriminatoire par rapport aux vendeurs traditionnels et qui se plaignent en même temps d'un risque de déséquilibre entre les professionnels français et étrangers qui non soumis à pareil régime.

Le cadre légal, existant particulièrement en matière de commerce électronique, permettrait de répondre à une bonne partie des problèmes d'exécution, tel que le délai de livraison, le moment du transfert des risques, les garanties de conformité. Au niveau international, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 a eu pour particularité de créer et consacrer l'obligation de conformité à la charge du vendeur. Au niveau européen, la volonté continue d'harmoniser les règles, assurant aux consommateurs la livraison d'un bien conforme à ses attentes, a nécessité plusieurs interventions législatives, notamment en raison de la disparité des législations des Etats membres concernant la vente des biens de consommation. L'harmonisation des règles de conformité des biens vendus parait très importante dans la mesure où les droits des Etas membres n'appréhendent pas cette conformité sous le même angle. D'un côté, il y a les pays de tradition romaine comme la France ou l'Allemagne qui connaissent la garantie des vices cachés, et, d'un autre côté, ceux de tradition de *Common law* qui l'ignorent.

Même en présence d'un cadre légal spécifique, avec le développement constant des technologies d'informations et de communications, de nouvelles pratiques apparaissent régulièrement sur les sites Internet. Ces pratiques nécessitent une surveillance et intervention permanente du législateur.

Section II - Le droit au regret dans les contrats conclus par voie électronique : la rétractation

Le droit de rétractation ou « *droit au regret* », comme désigné par M. Barbier[1202], constitue un élément essentiel du régime des contrats à distance, en ce compris des contrats conclus par voie électronique. Ce droit permet au

[1202] H. BARBIER, « *Ébauche d'un régime général du droit de rétractation* », RTD civ. 2016. 605 ; H. BARBIER, « *Peut-on rétracter sa rétractation ? Ou la question de l'effet sur le contrat d'une éclipse de volonté* », Revue Lamy Droit civil, 1er septembre 2012, nº 96.

consommateur de se libérer de son engagement postérieurement à la conclusion du contrat. Ce mécanisme vise à optimiser la sûreté du consentement du cocontractant en lui accordant un temps pour revenir sur l'engagement souscrit avant d'en être définitivement tenu.

Ce droit trouve sa place légitime encore mieux dans les contrats conclus à distance, sans que le consommateur ne voie ni le produit, ni le commerçant. Mme Fabre-Magnan témoigne de l'efficacité du droit de rétractation en observant qu'une « *connaissance basique de la psychologie humaine montre que les délais de rétractation sont plus efficaces qu'un délai de réflexion : on comprend mieux un acte et ses conséquences une fois qu'il est accompli (l'être humain apparaît ainsi plus apte à regretter qu'à réfléchir)* »[1203].

Ce droit de rétractation est présent dans la plupart des régimes juridiques des pays sous des appellations différentes. Le droit brésilien, par exemple, l'a consacré dans le Code de la consommation avec comme appellation « *droit de repentir* » ou « *droit de regret* »[1204].

Posé en droit français aux articles L. 221-18 à L.221-28, sous l'empire de la section 6 sur le « *Droit de rétractation applicable aux contrats conclus à distance et hors établissement* », le droit de rétractation est repris par la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs qui contourne ses conditions, ses modalités d'exercice et ses effets.

Le droit européen a enrichi le régime du droit de rétractation au fil des décennies en s'efforçant de l'affiner et de le préciser à travers les différents arrêts de la Cour de justice. Si le droit européen n'atteint pas encore les ambitions académiques d'instaurer un droit commun du droit de rétractation[1205], des tendances constatées et des principes communs sont adoptés dans les directives postérieures à l'année 2008, notamment celles d'harmonisation totale en matière du

[1203] M. FABRE-MAGNAN, « *Les obligations* », PUF, 2004, n° 93, p. 243.
[1204] C. CASTETS-RENARD, « *Actualité et étude comparée sur le commerce électronique en droit brésilien et droit de l'Union »*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1er juillet 2013, nº 95.
[1205] V. les principes Acquis : ACQP, art. 5 : 101 à 5 : 106 ; C. AUBERT DE VINCELLES, J. ROCHFELD, « *Les apports de l'Acquis communautaire au cadre commun de référence* », RTDE 2008, p. 741, n° 13 s ; B. BONNAMOUR, « *De la rétractation et de la Cour de justice des Communautés européennes* », Revue Lamy droit des affaires, 1er mars 2009, n° 36.

droit de rétractation : Directive n° 2008/48/CE, considérant 9 et article 22, Directive n° 2008/122/CE, considérant 3 et Directive n° 2011/83/UE, article 4.

Une pierre à l'édifice pourrait ainsi être apportée par le rapprochement de solutions législatives et jurisprudentielles qui veillent à dessiner les contours de l'exercice de ce droit (Sous-section I) et ses effets (Sous-section II).

Sous-section I - L'exercice du droit de rétractation

Dans un souci de compenser l'inégalité de la relation contractuelle qui unit le consommateur au professionnel, le droit européen consacre le droit de rétractation dans plusieurs directives et lui confère un caractère impératif.

Il convient, dans ce cadre, de décliner les conditions d'exercice de cette institution, son régime (I) et ses modalités d'exercice (II) en prêtant un œil attentif aux arrêts rendus par la Cour de justice en la matière.

I - Conditions d'exercices de la rétractation

La rétractation est un droit impératif, parce qu'il revêt un caractère d'ordre public, à l'instar de la plupart des règles consuméristes. Le consommateur ne peut y renoncer par une disposition contractuelle[1206].

La Cour de justice de l'Union européenne a joué un rôle déterminant dans la définition des contours du droit de rétractation. Par son rôle d'interprétation, la Cour de justice façonne le droit de la consommation en lui donnant une orientation particulière qui tend à préserver et à faire prévaloir l'intérêt des consommateurs[1207].

Même si les règles dégagées par les arrêts de la Cour de justice sont rendues sur le fondement d'une directive particulière, elles sont considérées applicables à tous les droits de rétractations, en raison de leurs portées générales[1208].

Parmi les règles dégagées par la jurisprudence de la cour de justice concerne le caractère discrétionnaire du droit de rétractation. L'arrêt *Travel Vac* du

---

[1206] V. dans ce cadre l'article 25 de la Directive 2011/83/UE.

[1207] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Droit des contrats* », *op.cit.*

[1208] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Droit des contrats* », *op.cit*. ; V. aussi B. BONNAMOUR, « *De la rétractation et de la Cour de justice des Communautés européennes* », *op.cit*.

22 avril 1999 affirme que le consommateur peut exercer son droit de rétractation « *sans qu'il y ait lieu de démontrer que le consommateur a été influencé ou manipulé par le commerçant* »[1209]. Ce principe instauré à propos de la directive 85/577/CEE sur les contrats conclus hors établissements, a vocation à s'appliquer à tous les droits de rétractation.

Pour les contrats à distance, cette règle est consacrée par l'article 6.1 de la Directive n° 97/7/CE, puis par la Directive n° 2011/83/UE dans son article 9 qui précise que « *en dehors des cas où les exceptions prévues à l'article 16 s'appliquent, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement sans avoir à motiver sa décision…* ». L'exercice du droit de rétractation est donc un droit discrétionnaire en ce sens que le consommateur n'a pas à apporter des explications ou de motivation et il n'encourt aucune responsabilité du fait de l'exercice de ce droit.

Le Code français de la consommation incarne fidèlement cette règle dans l'article L.221-18 « *le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25* ». La première chambre de la Cour de cassation a considéré que le droit de rétractation pouvait s'exercer même pour des véhicules qui ont été déjà immatriculés avant l'expiration du délai légal[1210].

Ce caractère discrétionnaire du droit de rétractation n'empêche pas le professionnel de chercher à comprendre ou de connaître les motivations du consommateur, sans que cette tentative ne soit un motif pour contraindre ce dernier à poursuivre le contrat.

A la différence du droit européen qui prévoit pour les contrats à distance un droit de rétractation sans motivation, ni justification aucune, on constate que le droit québécois encadre strictement les cas où une résolution peut être possible. Ce droit ne peut être exercé que dans les cas où le commerçant a failli à ses obligations

[1209] CJCE, 3ème cha., 22 avril 1999, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*. Aff. C-423/97.
[1210] Cass. 1ère civ., 20 mars 2013, n° 12-15.052, Bull. 2013, I, n° 54, JurisData n° 2013-005036.

prescrites, par la loi[1211]ou dans d'autres cas précis où l'exécution du contrat s'éternise[1212].

Le droit de rétractation constitue une prérogative accordée par la loi au consommateur. Le législateur européen l'a limité à certains contrats et il n'existe que si une disposition légale l'octroie au consommateur dans le cadre contractuel concerné.

Ces restrictions expliquent la tendance du législateur européen de ne prévoir un droit de rétractation que lorsque la protection du consommateur est nécessaire, dans le cadre des contrats spécifiques. Elles s'expliquent par la nature des prestations, la difficulté de restitution ou encore par le nécessaire équilibre entre les droits des consommateurs et ceux des professionnels. Ces limites au droit de rétractation, qui ne sont pas les mêmes dans chaque directive, n'ont été unifiées que pour les contrats conclus hors établissement et à distance par la directive 2011/83/UE sur les droits du consommateur[1213].

La Directive européenne exclue treize situations qui constituent des exceptions au droit de rétractation visées à l'article 16 de la Directive. Les exceptions concernent les contrats de nature particulière qui rend la restitution difficile ou impossible, en ce compris, les « *biens susceptibles de se détériorer ou*

[1211] L'article 54.8 de la loi québécoise sur la protection du consommateur mentionne les hypothèses dans où le consommateur peut résoudre le contrat, à savoir, si : « *a) le commerçant n'a pas, avant la conclusion du contrat, divulgué au consommateur tous les renseignements énumérés à l'article 54.4 ou ne les a pas divulgués conformément à cet article; b) le commerçant n'a pas, avant la conclusion du contrat, expressément donné au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition ou d'en corriger les erreurs; c) le contrat n'est pas conforme aux exigences de l'article 54.6; d) le commerçant n'a pas transmis un exemplaire du contrat de façon à garantir que le consommateur puisse aisément le conserver et l'imprimer sur support papier. Ce délai de résolution court toutefois à compter de l'exécution de l'obligation principale du commerçant lorsque le consommateur constate, à ce moment, que le commerçant n'a pas divulgué tous les renseignements énumérés à l'article 54.4. Si le commerçant n'a pas transmis au consommateur un exemplaire du contrat dans le délai prévu à l'article 54.7, le délai de résolution est porté à 30 jours et il court à compter de la conclusion du contrat* ».

[1212] L'article 54.9 de la loi sur la protection du consommateur rajoute que « *le contrat conclu à distance peut être résolu par le consommateur en tout temps avant l'exécution, par le commerçant, de son obligation principale dans l'un ou l'autre des cas suivants :*
a) le commerçant n'exécute pas son obligation principale dans les 30 jours suivant la date indiquée au contrat ou la date ultérieure convenue par écrit avec le consommateur pour l'exécution de cette obligation, ou dans les 30 jours suivant la conclusion du contrat si celui-ci ne prévoit pas de date ou de délai pour l'exécution de l'obligation principale du commerçant ;
b) le commerçant, s'il s'agit d'un contrat relatif à des services de transport, d'hébergement ou de restauration ou à des billets d'entrée pour assister à un événement, ne fournit pas, à la date indiquée au contrat ou, encore, à une date ultérieure convenue par écrit avec le consommateur, les documents nécessaires pour que ce dernier puisse recevoir les services ou assister à l'événement prévus au contrat ».

[1213] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, « *Les contrats de consommation. Règles communes* », traité de droit civil, J. Ghestin (dir.), LGDJ 2012, n° 513 s.

de se périmer rapidement », les « *biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison* », ou encore les « *biens qui, après avoir été livrés, et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles* ». Ils sont aussi concernés, les contrats portant sur « *la fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications* », ou sur « *un contenu numérique non fourni sur un support matériel* », tel qu'un téléchargement de film, « *si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation* ».

D'autres cas semblent exclus par l'article 16 de la directive afin de garantir un certain équilibre entre les droits des consommateurs et professionnels. Il s'agit des « *biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation* », des travaux urgents d'entretien ou de réparation demandés par le consommateur, à l'exception des services supplémentaires susceptibles d'être exécutés en plus de la demande initiale du consommateur, les contrats relatifs à « *la fourniture de boissons alcoolisées dont le prix a été convenu au moment de la conclusion du contrat de vente, dont la livraison ne peut être effectuée qu'après trente jours et dont la valeur réelle dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel* » et les « *biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ».* La notion des biens *« nettement personnalisés* » est en revanche plus compliquer à déterminer et se mesure en fonction du degré à partir duquel la personnalisation d'un bien est considéré comme « *nette* »[1214].

On trouve aussi, parmi les exclusions entrant dans le cadre de l'équilibre contractuel, « *la prestation de services d'hébergement autres qu'à des fins résidentielles, de transport de biens, de location de voitures, de restauration ou de services liés à des activités* de loisirs si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique ».

[1214] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, « *Les contrats de consommation. Règles communes* », *op.cit*., n° 469, p. 461. V. aussi Cass. 1ère civ., 20 mars 2013, n° 12-15.052, *op.cit*.

Il s'ajoute à cette catégorie une restriction qui est nouvelle, qu'elle n'existait pas dans la Directive n° 97/7/CE, portant sur les contrats de services « *pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par le professionnel* ».

Enfin, une dernière restriction touche aux contrats conclus lors d'une enchère publique, ce qui exclut les enchères en ligne réalisées sur des plateformes comme celles d'*Ebay* qui restent concernées par le droit de rétractation.

II - Modalités d'exercice de la rétraction

Le délai de rétractation permet au consommateur d'apprécier les caractéristiques d'un produit qu'il n'a pu voir qu'à distance (sur Internet, un catalogue, etc.)[1215].

L'harmonisation et la cohérence des délais de rétractations étaient l'un des objectifs de la Commission européenne[1216] avec une tendance à fixer le délai de rétractation à quatorze jours[1217]. Ce flux de travaux devrait avoir, sans doute, une influence majeure sur les tendances du législateur européen qui s'est orienté, depuis 2008, vers un délai de droit commun de quatorze jours calendaires, comme en témoignent les directives européennes de 2008/48/CE sur le crédit, la Directive 2008/122/CE sur les contrats d'utilisation d'un bien immobilier à temps partagé et la Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs pour les contrats conclus à distance et hors établissements[1218].

[1215] S. RETTERER, « *Ventes réglementées* », *in* Répertoire de droit commercial, Dalloz, mai 2009.

[1216] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM/2001/0398 final, pt 35. V. aussi LIVRE VERT sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (2006) 744 final, 4.8.1 qui porte une précision : « *les directives relatives à l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, au démarchage et à la vente à distance donnent aux consommateurs le droit de se rétracter du contrat dans un délai donné. Il existe des divergences importantes quant à la durée du délai ainsi qu'à sa date de début et à son calcul (en jours calendrier ou en jours ouvrables). Ces différences peuvent être source de confusion pour les consommateurs et conduire à une insécurité juridique dans les cas où plusieurs directives se chevauchent* ».

[1217] LIVRE VERT sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (2006) 744 final, 4.8. V. aussi C. AUBERT DE VINCELLES, J. ROCHFELD, « *Les apports de l'Acquis communautaire au cadre commun de référence* », *op.cit.*

[1218] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. – Droit des contrats* », *op.cit*.

Le délai de rétractation est prévu aux articles 9 à 16 de la Directive n°2011/83/CE. L'article 9 a augmenté le délai de rétractation et prévoit désormais un délai de quatorze jours au lieu de sept jours, consacré par la Directive n°97/7/CE. Il s'agit là d'une bonne illustration du renforcement de la contrainte sur les Etats, puisque l'harmonisation est devenue totale, ce qui permettra de supprimer les variétés des législations nationales au sein de l'Union européenne et de renforcer, en conséquence, le marché intérieur[1219], d'autant plus que la transposition des nouvelles dispositions de la directive dans les droits nationaux devait intervenir au plus tard le 13 décembre 2013.

Le point de départ du délai des contrats conclus à distance dépend de la nature du contrat. Pour les contrats de services, l'article 9 indique que ce délai expire après une période de quatorze jours à compter du jour de la conclusion du contrat. En ce qui concerne les contrats de vente, le délai court à compter du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien. Le paragraphe 3 ajoute que les Etats membres doivent s'abstenir d'interdire aux parties d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation, ce qui réduit la protection du consommateur, dans la mesure où un contrat ayant commencé à être exécuté risque d'être plus difficile à remettre en cause[1220], notamment pour les contrats de services.

En droit français, le délai de rétractation est précisément réglementé par l'article L. 221-18 du code de la consommation[1221]. Le législateur a accordé au consommateur, depuis la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 dite « *loi Hamon* », un délai de quatorze jours pour revenir sur sa décision de contracter. Ce délai peut avoir deux points de départ, selon les circonstances : soit, à la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de service et ceux mentionnés à l'article L. 121-16-2 (contrats portant sur la fourniture de gaz et d'électricité ainsi que sur la

[1219] Le problème de l'harmonisation minimale a été relevé lors de la question écrite posée par Monsieur Michl Ebner à la commission européenne sur la transposition par les Etats membres de façon variable du délai de rétractation de sept jours prévu par la directive 97/7/CE en constatant que l'Autriche avait prévu un délai de rétractation de sept jours ouvrables alors qu'en Italie le délai est de dix jours ouvrables et en Allemagne, de deux semaines. QUESTION ÉCRITE E-2092/02 posée par Michl Ebner (PPE-DE) à la Commission. Contrats à distance : disparité des délais de rétractation. Journal Officiel du 6 février 2003, n° C 28E, p. 179.

[1220] C. CASTETS-RENARD, « *Commerce électronique* », *op.cit*.

[1221] Ancien article L. 121-21 du code de la consommation modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi Macron.

fourniture de chauffage urbain, répondant à certaines conditions) ; soit, à la réception de la chose vendue par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de ventes de biens.

Le même article ajoute que « *dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce. Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien* ».

Le délai de rétractation de quatorze jours doit être porté, selon l'article 10 de la Directive 2011/83/UE, à douze mois, à compter de la fin du délai de rétractation initial, si le professionnel omet d'informer le consommateur de l'existence du droit de rétractation. Si au cours de ce délai de douze mois, le professionnel fournit les informations au consommateur, la durée de quatorze jours reprend vigueur à compter du jour où le consommateur a reçu l'information. Une disposition transposée par le code de la consommation dans son article L. 221-20[1222].

Rappelons, dans ce cadre, que l'arrêt *Heininger* de la Cour de justice du 13 décembre 2001 avait mis en œuvre le principe de l'interprétation la plus favorable possible au consommateur[1223] en précisant qu'en cas de manquement à l'obligation d'informer le consommateur de son droit de rétractation, le délai de rétractation court indéfiniment, une position qui est plus favorable pour le consommateur, qui émane certes d'un arrêt traitant de la Directive n° 85/577/CEE, mais qui est d'une

[1222] Ancien art. L. 121-21-1, C. consom.

[1223] Monsieur Bernardeau indique dans son étude de l'arrêt *Heininger* « *ainsi que nous l'avons déjà relevé, on retrouve également un droit de rétractation dans la directive sur les contrats à distance et dans la directive sur le time-share, ainsi que logiquement dans les dispositions nationales qui les transposent, de même qu'en droit français du crédit à la consommation comme le permet la directive communautaire en la matière. Le principe de la prohibition de tout délai de forclusion à cet égard pourrait s'étendre à ces textes dont les dispositions qui précisent le point de départ du délai de rétractation sont toutefois différentes de celles de la directive sur le démarchage à domicile dont la Cour était saisie dans l'affaire Heininger* ». Etude par L. BERNARDEAU, « *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 40, 2 Octobre 2002, doctr. 168.

portée dépassant cette directive pour viser tous les instruments qui prévoient un droit de rétractation[1224].

Les modalités d'exercice du droit de rétractation sont précisées par la Directive n° 2011/83/UE qui n'impose aucune forme particulière au consommateur pour qu'il se rétracte. Reprenant la jurisprudence de la cour de justice dans son arrêt *Travel Vac* du 22 avril 1999, le consommateur n'est tenu au « *respect d'aucune forme particulière, dès lors que sa volonté de résilier le contrat est établie et qu'elle est communiquée au commerçant dans le délai prescrit et de façon manifeste* »[1225]. Ainsi, le consommateur peut à son choix utiliser le modèle de formulaire de rétractation figurant à l'annexe I, ou établir « *une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat* »[1226]. Lorsque la transmission de la rétractation doit se faire en ligne, la directive impose au professionnel d'accuser réception, sans délai, de la rétractation sur un support durable. Elle retient l'émission de la rétractation dans le délai de rétractation et non la réception de celle-ci par le professionnel[1227], disposition qui est favorable au consommateur d'autant plus que la charge de la preuve de l'exercice du droit, et donc essentiellement de son émission dans le délai légal, pèse sur le consommateur.

Ces mêmes dispositions sont transposées en droit français par le Code de la consommation dans les articles L. 221-21 et L. 221-22. Le Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, annoncé par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, a achevé l'exercice de transposition en droit interne de la directive 2011/83/UE en proposant le modèle de formulaire de rétractation que doivent contenir les contrats à distance ainsi qu'un avis d'information type concernant l'exercice du droit de rétractation par le consommateur[1228].

[1224] L. BERNARDEAU, « *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99* », *Ibid*.
[1225] CJCE, 3ème ch., 22 avril 1999. *Travel Vac SL/Manuel José Antelm Sanchis*. Aff. C-423/97.
[1226] Art. 11, al. 1, Direc. 2011/83/UE.
[1227] Art. 11, al. 2, Direc. 2011/83/UE.
[1228] A. CERMOLACCE, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « *Durée dans les contrats* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 1er Octobre 2006 (mise à jour : 15 Mars 2016), Fasc. 70.

Sous-section II - Les effets de la rétractation

Commençons par énoncer un point essentiel sur les effets à attacher à la rétractation. Est-ce que celle-ci produit ses effets au moment où elle est exprimée, ce qui met fin au contrat et consécutivement au délai de rétractation ? Ou bien, au contraire, la rétractation n'éteint pas les obligations nées du contrat jusqu'à la fin du délai de rétractation, ce qui implique qu'entre la rétractation et la fin du délai de rétractation, le consommateur peut se rétracter sur sa rétractation ?[1229] (I)

Les effets de la rétractation impactent directement les parties au contrat, qui doivent restituer ce qui a été exécuté, conduisant à un remboursement par le professionnel et à des restitutions par le consommateur (II).

I - Le sort du contrat

Les conséquences de l'exercice du droit de rétractation se retrouvent mentionnées clairement par l'article 12 de la Directive 2011/83/UE qui fixe le principe suivant : « *l'exercice du droit de rétractation a pour effet d'éteindre l'obligation des parties* ». L'obligation est celle d'exécuter le contrat à distance ou si le consommateur en était resté au stade de l'offre, l'obligation est celle de conclure le contrat.

Il y a là une confirmation que la rétractation met fin au contrat pour l'avenir mais également pour le passé ; autrement dit, le contrat est bien conclu au moment de l'engagement qui est pris par les parties mais, pendant quatorze jours, le consommateur peut renoncer à remplir les obligations nées de ce contrat. Les affaires *Crailsheimer Volksbank*[1230] et *Schulte* du 25 octobre 2005[1231] portent, parmi d'autres questions préjudicielles, sur la disparition du contrat après rétractation[1232].

[1229] V. dans ce sens H. BARBIER, « *Peut-on rétracter sa rétractation ? Ou la question de l'effet sur le contrat d'une éclipse de volonté* », *op.cit*.

[1230] CJCE, 25 Octobre 2005, *Crailsheimer Volksbank eG v. Klaus Conrads et autres*, Aff. C-229/04.

[1231] CJCE, 25 Octobre 2005, *Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Aff. C-350/03.

[1232] Ces deux arrêts qui sont rendus le même jour portent sur les contrats liés à des placements immobiliers. Les faits se ressemblent : des particuliers sont sollicités à domicile pour acquérir des biens immobiliers pour les louer. Des raisons fiscales imposent à ce que l'opération soit totalement financée par un prêt, donc le contrat d'acquisition, de prêt, etc., se présentent comme un tout. Pour différentes raisons, les emprunteurs/ acquéreurs ne s'étant pas acquittés de leur obligation de paiement mensuel à la banque, celle-ci les a poursuivi en exécution pour le paiement de leurs créances ainsi que les intérêts de retard. Les emprunteurs se sont, de leur côté, prévalus notamment du délai de rétractation prévu à l'article 5, §1 de la Directive n° 85/577/CE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (*JO L 372, p. 31*), ce délai qui, aux termes de l'article 5 de la Directive,

Le droit français a transposé les dispositions de la Directive 2011/83/UE en affirmant dans son article L.221-27 du Code de la consommation que « *l'exercice du droit de rétractation met fin à l'obligation des parties soit d'exécuter le contrat à distance ou le contrat hors établissement, soit de le conclure lorsque le consommateur a fait une offre* », avec les mêmes effets pour les contrats accessoires, disposition qui éclaire, pour le moins, l'effet immédiat de la rétractation dans un contexte jurisprudentiel marqué par des débats jurisprudentiels sur la possibilité de rétracter une rétractation, un débat qui a suscité une divergence dans les solutions apportées par la deuxième et la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Au moment où les arrêts de la troisième chambre civile considèrent que l'exercice du droit de rétractation entraîne l'anéantissement immédiat du contrat[1233], la deuxième chambre a adopté pour une autre solution rendue dans une hypothèse

---

commence à courir « *à compter du moment où le consommateur a reçu l'information visée à l'article 4 et conformément aux modalités et conditions prescrites par la législation nationale. [...]* ».
Les questions préjudicielles des deux affaires sont comparables. Dans l'affaire Crailsheimer Volksbank eG, le Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen a saisi la Cour de justice d'une demande de décision à titre préjudiciel pour statuer, entre autres, sur les questions suivantes : « - *Est-il compatible avec l'article 5, paragraphe 2, de la directive [...] que le preneur d'un crédit immobilier doive, en cas de révocation, rembourser au prêteur le montant du prêt contracté dans une situation de démarchage à domicile à l'occasion de laquelle le preneur a fait verser le montant en question sur un compte dont, en pratique, il ne pouvait plus disposer? Est-il compatible avec l'article 5, paragraphe 2, de la directive [...] que le preneur d'un crédit immobilier, tenu par une obligation de remboursement à la suite d'une révocation de sa part, doive rembourser le prêt non pas aux échéances prévues dans le contrat, mais immédiatement et en une seule fois?* ». Dans l'affaire Schulte, le Landgericht Bochum a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes : « - *une disposition nationale prévoyant, comme conséquence de la révocation du contrat de prêt, l'obligation pour le consommateur ayant exercé son droit de révocation de rembourser le montant du prêt à la banque dont émane le financement, bien que le prêt, selon le dispositif élaboré pour le placement financier, serve exclusivement au financement du bien immobilier et soit versé directement au vendeur du bien immobilier, répond-elle à la finalité protectrice de la disposition de l'article 5, paragraphe 2, de la directive [...], en matière de révocation? - Une disposition nationale prévoyant, comme conséquence de la révocation, l'obligation pour le consommateur, après qu'il a exercé son droit de révocation, de rembourser immédiatement le montant du prêt qui — conformément au dispositif élaboré pour l'investissement financier — n'a jusqu'ici pas été remboursé, majoré des intérêts pratiqués sur le marché, est-elle contraire à l'exigence d'un niveau de protection élevé en matière de protection des consommateurs (article 95, paragraphe 3, CE) et au principe de l'effectivité de la protection des consommateurs consacré par la directive [...]?* ».
En rèponse, la Cour a énoncé qu'« *il y a lieu de répondre aux questions posées en des termes identiques à ceux de l'arrêt Schulte, précité, en ce sens que la directive, et notamment son article 5, paragraphe 2, ne s'oppose pas à ce que : — le consommateur ayant fait usage de son droit de révocation conformément à cette directive doive rembourser au prêteur le montant du prêt bien que, selon le dispositif élaboré pour le placement financier, le prêt serve exclusivement au financement de l'acquisition du bien immobilier et soit versé directement au vendeur de ce bien; — il soit exigé que le montant du prêt soit remboursé immédiatement* ». Ce raisonnement de la Cour découle, certes, de la nécessité de remettre les choses en l'état initial, mais, semble-t-il, va plus loin, car, la Cour considère que la Directive 85/577 ne s'oppose pas à ce qu' « *une législation nationale prévoie l'obligation pour le consommateur, en cas de révocation d'un contrat de crédit foncier, non seulement de rembourser les montants perçus en vertu de ce contrat, mais encore de verser au prêteur les intérêts pratiqués sur le marché* ». V. également, Commentaire de L. IDOT, « *Placements immobiliers et démarchage à domicile* », Europe n° 12, Décembre 2005, comm. 419.
[1233] Cass., 3ème civ., 13 février 2008, n° 06-20.334, Bull. 2008, III, n° 29 ; Cass., 3ème civ., 13 mars 2012, n° 11-12.232, Bull. 2012, III, n° 41.

juridiquement semblable en affirmant la possibilité de rétracter une rétractation[1234]. Là encore, il faut admettre que le fondement juridique adopté par les deux chambres trouve ses origines dans les textes de loi applicables à la matière traitée dans les affaires litigieuses[1235].

Pour les contrats à distance, la solution retenue par la Directive semble, avant tout, apporter une protection efficace au consommateur. La rétractation d'une rétractation manifeste tout de même une nouvelle offre de contracter, acceptée par le professionnel qui a une volonté constante de contracter. Mais il peut bien jouer en faveur de celui-ci pour se permettre des nouvelles conditions face à un consommateur qui manifeste son attachement au contrat qu'il avait renoncé.

Reste la question du sort des contrats accessoires. La directive apporte, dans ce cadre, un anéantissement automatique de « *tout contrat accessoire* »[1236] et veille à le définir dans son article 2, alinéa 15 par les termes suivants « *un contrat en vertu duquel le consommateur acquiert des biens ou services afférents à un contrat à distance ou à un contrat hors établissement, ces biens ou services étant fournis par le professionnel ou un tiers sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel* ». Cette définition de la Directive varie de celle retenue par les principes Acquis communautaire qui permettent une large interprétation du lien d'accessoire[1237].

La Directive met également un terme à la question du lien juridique recherché entre le contrat principal et le contrat accessoire, laquelle a été soulevée dans l'affaire *Schulte* du 25 octobre 2005. La Cour de justice a refusé la création d'un lien juridique entre un crédit et une vente immobilière[1238]. L'exercice du droit de rétractation met donc fin aux obligations nées des contrats accessoires au contrat principal. Un contrat de crédit à la consommation conclu concomitamment à un contrat de vente à distance doit disparaitre à l'exercice du consommateur de son droit de rétractation.

[1234] Cass., 2ème civ., 25 février 2010, n° 09-11.352, Bull. 2010, II, n° 43.
[1235] Les deux affaires de la troisième chambre semblent traiter la même branche du droit (le code de la construction et de l'habitation), alors que la deuxième chambre tranchait sur la question de l'exercice du droit de renonciation au contrat dans le cadre de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances.
[1236] Art. 15, Direc. 2011/83/UE.
[1237] ACQP, art. 5 : 106.
[1238] CJCE, 28 septembre 2004, *Elisabeth Schulte et Wolfgang Schulte c/ Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Aff. C-350/03.

Toutefois, l'exercice du droit de rétractation ne met pas uniquement fin au contrat, mais fait peser sur les parties certaines obligations.

II - Les obligations des parties

Si la rétractation éteint le contrat, il reste, néanmoins, des restitutions consécutives à la charge des parties.

Du côté du professionnel, les restitutions consécutives à l'exercice du droit de rétractation le conduisent au remboursement des sommes perçues du consommateur. Cela est vrai dans les contrats à distance et, déjà, prévu par l'article 13 de la Directive 2011/83/UE[1239]. Le remboursement doit intervenir dans un délai de quatorze jours suivant le jour où le professionnel est informé de la décision du consommateur de se rétracter et il doit comprendre le prix principal et les frais de livraison sauf dans le cas où le consommateur aurait choisi un mode de livraison plus coûteux que le mode standard proposé par le professionnel. L'arrêt *Heine* de la Cour de justice dans une affaire autour de la Directive 97/7/CE a pris la même position antérieurement à la Directive 2011/83/UE en obligeant le professionnel à restituer le prix de la livraison initiale versée par le consommateur lors de sa commande[1240].

Afin de mieux protéger les intérêts du consommateur, le mode de remboursement est également prévu par la Directive 2011/83/UE. Le professionnel est tenu d'utiliser le même mode de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf si le consommateur exprime son accord pour un autre mode de paiement et pourtant que ce mode n'entraine pas de frais pour ce dernier[1241].

[1239] L'article 13 dispose que « *le professionnel rembourse tous les paiements reçus de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison, sans retard excessif et en tout état de cause dans les quatorze jours suivant celui où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat conformément à l'article 11* ».

[1240] CJCE, 4ème ch., 15 avril 2010, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c/ Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*, Aff. C-511/08, JurisData n° 2010-003966.

[1241] Art. 13, al. 1 de la Directive 2011/83.

Du côté du consommateur, il est constant que le consommateur n'a pas à motiver sa décision de rétractation et surtout qu'il n'a pas à subir de pénalités financières[1242].

Le principe est posé dans l'article 14 de la Directive 2011/83/UE qui a fait œuvre novatrice dans le traitement de la question du coût de restitution. Le consommateur est tenu, conformément à l'article précité, de renvoyer le bien reçu à ses frais sauf si le professionnel accepte de prendre en charge ce renvoi[1243]. Les frais sont limités aux « *coûts directs engendrés par le renvoi des biens* ». La jurisprudence *Heine* de la Cour de justice a affirmé que le professionnel, dans un contrat conclu à distance, ne peut pas imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur dans le cas où ce dernier exerce son droit de rétractation[1244]. Toutefois, cette règle subie certaines exceptions lorsque, notamment, le professionnel oublie d'informer le consommateur que les frais de renvoi sont à la charge de ce dernier.

Mais est-ce que dans le cadre de la restitution consécutive à la rétractation, le professionnel pourrait réclamer une indemnité pour l'usage du bien vendu à distance avant l'exercice du droit de rétractation ?

La Cour de justice, dans l'arrêt *Messner*[1245], a décidé, sous l'empire de la Directive n° 97/7/CE sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, que le professionnel ne peut pas réclamer des indemnités suite à l'usage de la chose vendue avant l'exercice du droit de rétractation sauf si le consommateur a fait de cette chose vendue un « *usage incompatible avec les principes du droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause* »[1246].

[1242] G. ROUSSET, « *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 50, 10 Décembre 2009, 2168.

[1243] L'article 14, parag.1 précise que « *le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens* ».

[1244] CJCE, 4ème ch., 15 avril 2010, *op.cit*.

[1245] CJCE, 1ère ch., 3 septembre 2009, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger*, Aff. C-489/07.

[1246] Il s'agit des faits qui se déroulaient en Allemagne. Un consommateur ayant acheté un ordinateur portable décide d'exercer son droit de rétractation après une longue utilisation de l'ordinateur. Après avoir détecté un défaut sur l'écran, il avait réclamé au professionnel de régler le problème, ce que le professionnel refuse.
Dans ce litige le professionnel, tout en acceptant le versement du prix d'achat d'ordinateur, il a souhaité déduire une indemnité compensatrice liée à la détérioration du bien engendrée par son utilisation conforme, laquelle est prévue par les conditions générales de vente conformément au Code civil allemand. La Cour de justice a affirmé, dans le cadre de ce litige, qu'elle ne s'oppose pas « *à ce qu'une réglementation nationale prévoie de manière générale la possibilité pour le vendeur de réclamer au consommateur une indemnité*

Si, toutefois, l'arrêt *Messner* laisse entendre qu'une indemnité compensatrice ne serait pas à la charge du consommateur en cas d'usure normale du bien, il n'est pas certain que cette interprétation soit transposable à la directive n° 2011/83/UE. En effet, il ressort des dispositions de la directive que la responsabilité du consommateur est engagée en cas de dépréciation « *résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens* »[1247]. Cela signifie que la dépréciation du bien résultant d'une manipulation normale justifiée par la nécessité de l'essai n'engagerait pas la responsabilité du consommateur susceptible de donner lieu à une indemnité compensatrice, ce qui semble une position normale dans le cadre des contrats conclus à distance, dont le but est de protéger le consommateur qui se trouve dans l'impossibilité d'essayer un bien acheté à distance. Mais qu'en est-il de l'usure normale du bien ? Cette disposition laisse entendre que l'indemnité est due dans les autres cas[1248], cela risque de devenir une source d'incertitudes dans la définition des critères d'appréciation de la responsabilité du consommateur.

Cette responsabilité disparaîtrait quand le professionnel a failli à son obligation d'informer le consommateur de l'existence du droit de rétractation. Les mêmes dispositions sont reprises à l'article L. 212-23 du Code français de la consommation[1249].

Quant au délai de restitution, il paraît que c'est le même que pour le professionnel, c'est-à-dire, « *au plus tard quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter* »[1250]. Bien que la directive n'en parle pas

---

compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance dans le cas où ce dernier a exercé son droit de rétractation dans les délais », à condition que l'usage soit fait d'une façon « incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause », et à condition aussi qu'il ne soit pas porté atteinte à la directive 97/7/CE, notamment en ce qui concerne « *l'efficacité et à l'effectivité du droit de rétractation, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de déterminer* ».

[1247] Le considérant 47 de la directive l'expose clairement par ces termes « *certains consommateurs exercent leur droit de rétractation après avoir utilisé les biens dans une mesure qui excède ce qui nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien. Dans ce cas, le consommateur ne devrait pas perdre son droit de rétractation, mais devrait répondre de toute dépréciation des biens* ». V. article 14, parag. 2 de la directive.

[1248] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. – Contrats spécifiques* », *op.cit*.

[1249] L'article L.212-23 du Code de consommation dispose que « *la responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation, conformément au 2° de l'article L.221-5* ».

[1250] Art. 14, parag. 1, Direc. 2011/83/CE.

directement, la preuve de renvoi devra être supportée par le consommateur et c'est bien la date de l'expédition des biens, et non leur réception par le professionnel, qui compte[1251]. Il semble, donc, que la seule preuve de la remise à un transporteur soit suffisante, ce qui veut dire aussi que c'est le professionnel qui supporte les risques de perte et de détérioration dans le transport[1252], une hypothèse qui n'est malheureusement pas clairement évoquée par la Directive n° 2011/83, mais certains auteurs considèrent que « *l'esprit de la directive* » veut que cette charge pèse sur le professionnel[1253].

L'objet de la restitution, ensuite, s'attachera à la nature du contrat. S'il s'agit d'un bien, la restitution se fera par le renvoi du bien et s'il s'agit d'un service, la Directive n° 2011/83 a introduit la notion de l'équivalence pour le contrat de service qui n'est pas totalement exécuté. Cette restitution du service fourni se fait par le versement d'une somme d'argent « *proportionnelle à ce qui a été fourni […] par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat* », c'est-à-dire un équivalent de ce qui a été exécuté par le professionnel jusqu'au moment où le consommateur l'a informé de l'exercice de la rétractation. La base de calcul est celle du prix du contrat ou celle de la « *valeur marchande de ce qui a été fourni* »[1254] dans l'hypothèse où le prix est excessif. Cette appréciation du prix excessif est susceptible d'un contentieux.

La Directive européenne de 2011 a énuméré également les situations dans lesquelles le consommateur serait exempté de restitutions en guise de sanction de fautes de la part du professionnel. Ces situations qui sont mentionnées dans l'article 14, paragraphe 4 portent sur certains contrats et sur la violation de certaines obligations.

[1251] Art. 14, parag. 1, Direc. 2011/83/CE.
[1252] G. RAYMOND, « *Directive consommateurs n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011* », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2012, étude 3.
[1253] G. PAISANT, « *La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs* », JCP G 2012, 62, spéc. n° 29.
[1254] Art. 14, parag. 3, Direc. 2011/83

Conclusion de la Section II

Le droit de rétractation est un élément essentiel du régime des contrats conclus par voie électronique. Ce droit permet au consommateur de se libérer de son engagement postérieurement à la conclusion du contrat. Ce mécanisme vise à optimiser la sûreté du consentement du cocontractant en lui accordant un temps pour revenir sur l'engagement souscrit avant d'en être définitivement tenu.

Ce droit de rétractation est présent dans plusieurs régimes juridiques des pays sous des appellations différentes. Toutefois, les règles ne sont pas identiques. Le droit européen, par exemple, prévoit pour les contrats à distance un droit de rétractation sans motivation, alors que le droit québécois encadre strictement les cas où une résolution peut être possible.

Ce droit de rétractation est limité à certains contrats et il n'existe que si une disposition légale l'octroie dans le cadre contractuel concerné. Ces restrictions expliquent la tendance de ne prévoir un droit de rétractation que lorsque la protection de la partie faible est nécessaire. Elles s'expliquent par la nature des prestations, la difficulté de restitution ou encore par le nécessaire équilibre entre les droits des consommateurs et ceux des professionnels.

La conclusion du contrat électronique international nécessite de maîtriser les règles spécifiques au droit de rétractation et de connaître les garanties offertes par le professionnel en la matière avant tout engagement.

Partie II - Le rattachement du Contrat électronique international

La confiance est une valeur essentielle à toute relation contractuelle qui, *a priori*, plus facile à construire dans un monde reposant sur la présence physique et simultanée que dans un monde virtuel. Cet environnement virtuel ne constitue pas une sphère de confiance entre les acteurs ; au contraire, l'immatérialité des transactions et l'absence de contact physique sont des obstacles que de nombreuses règles, voire de nombreuses institutions militent pour essayer de surmonter.

En plus, il n'est guère besoin de souligner la dimension mondiale du réseau et la facilité avec laquelle un internaute d'un pays d'Amérique peut entrer en rapport avec son équivalent dans un pays d'Asie. Il n'est guère besoin aussi de démontrer qu'un contrat électronique, par son mode de conclusion peut facilement comporter un élément d'extranéité. Cette possibilité de conclure un contrat par voie électronique et même de l'exécuter en ligne offre un véritable accès aux transactions internationales et aux échanges transfrontières.

C'est pourquoi, ici plus qu'ailleurs, l'instauration d'une politique de confiance dans ce mode de transactions serait indispensable au développement du contrat électronique et plus particulièrement du commerce électronique qui s'articule principalement sur les stratégies de protection des consommateurs et des investissements.

Or, la dimension transnationale du contrat électronique due au caractère international de l'Internet suscite quelques réflexions classiques en matière de détermination de la loi applicable et du juge compétent dans les relations contractuelles internationales. Puisque l'accessibilité est universelle, Internet ignore complètement les frontières, alors que les Etats tiennent à leur souveraineté, ce qui remet en cause la question de souveraineté étatique. Le *cyberespace* est un lieu d'affrontement de souverainetés et de législations nationales, ce qui remet en jeu les compétences étatiques. Le juriste américain M. Lawrence Lessig a souligné

dans ce sens que les aspects internationaux de l'Internet suscitent la remise en cause de la notion de souveraineté par le théoricien de l'Etat[1255].

La difficulté première à laquelle nous pouvons nous trouver confronter est celle de savoir si les règles classiques des conflits de lois et de juridictions sont applicables en matière de contrats électroniques. Ces règles sont, en effet, fondées sur un principe de localisation des rapports juridiques alors que le contrat électronique est un acte juridique dématérialisé conclu entre personnes non présentes[1256].

Cette particularité du contrat électronique international a amené certains auteurs à envisager l'application à ce contrat d'une loi du *cyberespace*, encore appelée *Lex electronica*.

Nonobstant le fait que cela peut éclairer notre réflexion sur un droit international privé se rattachant au contrat électronique international, nous

---

[1255] Pour M. Lawrence Lessig « *there is an important pattern in this competition between code and law. Law, at least as it regulates international relations, is the product of extended negotiations. Countries must come to an agreement about how law will regulate and about any norms that they will impose on private ordering.As their work relates to cyberspace in particular, this agreement is quite significant. It will require the nations of the world to come to a common understanding about this space and to develop a common strategy for dealing with its regulation* ». (Trad. : *Il existe un modèle important dans cette compétition entre code et loi. Le droit, du moins en ce qui concerne les relations internationales, est le produit de négociations prolongées. Les pays doivent s'entendre sur la façon dont le droit réglementera et sur les normes qu'ils imposeront à l'ordre privé. Comme leur travail concerne le cyberespace en particulier, cet accord est assez important. Il faudra que les nations du monde entendent ensemble cet espace et développent une stratégie commune pour gérer sa réglementation).* L. Lessig, « *Code, version 2.0* », Basic Books ed., New York, 2006, p. 281 et s. accessible *via* le lien : http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf; V. aussi : D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 81, 1er avril 2012. A noter aussi que M. Lawrence Lessig a publié en janvier 2000 le fameux article « *Code is Law* » (le Code fait Loi), dans lequel il soulignait que la régulation de l'Internet passe plus par l'architecture technique des plateformes que par les normes juridiques. Il ajoute que nous devons examiner l'architecture du *cyberespace* de la même manière que nous examinons le fonctionnement de nos institutions et indique que « *the most important contexts of regulation in the future will affect Internet commerce : where the architecture does not enable secure transactions ; where it makes it very easy to hide the source of interference ; where it facilitates the distribution of illegal copies of software and music. In these contexts, commerce at least will not view unregulability as a virtue; unregulability here will interfere with the ability of commerce to flourish* ». (Trad. : « *les principaux besoins de régulation concerneront le commerce en ligne : quand l'architecture ne permet pas de transactions sécurisées, quand elle permet de masquer facilement la source d'interférences, quand elle facilite la distribution de copies illégales de logiciels ou de musique. Dans ces contextes, le caractère incontrôlable du Net n'est pas considéré comme une qualité par les commerçants, et freinera le développement du commerce* ». L. LESSIG, « *Code Is Law* », On Liberty in Cyberspace 2000, http://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-htm; On peut comprendre de la théorie de M. Lessig qu'Internet étant régi par des codes informatiques et des algorithmes, il constitue une architecture technique qui, selon lui, n'est pas quelque chose de neutre mais relève d'un choix politique. L'architecture est un élément très important car elle détermine la forme que prendra la régulation, mais en interaction avec d'autres composantes notamment la loi, pour aboutir à une certaine régulation finale répondant à l'objectif fixé.

[1256] E. KERCKHOVE, « *Le croisement des droits nationaux : point de vue international et communautaire* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1er juillet 2007, n° 29.

soutenons, toutefois, que le droit n'a pas attendu Internet pour penser à l'international et le contrat électronique, comme les autres contrats conclus à distance, peut être localisé pour des raisons multiples : il est conclu entre personnes physiques ou morales dotées d'un domicile ou d'un siège social et son exécution peut se réaliser par des opérations matérielles comme une livraison matérielle d'un bien, facilement localisées[1257]. Plusieurs auteurs soulignent, ainsi, qu'Internet ne modifie pas fondamentalement la nature de l'activité[1258], dans la mesure où les instruments internationaux de droit des contrats ne s'attachent pas au mode de formation du contrat, ni dans la plupart des cas aux modalités de son exécution, ce qui permet qu'un certain nombre d'instruments puisse s'appliquer aux contrats électroniques internationaux[1259].

Cependant, les caractéristiques d'Internet notamment sa dématérialisation et la circulation aisée et sans limite en dehors des frontières contrarient la logique localisatrice du droit international privé, qu'il s'agisse d'identifier la loi applicable ou de la juridiction compétente. En outre, certains litiges issus de la relation contractuelle dans le *cyberespace* se confrontent principalement, en termes de leur résolution, à la lenteur des procédures judicaires et les coûts des procès souvent plus élevés par rapport à l'enjeu financier du litige lui-même. Cette réalité aboutit dans la plupart des cas à l'abondance du procès et une renonciation aux droits défendables. En présence de ces difficultés, la question posée est de savoir si la résolution de ces litiges suppose d'adapter les instruments utilisés et les règles juridiques pour le traitement de ces problèmes rencontrés sur le réseau Internet. Ce constat nous amène à nous interroger sur l'émergence de procédures innovantes de résolutions des conflits en ligne : les modes électroniques de règlement des conflits.

A la lumière de ce qui précède, il convient de constater que, si difficulté il y a, elle réside surtout dans l'identification d'une part, de la loi applicable et son

---

[1257] *Ibid.*

[1258] A.-C. FORTAS, « *Vers une autonomie du régime juridique du contrat du commerce électronique ?* », *in* « *Internet et le droit international* », Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014, p. 433 ; V. également K. BANNELIER-CHRISTAKIS, « *Enjeux de la cyberguerre pour la protection des personnes et des biens civils : du principe de distinction au Manuel de Tallinn* », *in* « *Internet et le droit international* », Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014, p. 277.

[1259] J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », Comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2005, étude 17.

adaptation au contrat électronique international et d'autre part, de l'identification de la juridiction compétente. Dans le contentieux international, la solution des conflits de juridictions est préalable à celle des conflits de lois. Le juge saisi commence par s'interroger sur sa propre compétence et ce n'est que dans l'affirmative de cette compétence juridictionnelle qu'il s'attaque à la question de la détermination de la loi applicable au fond du litige. Mais puisque « *l'empire des conflits de lois est infiniment plus vaste que celui des conflits de juridictions, car il n'est pas limité au seul contentieux* »[1260], l'étude portera, dans un premier temps, sur la détermination de la loi applicable au contrat électronique international (Titre I) avant d'aborder, dans un second temps, les juridictions compétentes et les modes électroniques de règlement des conflits (Titre II).

Il s'agit de savoir si l'application des règles classiques nécessite des adaptations, notamment pour celles qui reposent sur une logique localisatrice dans un espace virtuel. *Quid* de la jurisprudence de droit international privé en matière du contrat électronique international ?

[1260] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « *Droit international prive* », 10ème Ed., Dalloz 2013, p. 690.

Titre I - La détermination de la loi applicable au contrat électronique international

Le droit international privé a pour vocation la désignation d'une loi ayant compétence pour trancher les difficultés susceptibles de naître de la contractualisation par voie électronique, en particulier sur le réseau internet. Mais ce droit international privé « *en soi* » n'existe pas, il est de source nationale et il est un droit international propre à chaque pays[1261]. C'est ainsi qu'on trouve un droit international français, un droit international belge, suisse, chinois, etc. Au niveau européen, le droit international privé s'européanise davantage et les solutions qui en résultent forment de plus en plus un droit international privé européen.

Cette diversité de loi étatique en droit international privé risque fort de reconnaitre plusieurs lois compétentes parallèlement, dans la mesure où chaque Etat développe ses propres règles de rattachement limitées à son ordre juridique interne. Cette diversité de rattachement, en présence du caractère transnational de l'Internet, rend les réglementations étatiques sources d'instabilité juridique du réseau.

Cette logique de « *système clos* »[1262] ne correspond pas à la nature du contrat électronique qui est peut facilement affranchir les frontières politiques. Cette situation remet en cause les règles de conflits de loi fondées sur l'existence de différentes conceptions du rattachement à la loi nationale.

La loi d'autonomie dans les rapports contractuels peut s'avérer nécessaire en insérant une clause de compétence sous réserve des lois de police et l'ordre public auxquelles les parties ne peuvent se soustraire. Ces rapports contractuels, en principe, ne sont pas l'objet de difficultés. Mais en cas de silence des parties, des différents mécanismes peuvent être retenus rendant la détermination du régime juridique du contrat incertain[1263]. L'inadaptation de tels mécanismes peut se révéler source d'insécurité juridique.

[1261] Le Lamy droit du numérique 2016, Sous la responsabilité de Michel VIVANT.
[1262] Ph. AMBLARD, « *étude 466 : Régulation des services en ligne* », Le Lamy droit des médias et de la communication, 2004.
[1263] *Ibid*.

La loi applicable au contrat électronique international peut résulter donc de l'accord des parties, ce que nous pouvons constater dans la plupart des contrats de commerce électronique conclu par voie électronique (Chapitre I), comme elle peut tomber, en l'absence du choix, sous l'empire des règles objectives du droit international privé (Chapitre II).

Chapitre I - En présence du choix des parties : la loi d'autonomie

Presque un siècle depuis le célèbre arrêt *American Trading* rendu par la Cour de cassation le 5 décembre 1910[1264], consacrant la loi d'autonomie, selon lequel « *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* »[1265], il y a lieu de se pencher encore sur la question du choix de la loi dans le cadre du contrat électronique international.

La solution est toujours autant d'actualité puisque le principe d'autonomie de la volonté constitue le cœur du Règlement européen Rome I du 17 juin 2008. Laisser aux parties la possibilité de choisir la loi applicable à leur relation contractuelle est une prérogative qui n'a pas échappée à des interrogations : quelle est la portée de cette liberté de choix ? Ce choix est-il limité à des lois étatiques ou pourrait-il plutôt permettre d'étendre la liberté de choix aux règles non étatiques ? Est-il possible aux parties de choisir une loi sans rapport avec la situation juridique, écartant ainsi la théorie de localisation, encore adoptée dans certains systèmes juridiques ?

Globalement, le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas sans difficultés, plus encore dans un contexte du contrat conclu par voie électronique.

Ce principe d'autonomie est quasi universel. Sa portée n'est pas toujours facile à cerner (Section I) et s'applique par de nombreuses techniques (Section II).

Section I - Portée de la loi d'autonomie

Le contrat est un mode d'expression de la volonté des parties. Grace à la loi d'autonomie, cette volonté peut épargner une discussion juridique faisant appel aux règles de conflit de lois, car leur choix est simplificateur. Mais ce choix, dans un contexte du contrat électronique international, semble devoir être bien réfléchi par les cybers contractants, lesquels peuvent bien opter pour une loi aussi facilitatrice de la résolution de leur différend et qui a le mérite de le trancher. Mais surtout, choisir ce qui est susceptible de réduire les coûts engendrés par la résolution de

[1264] Arrêt *American Trading C° c/ Québec Steamship C°.,* 5 décembre 1910 *in* B. ANCEL ET Y. LEQUETTE, « *Les grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé* », 5ème Ed. Dalloz 2006, n°11, p. 94.
[1265] *Ibid*, p. 95.

leurs différends à travers la mise en œuvre d'un raisonnement objectif tenant compte des intérêts réciproques des parties. Mais, cet idéalisme n'est toujours pas évident lorsque la relation contractuelle née sur le net relie un professionnel à un consommateur, là où les questions de la loi applicable sont prédéfinies par les opérateurs de commerce électronique. De même, l'autonomie de la volonté, expression de la volonté des parties de choisir la loi applicable aux actes juridiques, contient elle-même sa propre limitation ou comme l'indique Mme Ranouil « *elle s'arrête où finit l'intention présumée* »[1266].

Cette prévisibilité de la norme appelée à régir les transactions électroniques impose de savoir le champ de la loi d'autonomie, celui où elle est admissible et développe son plein effet, ce qui permet de discerner la nature des normes que les cybers contractants sont libres de choisir.

Ce choix par les parties de la loi pouvant régir leurs relations contractuelles laisse entendre que ce choix serait limité à une « *loi* » étatique, émanant de l'ordre juridique national. En effet lorsqu'un tribunal étatique est saisi, les règles de droit international privé exigent traditionnellement que l'accord sur le choix de la loi applicable relève d'un ordre juridique étatique (Sous-section I). Toutefois, la pratique renverse ce monopole et édicte des règles relevant des acteurs privés (Sous-section II)

Sous-section I - Le monopole des ordres juridiques étatiques

Si tout contrat électronique est nécessairement rattaché à un ordre juridique étatique (I), on ne peut pas ignorer, non plus, la naissance des normes non étatiques (II).

I - Principe

Le principe, très largement reçu à travers la planète, est celui de l'autonomie de la volonté (sous réserve d'une fraude à la loi, de l'application par le juge saisi de ses lois de police ou d'ordre public). Le juriste belge François Laurent indique que « *[…] dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout ; ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles sont*

[1266] V. RANOUIL, « *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept* », Presses Universitaires de France, 1ère Ed. 1980, p. 25.

régies »[1267]. Cette volonté placée au rang de règle de conflit de lois[1268], est limitée à un corpus juridique d'origine étatique qui, seul, peut se présenter à un juge étatique. Toutefois, cette limitation est objet de discussion.

Le Règlement Rome I qui semble ferme sur ce point, indique dans le considérant 13 qu'il n'est pas interdit aux contractants « *d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* ». Le texte est volontairement imprécis par rapport au projet initial et n'est clair, ni sur la nature de ce renvoi, ni sur la définition de tels droits non étatiques[1269]. Pourtant, ce texte illustre le refus d'adopter la proposition faite en 2005 par la commission européenne, lors de la transformation de la convention de Rome en un instrument européen, qui prévoyait que « *les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire* »[1270]. Par ailleurs, il est bien de l'évidence que si les normes non étatiques étaient admises par le Règlement Rome I, ils devraient être soumises à l'une des règles fondamentales des lois de police. Or, l'article 9 du Règlement semble limité « *à la loi applicable au contrat* »[1271]. Il serait donc incohérent que le Règlement accepte le choix d'une norme non étatique en l'exemptant des règles impératives des lois de police.

Les normes non étatiques telles que les Principes UNIDROIT, les Principes du droit européen des contrats ou même la *Lex mercatoria* voir la *Lex electronica* ne semblent pas eux-mêmes problématiques, mais ils risquent de n'avoir qu'une valeur des stipulations contractuelles qui sont incorporées au contrat et ne pourront déployer leurs effets que dans les limites fixées à la volonté des parties par la loi étatique applicable au contrat, ce qui ouvre la porte à une hiérarchie des normes, dont celles de l'Etat occupe le sommet. Paradoxalement, une telle orientation est

---

[1267] F. LAURENT, « *Le droit civil international* », Bruxelle et Paris 1880, 1882, t. VIII, p. 383.
[1268] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.,* p. 165.
[1269] G. LHUILIER, « *Le droit transnational* », Paris, Dalloz 2016, p. 82
[1270] Art. 3, parag. 2 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM/2005/0650 final. Accessible en ligne : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A52005PC0650
[1271] Aux termes de l'article 9 du Règlement Rome I « *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 règlement* ».

encouragée par les principes UNIDROIT[1272] et elle l'est en plus par les principes du droit européen du contrat[1273].

Cette théorie d'incorporation matérielle au contrat dont la portée dépendra des solutions de la loi étatique applicable objectivement, est consacré dans une intéressante décision rendue par le tribunal de Padoue le 11 janvier 2005[1274] qui soutient clairement que la référence faite par les parties à des règles non étatiques telles la *lex mercatoria*, les principes UNIDROIT ou la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ne peut être considérée comme un véritable choix de droit lorsque leur conditions d'application ne sont pas remplies[1275]. Ces règles sont incorporées au contrat ne pouvant porter atteinte aux dispositions impératives de la loi applicable à celui-ci.

II - Naissance des normes non étatiques

Le contrat « *sans loi* »[1276] a fait ses premières apparitions dans le célèbre arrêt les *Emprunts serbes* de la Cour permanente de Justice International. Le principe a été posé aux termes suivants « *tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit*

[1272] L'article 1.4 des Principes UNIDROIT prévoit que les principes « *ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicable selon les règles pertinentes du droit international privé* ».

[1273] L'article 1.101(2) précise que les Principes « *s'appliquent lorsque les parties sont convenues de les incorporer à leur contrat ou d'y soumettre celui-ci* » et le quatrième paragraphe rajoute que les Principes « *peuvent, en cas d'insuffisance du système ou des règles de droit applicables, procurer la solution de la question posée* ».

[1274] District Court of Padua, Italy 11 January 2005, *Ostroznik Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.*), accessible en ligne : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html

[1275] Le District Court of Padua considère que « *the Court consider it proper to stress that the reference to the laws and regulation of the International Chamber of Commerce of Paris cannot be considered a "choice of law" according to the rules of international private law that - at least under the Italian perspective - do not admit the selection of a non-national set of rules (as is clearly stated in article 2(1) of the 1955 Convention on the Law Applicable to the International Sale of Movable Properties, ratified [by the Italian Republic] by Law of 4 February 1958 n. 50, which entered into force on 1 September 1964, and in articles 3 and 4 of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, ratified [by the Italian Republic] by Law of 11 December 1985 n. 765, which entered into force on 1 January 1988). Which is to say that article 7 of the contract is not a choice of law under the rules of international private law, and so it is not capable of having the selected rules prevail over the mandatory rules otherwise applicable (the same would have happened if the parties opted for the lex mercatoria, the Unidroit Principles or for the same UN Convention in the event it would have not been applicable). For the said reasons, the parties' choice does not amount to an implied exclusion of the Convention* ».

[1276] Sur cette notion, voir : P. LEVEL, « *Le contrat dit sans loi* », Trav. Com. Fr. dip. 1964-1966, p. 209 ; L. PEYREFITTE, « *Le problème du contrat dit sans loi* », 1965, chron. p. 113.

qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne »[1277]. La formulation de la C.P.J.I n'était pas aussi stricte en n'excluant pas que le droit international puisse régler ce type de situations en cas de conventions ou de coutumes en la matière.

La Cour de cassation française reprenait et généralisait le principe adopté en 1929 par la Cour permanente de justice internationale dans le célèbre arrêt *Messageries martimes*. Elle soutenait, en effet, que tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat. C'est une condamnation certes de subjectivisme, mais c'est une réalité qu'il faut admettre dans le contexte actuel. Concrètement, il est largement soutenu que les litiges issus des contrats commerciaux réglés par voie d'arbitrage peuvent être soumis par les parties à des règles non étatiques[1278].

En matière d'arbitrage, le reconnaissance d'un pluralisme des sources du droit favorisant ainsi l'application du droit non étatique est plutôt concevable. L'arbitre n'a pas de for et ne représente pas un ordre juridique national déterminé, il

---

[1277] C.P.J.I, Arrêt n° 14, Aff. *Des emprunts serbes*, 12 juillet 1929, Série A Nos 20/21, Publications de la C.P.J.I, Leyde société d'éditions A.W Sijthoff's 1929, accessible en ligne : http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf

[1278] V. article 28, parag. 1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La note explicative, dans le point 39, illustre bien cette liberté reposant sur un choix d'une norme non étatique en précisant ce qui suit : « *l'article 28 traite de la détermination des règles de droit qui régissent le fond du différend. Aux termes du paragraphe 1, le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit que les parties ont choisies. Cette disposition est importante à deux égards. D'une part, elle donne aux parties la liberté de choisir le droit matériel applicable, ce qui est appréciable lorsque la loi nationale ne reconnaît pas clairement ou pleinement cette liberté. D'autre part, en utilisant l'expression "règles de droit" plutôt que "loi", la Loi type offre aux parties une plus vaste gamme d'options pour désigner les règles applicables au fond du différend. Les parties peuvent par exemple convenir d'appliquer des règles de droit qui ont été élaborées par une instance internationale mais qui n'ont encore été incorporées dans aucun système juridique national. Elles pourraient aussi opter directement pour un instrument, tel que la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, en tant que corps de règles matérielles régissant l'arbitrage, sans avoir à désigner la loi nationale d'un État partie à ladite Convention* ». Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 telle qu'amendée en 2006. V. aussi art. 3, parag. 1 Arbitration Rules of the Milan Chambre of Commerce (Règlement d'arbitrage international de la chambre de commerce de Milan) ; art. 187, parg. 1 de la Loi fédérale sur le droit international privé (Suisse) ; art. 1051 du Code de procédure civile (Zivilprozessordnung) Allemagne ; art. 1511, al. 1 du Code de procédure civile (France).

n'est pas lié par une législation nationale et n'est pas tenu de garantir une application d'une loi étatique.

Cependant, il faut garder présent que l'étendue de l'autonomie dévolue aux parties et à l'arbitre varie en fonction des systèmes juridiques. De plus, dans le cas où les parties préfèrent régler leur différend par recours à l'arbitrage, il leur faut, au stade final s'adresser au juge étatique pour obtenir *l'exequatur* en vue de s'assurer de l'exécution de la sentence arbitrale[1279]. On peut admettre aussi, dans ce cadre, que le contrat ne peut pas se passer d'une loi.

La situation est bien différente devant un juge étatique. Celui-ci est tenu par la loi et ne peut, en principe, appliquer des règles qui ne font pas partie intégrante de l'ordre juridique auquel il est soumis[1280]. Les juges n'admettent le choix de règles non étatiques qu'en complément d'un choix de loi et ne pouvant en écarter que les dispositions supplétives[1281].

La doctrine a aussi longtemps débattu la nécessité ou non que le droit non étatique constitue un ordre juridique *per se*. Les auteurs Castel et Walker ont affirmé que le contrat ne peut rester sans loi en argumentant leur affirmation par une décision anglaise, *Amin Rasheed Corporation v. Kuwait Insurance Co*[1282]. Aussi l'auteur Kassis semble s'opposer à un contrat sans loi étatique[1283]. De l'autre côté, on trouve certains auteurs qui défendent un choix non étatique. L'auteur Rigaux, dans le cadre d'un examen des questions laissées ouvertes par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, considère qu'il est possible aux parties de se « *référer par un renvoi matériel à des*

[1279] Concrètement, le juge étatique procède à un bref examen de la sentence et se limite au contrôle de la régularité apparente. La jurisprudence a ainsi résumé les cas dans lesquels le juge peut refuser d'ordonner l'exequatur d'une sentence arbitrale. Il s'agit des cas où « *l'acte qui lui est soumis n'a pas un caractère contentieux et ne constitue pas une sentence arbitrale, ou si son inexistence est flagrante ou enfin si ses dispositions sont contraires à l'ordre public* ». Cass. 2ème civ., 17 juin 1971, n° 70-12.218, Bull. civ. II, n° 222.

[1280] Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « *Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international (1) Des Principes de La Haye ?* », Revue critique de droit international privé 2010 p. 83.

[1281] G. LHUILIER, « *Le droit transnational* », *op.cit.*, p. 81-82

[1282] J.-G. CASTEL et J. WALKER, « *Canadian conflicts of Laws* », 5ème éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005, para. 31.4 à 31.6 ; F. SABOURIN, « *Le contrat sans loi en droit international privé canadien* », (2006) 19.2 Revue québécoise de droit international, en ligne : https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/19.2_sabourin.pdf

[1283] A. KASSIS, « *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* », Paris, LGDJ, 1993, p. 373 et s.

sources de droit non étatique, qu'il s'agisse de droit international ou de certains usages de la lex mercatoria »[1284].

Mais à travers tous ces débats, il semble cohérent de s'interroger sur ce qu'un choix des règles non étatiques dans un contrat électronique d'ampleur international serait susceptible d'apporter à cette relation contractuelle ?

Sous-section II - Les limites du monopole étatique

Peut être parmi les raisons qui entravent le choix des normes non étatiques par les contractants, est cette idée adoptée par les tribunaux selon laquelle celles-ci sont incomplètes par opposition aux systèmes juridiques nationaux régissant les questions de manière plus exhaustive[1285]. Mais une autre critique du même ordre pourrait aussi être adressée aux normes étatiques qui sont difficiles d'accès, incomplètes ou insuffisamment détaillées ou élaborées, alors que certaines sources non étatiques présentent une qualité extrêmement élevée, particulièrement les Principes UNIDROIT qui se présentent comme modèle offert aux législateurs nationaux et internationaux[1286].

En effet, le monopole de l'Etat dans l'élaboration des règles de droit peut se révéler insuffisant dans le domaine du contrat électronique (I) Ces insuffisances créent un débat sans limite sur l'opportunité à donner aux acteurs privés pour créer les règles spécifiques au contrat électronique (II).

I - Les obstacles des normes étatiques

Avec l'émergence des transactions électroniques, les Etats se trouveraient obliger de se doter d'un cadre juridique permettant le développement des échanges numériques et du commerce électronique. C'est ainsi que l'Union européenne a élaboré un arsenal juridique dédié au commerce électronique. Des directives communautaires comme celle n° 1999/93/CE sur la signature électronique et de la

---

[1284] F. RIGAUX, « *Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », Cahiers de droit européen, 1988, p. 319.

[1285] V. dans ce sens Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « *Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international (1) Des Principes de La Haye ?* », Revue critique de droit international privé 2010 p.83

[1286] V. dans ce sens : M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.*, p. 172

Directive 2000/31/CE du 08 juin 2000 sur le commerce électronique. En France, en Belgique, en Allemagne, aux Etats unis, au Canada et partout dans le monde, des textes étatiques ont vu le jour ayant pour vocation de créer un cadre juridique applicable aux transactions électroniques. Aussi, la CNUDCI, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a élaboré dès 1996 la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en proposant aux législateurs nationaux, à travers ses textes, un ensemble des règles internationalement acceptables dont le but est de lever les obstacles juridiques et d'augmenter la sécurité juridique dans le commerce électronique. L'objectif de ces règles interétatiques est faire aussi un rapprochement des systèmes juridiques.

Toutefois, la réalité et la nature des transactions électroniques font obstacles aux objectifs des législateurs nationaux. Ces transactions s'effectuent dans une sphère qui ne reconnait pas les frontières. L'élément d'extranéité est fort présent et les cybercontractants peuvent facilement se trouver, sans même s'en rendre compte, dans un contrat présentant un élément d'extranéité.

Le contrat électronique international rassemble des acteurs ayant des références juridiques étatiques différentes, des normes qui ne sont pas toujours cohérentes et répondent aux mêmes objectifs recherchés par les parties, une divergence de systèmes juridiques qui n'est pas favorable au contrat électronique à cause des risques de conflit de loi. La fameuse affaire *Yahoo* des enchères d'objets nazis qui a amené le juge français à condamner le fournisseur de service américain Yahoo et a jugé que les enchères ont été illégales en application de la loi française, dite « *loi Gayssot* »[1287], illustre bien la nature des difficultés auxquelles il faut faire face dans le cadre des échanges électroniques internationaux[1288].

[1287] Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe (JORF n° 0162 du 14 juillet 1990 p. 8333).

[1288] Des associations (LICRA, UEJF) reprochaient à la société américaine Yahoo ! Inc. De favoriser la propagation de l'antisémitisme à travers la mise aux enchères en ligne « *Yahoo.com* » des objets nazis. Elles avaient introduit à l'encontre de la société américaine Yahoo ! Inc. et Yahoo France une action en justice visant à rendre impossible toute consultation sur site de service de vente aux enchères desdits objets. Par deux ordonnances de Tribunal de grande instance en date du 22 mai et 20 novembre 2000, le juge a condamné la société américaine à prendre les mesures techniques nécessaires afin de filtrer l'accès des internautes français à son site et la société française à délivrer aux internautes un message les informant des risques pris en poursuivant la navigation sur de tels sites (TGI Paris, 20 nov. 2000, revue Lamy droit des affaires 2001, n° 34, n° 2158). Sur un recours introduit par la société américaine le 21 décembre 2000 pour savoir s'il convenait

Monsieur Laurent PECH a écrit dans ce sens que « *dès lors, dans ce qu'il convient d'appeler « l'affaire Yahoo ! », au vu de son symbolisme et des questions de principe décisives qu'elle pose, il est peu surprenant de constater que celle-ci a été ramenée à un conflit entre une conception libertaire américaine et un droit légitimement moralisateur français* »[1289]. Monsieur Yves Poullet a indiqué dans ce cadre que « *si les règles de droit international privé permettent encore aux tribunaux d'affirmer la prééminence des lois nationales, les solutions prônées peuvent être combattues par des juridictions étrangères et en toute hypothèse, la décision se heurtera à l'impossibilité d'en assurer l'application dans le cadre d'un réseau sans frontières* »[1290].

Par ailleurs, les normes étatiques et interétatiques ne suffisent pas à régir les relations qui se tissent sur les réseaux numériques. Monsieur Philippe Amblard relève à ce titre que « *la règlementation étatique renvoie à un modèle territorial du droit, alors que l'Internet se caractérise par son architecture internationale et décentralisée. La nature même de l'Internet contredit la logique étatique* »[1291].

Si la référence à un droit national est loin d'être satisfaisante, il est possible de recourir à un droit non étatique qui comme la *lex mercatoria* qui, certes, constitue un corps de règles incomplet, elle est reçue par les acteurs des réseaux et partie prenante à ceux-ci comme s'imposant à eux[1292].

Dans cet ordre, on peut citer les usages dans le domaine des réseaux numériques, alors qu'on sait au moins qu'ils forment une source de droit. La proposition française pour une charte de coopération internationale sur Internet faite à l'OCDE le 23 octobre 1996, spécialement en son article II.4 conforte ce constat

---

d'appliquer ou non aux Etats-Unis le jugement français, la Cour fédérale de District Nord de Californie (Division de San José) a dénié, par une décision en date du 7 novembre 2001, toute autorité à ce jugement en estimant qu'il était contraire au principe de la libérté d'expression tel que garanti par le premier amendement de la Constitution américaine (*United-States District Court for tne Northen District of California, San José Division*, 7 nov. 2001. V. *Loi française v/ Constitution américaine*, Note L. GRYNBAUM, *in* Comm. Com. Electr. Janv. 2002, comm. N°1).

[1289] L. PECH, « *L'affaire Yahoo ! vue d'Amérique* », *in* Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, Nº 14, 1er mars 2006.

[1290] Y. POULLET, « *Les aspects juridiques des systèmes d'information* », Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006, accessible en ligne : http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/10-3_poullet.pdf

[1291] Ph. AMBLARD, « *Régulation de l'internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif* », Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 11.

[1292] V. en ce sens V. GAUTRAIS, G. LEFEVRE, K. BENYEKHLEF, « *Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica* », Revue de Droit des Affaires Internationales 1997, n° 5, p. 547.

relevant ainsi que « *les Etats signataires reconnaissent que, en raison du caractère intrinsèquement international du réseau Internet, sa réglementation soulève des problèmes qui bénéficieront grandement d'une approche harmonisée. Ils s'engagent donc à coopérer afin de rapprocher leurs pratiques nationales relatives à Internet* »[1293]. Sous ce vocable des normes non étatiques glissent aussi les normes de conduites, guides de bonnes pratiques, les chartes, etc. D'ailleurs, les normes de conduite issues des acteurs de l'Internet constituent une forme d'autorégulation qui, laquelle, comme le souligne M. Philippe Amblard, « *[…] a longtemps été présentée comme la seule alternative aux lacunes des réglementations étatiques* »[1294].

Des normes non étatiques peuvent avoir pour rôle de participer à la régulation de commerce électronique. L'exemple typique est celui du forum des droits sur l'Internet qui, après plusieurs liquidations des sites marchands en 2008, a installé un groupe de travail ayant pour objectif de solutionner deux types de problèmes : le manque d'information du consommateur sur les cybermarchands et le manque de connaissance des professionnels de la procédure collective. Le forum a donc émis la recommandation « *commerce électronique et procédures collective* » en 2009 qui préconisait un certain nombre de mesures visant à renforcer l'information du consommateur en proposant que les sites référents en matière de droit de la consommation (type DGCCRF) publient une information générale sur les démarches à suivre. Cette recommandation qui vise également les professionnels invite notamment à fermer le canal de vente par internet quand il est certain que le site ne pourra plus honorer de commandes[1295].

II - Les obstacles aux normes non étatiques

Il semble qu'il est difficile de prévoir, par le pouvoir public, une réglementation exclusive pour les transactions électroniques. Mais, il apparaît aussi

---

[1293] « *Ministère délégué à la poste, aux télécommunications et à l'espace LES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION Proposition française présentée à l'OCDE pour une Charte de coopération internationale sur INTERNET - 23 OCTOBRE 1996 -* », LEGICOM 1996/2 (N° 12), p. 129-130. En ligne : http://www.cairn.info/revue-legicom-1996-2-page-129.htm

[1294] Ph. AMBLARD, « *étude 466 : Régulation des services en ligne* », *op.cit*.

[1295] Cette recommandation a influencé l'adoption le 29 septembre 2009 de la proposition de loi visant à renforcer la protection des consommateurs en matière de vente à distance. Accessible en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1940.asp

délicat de déterminer quelles normes non étatiques sont aptes à être choisies au titre de la *Lex contractus*[1296] et surtout être reconnues par le juge étatique.

La loi bénéficie d'une force incontestable parce qu'elle émane du Parlement qui est un organe étatique, alors que les normes privées ne répondent pas aux conditions requises pour être qualifiées de règle de droit. Les normes étatiques possèdent une force contraignante, ce qui n'est pas le cas pour les normes non étatiques à cause de l'absence de contrainte étatique en cas de violation de ces normes.

Mais comme on l'avait vu, les règles non étatiques sont indispensables dans un monde immatériel ignorant les frontières et en mouvement permanent. Parce que « *cet antagonisme entre les caractéristiques de l'Internet et le principe de souveraineté territoriale crée donc une insécurité juridique et révèle ainsi l'impasse de la seule réglementation étatique, dans la mesure où le droit étatique ne peut plus garantir l'absence d'incertitudes quant à sa réalisation* »[1297].

Face à cette situation, ne devrions-nous pas de dépasser une vision moniste et classique de la règle de droit et admettre un concept de droit fondé sur des normes d'origine privée émanant des acteurs privés ? Quels rapports ces normes non étatiques peuvent entretenir avec les ordres juridiques étatiques ?

L'empire contractuel constitue un instrument par excellence permettant de conférer une force contraignante aux règles non étatiques. Le contrat est le moyen privilégié. Comme le soulignent justement M. Michel van de Kerchove et M. François Ost « *l'instrument juridique par excellence du droit autorégulé est le contrat, ce qui, en soi, reste conforme avec la théorie classique* »[1298]. Avant tout le contrat est un accord de volonté destiné à produire des effets de droit[1299], qui, comme l'observe Lan MacNeil, forme un consentement qui « *exprime un pouvoir de*

[1296] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 172.
[1297] Ph. AMBLARD, « *étude 466 : Régulation des services en ligne* », *op.cit.*
[1298] M.V DE KERCHOVE, F. OST, « *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit* », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 118.
[1299] J. GHESTIN, « *Le contrat en tant qu'échange économique* », *in* Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2e et 3eme trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives. p. 85.

choisir qui disparaît dès qu'il est exercé et qui donne à l'autre partie le pouvoir de restreindre des choix futurs incompatibles »[1300].

Le contrat confère, sans doute, un moyen de régulation des relations tissées sur les réseaux numériques. Il incite les acteurs privés à un encadrement quotidien de leurs activités sur Internet, imposant des règles de conduite de valeur obligatoire dont le respect réciproque est un gage d'un système de régulation efficient et continue. Il faut, toutefois, que ces règles soient claires et accessibles. L'avis du Conseil national de la consommation sur l'offre d'accès à Internet[1301] précise bien au chapitre dédié au « *contenu des contrats* », qu'il doit être procédé à « *la mise à disposition des codes d'éthique et d'usage auxquels il sera fait référence* ». Le fournisseur de services est tenu donc de donner aux clients l'accès aux codes ou règles d'usage. Un contrat efficient quant à la régulation par des normes privées sera celui qui rappellera les règles de bonnes conduites et des usages bien clair en les adaptant aux contextes et à l'objet du contrat électronique.

On peut noter aussi d'autres difficultés qui se rapportent à la mise en application des normes étatiques. Si celles-ci étaient élues, il faudrait aussi tenir compte de la nécessité de les interpréter ou de les compléter. Divers procédés sont possibles qui se focalisent soit sur un recours à la loi étatique objectivement applicable ou autoriser les parties à choisir une loi à vocation subsidiaire[1302]. Ce processus « *de présélection des normes non étatiques éligibles puis l'accompagnement dans leur application, mobiliseraient les ressources législatives et judiciaires des Etats dans une mesure qui, finalement, dépasse leur bonne volonté* »[1303]. En effet, le juge étatique doit être en mesure d'interpréter et de compléter les règles non étatiques au même titre qu'il interprète et complète le droit national. C'est exactement le cas des Incoterms qui ne semblent pas leur poser problèmes. La mention d'un Incoterms dans un contrat est une clause contractuelle définie non dans le contrat, mais par renvoi à une norme non étatique. Il s'agit des

[1300] Lan MacNeil a contesté la nécessité d'une sanction du caractère obligatoire du contrat par le droit positif et a considéré que l'essentiel, ce n'est pas le fait que les engagements des parties soient sanctionnés par le droit, c'est que le contrat détermine les relations des parties pour un échange futur. « *The New Social Contract, An Inquiry into Modem Contractual Relations* », Yale University Press, 1980, p. 48, cite par J. Ghestin, « *Le contrat en tant qu'échange économique* », *op.cit.*, p. 85-86.
[1301] Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (BOCCRF), 21 févr. 1997, p. 87 et s.
[1302] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 172
[1303] *Ibid*.

usages codifiés par la CCI qui sont nés d'une pratique généralisée et qui sont reconnus par les acteurs professionnels du commerce international. Les juges ont tendance à faire appel à ces usages commerciaux pour trouver la solution d'un litige[1304].

Cependant, des objections fondamentales au choix d'une norme non étatique persistent lorsque le litige est confié intégralement à la justice étatique, car les Etats refusent le choix direct de « *normes extra-étatiques* »[1305]. Pourtant, ce choix est légitime dans le cadre de l'arbitrage commercial international. Nous nous accordons, toutefois, avec ce que certains auteurs[1306] voient dans l'application et l'interprétation fréquente de règles non étatiques par les tribunaux arbitraux comme une voie vers la révision par les Etats de leur position en acceptant que ces normes puissent et puissent être considérées devant leurs tribunaux comme un vrai choix de droit international privé. Ce temps n'est pas encore arrivé, comme le confirment ces auteurs, il convient aux parties souhaitant faire juger leur contrat à la lumière de règles non étatiques par un juge étatique, de prendre toutes les mesures permettant un choix d'une « *loi étatique peu contraignante, « très déréglementée », de sorte qu'elle laissera la plus grande place aux règles non étatiques incorporées au contrat* »[1307].

Conclusion de la Section I

Le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas sans difficultés, plus encore dans un contexte du contrat conclu par voie électronique. Le choix par les contractants de la loi applicable à leurs relations contractuelles laisse entendre que ce choix serait limité à une loi étatique, émanant de l'ordre juridique national. Lorsqu'un tribunal étatique est saisi, les règles de droit international privé exigent traditionnellement que l'accord sur le choix de la loi applicable relève d'un ordre juridique étatique. Toutefois, l'étendue de l'autonomie dévolue aux parties varie en fonction des systèmes juridiques. Le contrat électronique international rassemble

[1304] V. en ce sens O. D'AUZON, « *Les droits des internautes à l'ère de l'économie numérique* », Ed. du Puits Fleuri 2009, p. 26.
[1305] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.*
[1306] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 173
[1307] *Ibid.*

des acteurs ayant des références juridiques étatiques différentes, des normes qui ne sont pas toujours cohérentes et répondent aux mêmes objectifs recherchés par les parties, une divergence de systèmes juridiques qui n'est pas favorable au contrat électronique à cause des risques de conflit de loi.

La pratique renverse le monopole étatique et édicte des règles relevant des acteurs privés. Sous ce vocable des normes non étatiques se glissent aussi les normes de conduites, guides de bonnes pratiques, les chartes, etc. Ces normes non étatiques peuvent avoir pour rôle de participer à la régulation du contrat électronique. Toutefois, l'application de ces normes se heurte à certains obstacles. Le juge n'admet le choix de règles non étatiques qu'en complément d'un choix de loi, ne pouvant en écarter que les dispositions supplétives. Il est tenu par la loi et ne peut, en principe, appliquer des règles qui ne font pas partie intégrante de l'ordre juridique auquel il est soumis. Dans le cas où les parties préfèrent régler leur différend par recours à l'arbitrage, il leur faut, au stade final s'adresser au juge étatique pour obtenir *l'exequatur* en vue de s'assurer de l'exécution de la sentence arbitrale. De plus, la loi bénéficie d'une force incontestable, alors que les normes privées ne répondent pas aux conditions requises pour être qualifiées de règle de droit. Les normes étatiques possèdent une force contraignante, ce qui n'est pas le cas pour les normes non étatiques à cause de l'absence de contrainte étatique, en cas de violation de ces normes.

Mais comme nous l'avons vu, les règles non étatiques sont indispensables dans un monde immatériel ignorant les frontières et en mouvement permanent.

Section II - L'exercice de la liberté du choix

La liberté fondamentale des parties de choisir le droit applicable à leur relation contractuelle emporte pouvoir de désigner ce droit par une clause contractuelle (Sous-section I) et offre la possibilité d'un choix ultérieur et d'un choix partiel (Sous-section II).

Sous-section I - Le choix par une clause contractuelle

L'accord de choix de normes est une rencontre de volontés. C'est un consentement sur le droit choisi par les parties. L'existence de cet accord peut

soulever de discussions sur la qualité de ce consentement dans le contrat électronique, notamment dans les rapports impliquant un cyber consommateur. Le Règlement Rome I prévoit au paragraphe 2 de l'article 6 une importante dérogation au principe de l'autonomie de la volonté. La liberté de choix ne peut pas avoir pour résultat de « *priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1* ». En d'autres termes, le choix doit porter sur une protection non équivoque des intérêts du consommateur, partie plus faible au contrat.

La mise en œuvre de la loi d'autonomie se trouve confronter à la réalité de l'Internet. L'accord sur le droit applicable par une clause contractuelle dans un contrat électronique soulève des difficultés d'ordre pratique relevant principalement de la jurisprudence récente en la matière.

Les difficultés qui surgissent, portent essentiellement sur la validité de la clause déterminant la loi applicable dans un contrat électronique (I) et sur l'opposabilité des liens hypertextes aux cybers contractants (II)

I - Validité de la clause déterminant la loi applicable

Dans le monde des transactions électroniques, il est fréquent de constater des clauses d'élection de la loi applicable sans que cette clause soit soumise à une négociation préalable. Etant donné que chaque contrat est unique, de même les circonstances qui l'entourent, la démarche la plus légitime à suivre en présence de telle clause est de s'assurer qu'une intention commune s'est forgée durant la relation contractuelle des parties.

Dans un litige opposant le *VKI*, une association autrichienne de défense des droits des consommateurs, à *Amazon EU*, la Cour suprême Autrichienne a effectué un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne souhaitant savoir si une clause figurant dans les conditions générales de vente d'un contrat conclu par voie électronique entre un professionnel et un consommateur, selon laquelle la loi de l'Etat membre du siège de ce professionnel régit ce contrat, est abusive au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la Directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs.

La Cour de justice a répondu, dans un arrêt récent[1308], en précisant qu'une clause insérée dans les conditions générales d'un contrat conclu par voie de commerce électronique entre un professionnel et un consommateur « *qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle* » et qui indique que « *la loi de l'Etat membre du siège de ce professionnel régit le contrat conclu par voie de commerce électronique avec un consommateur est abusive pour autant qu'elle induise ce consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat* », sans préciser qu'il bénéficie également « *de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier à la lumière de toutes les circonstances pertinentes* ».

Comme la Cour de justice, la doctrine a largement critiqué la clause du choix de la loi applicable sans négociation préalable. Madame Frison-Roche considère que dans une pareille situation « *le consentement est signe d'une sorte de capitulation* » [1309], c'est à dire, une sorte d'aliénation, contrairement à la volonté par laquelle « *la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle même sa propre loi, sa liberté* »[1310].

Quant aux dispositions légales, le Règlement Rome I dispose dans son paragraphe 5 de l'article 3 que « *l'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13* ». En se référant à l'article 10 du Règlement, celui-ci précise que :

« *1. L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables.*

2. Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1 », ce qui permet à la partie qui

[1308] CJUE, 3ème ch., 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU Sàrl*, Aff. C-191/15.
[1309] M.-A. FRISON-ROCHE, « *L'échange des consentements* », rapport de synthèse, revue jur. Com., 1995, p. 154.
[1310] *Ibid.*

conteste son consentement à une clause de choix de la *Lex contractus* dans un contrat électronique, de se prévaloir de la loi de sa résidence habituelle. Il reste, néanmoins, au juge le pouvoir d'appréciation des circonstances de l'acceptation de cette clause tenant compte du moment de la communication des conditions générales, si c'est avant ou après la conclusion du contrat. Là encore, il ne faut pas négliger les positions jurisprudentielles sur la valeur d'adhésion à un contrat par le clic.

Par ailleurs, cette validité de clause doit être appréciées eu égard au mode de choix de la loi applicable, si c'est exprès ou tacite.

La sécurité juridique sur le réseau Internet impose que les parties soient claires sur le choix donné à la loi applicable. Cependant, différents instruments en vigueur ne souhaitent pas contraindre les parties à exprimer leur volonté d'une seule manière. Ils admettent un choix qui résulte « *de façon certaine* »[1311], « *indubitablement* »[1312] des dispositions du contrat ou « *des circonstances de la cause* »[1313].

Cette expression « *résulter de façon certaine des dispositions du contrat* » oblige, selon Monsieur Patrick Glenn[1314], à écarter un choix implicite qui résulterait du choix du for. Cela renvoie vers le cas des clauses de compétences. En effet, l'insertion dans le contrat électronique d'une clause attributive de juridiction sans aucune stipulation quant au choix de la loi applicable nourrit des incertitudes sur la volonté des parties. Peut-on considérer la désignation d'un tribunal ou tribunaux d'un pays ou même d'un siège de l'arbitrage comme un choix tacite de la loi de leur contrat ?

La doctrine n'adopte pas la même vision. Monsieur Bernard Audit considère qu'« *une clause attributive de juridiction est généralement interprétée comme manifestant le choix de la loi du pays correspondant* »[1315], alors que d'autres

---

[1311] Règlement Rome I, Art. 3, parag. 1
[1312] Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, art. 2.
[1313] Règlement Rome I, Art. 3, parag. 1
[1314] P. GLENN, « *Droit international privé* », *in* Le barreau de Québec et la chambre des notaires du Québec. La réforme du Code civil, t. 3 Québec, Presse de l'université Laval 1993, 669, p. 718, cité par S. GUILLEMARD, « *L'élection de droit : comparaison québéco-européenne* », Revue international de droit comparé, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 61-62.
[1315] B. AUDIT, « *Droit international privé* », 3ème Ed., Paris, Économica, 2000, p. 680.

auteurs estiment qu'elle « *pourrait tout aussi bien, voire mieux, donner à penser que les parties se sont entendues pour prévenir le conflit de juridictions, mais ont échoué à s'accorder pour choisir la Lex contractus* »[1316].

Cela étant, la proposition de Règlement Rome I s'était proposée de trancher en ces termes « *si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat 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 Etat membre* »[1317]. Mais la proposition n'a pas été retenue tout en persistant à maintenir cette suggestion dans le Considérant 12, qui, toutefois, ne retire pas toute valeur à la clause de compétence juridictionnelle et incite à n'y voir que comme « *l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé* ».

Ces divergences et incertitudes qui peuvent naître de l'ambiguïté dans le choix de la loi applicable, ne sont pas un facteur de développement des transactions électroniques. S'il y a bien cette difficulté de considérer valable une clause qui désigne une loi sans négociation préalable, comment peut on admettre un choix tacite ou reposant sur des circonstances de la cause ? Dans la perspective actuelle de l'identification d'un choix de la *Lex contractus*, « *les circonstances de la cause doivent avoir pour axe les rapports qui se nouent entre les parties avant, pendant et après le contrat* ». Mais comment peut-on identifier ces circonstances dans un rapport qui se noue en quelques minutes, voire même quelques secondes, par un simple clic d'acceptation des conditions contractuelles de la transaction électronique ? Il semble que le choix exprès de la *Lex contractus* serait la seule hypothèse valable dans ce contexte.

Le choix, par les parties, de la loi applicable peut être express mais inclus par référence dans le contrat électronique, ce qui suscite des interrogations sur sa valeur opposable en cas de conflits.

[1316] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.,* p. 181.
[1317] V. en ce sens D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé/2* », T. II (partie spéciale), 1ère Ed., Presse Universitaire de France, 2007, p. 306.

II - Incorporation par référence dans les contrats électroniques

Le guide de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique désigne par l'expression « *incorporation par référence* » : « *les cas où un document renvoie à des dispositions énoncées en détail ailleurs, plutôt que de les reproduire dans leur totalité* »[1318]. C'est « *le fait d'incorporer des clauses au contrat par la voie de liens hypertextes* »[1319]. Ces liens hypertextes, qu'on les nomme aussi hyperliens, constituent des éléments placés dans le contenu d'une page web et permettent, en cliquant dessus, d'accéder à un autre contenu sur le même site web ou à un site web différent.

Les clauses au contrat insérées par l'intermédiaire d'un lien hypertexte ne sont pas lisibles dans le contrat électronique ou sur les conditions particulières. Ce n'est que par un clic sur le lien affiché que le contractant peut visualiser le contenu de la clause concernée.

Dans le monde virtuel, le recours aux clauses du choix de la loi applicable est fréquent dans les conditions générales de vente des cybercommerçants. Ces conditions générales sont habituellement accessibles par un lien hypertexte et dont l'acceptation se réalise par la technique dite du « *clic* », ce qui mérite de savoir si une clause du choix de la *Lex contractus* contenue dans le contrat électronique à laquelle on ne peut y accéder que par un clic de souris sur le lien hypertexte serait considérée valable et produirait ses effets ?

La loi type de la CNUDCI a considéré que « *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 référence* »[1320]. La reconnaissance de la technique d'incorporation par référence par la loi type de la CNUDCI ne doit pas se comprendre comme un principe absolu. Son guide est plus précis sur ce point et indique que « *l'article 5 bis ne doit pas être interprété comme créant un régime juridique spécial pour l'incorporation par référence dans un environnement*

[1318] Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, accessible sur le site : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

[1319] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », Laatrache Editions, 2011, p. 47

[1320] Article 5 *bis* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998, accessible sur le site : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

électronique. Au contraire, en posant le principe de la non-discrimination, il doit s'interpréter comme rendant les règles du droit interne applicables à l'incorporation par référence dans un environnement papier également applicables à l'incorporation par référence aux fins du commerce électronique. Par exemple, dans un certain nombre de juridictions, les règles de droit impératives existantes ne valident l'incorporation par référence que si trois conditions sont remplies, à savoir : a) la clause de référence doit être insérée dans le message de données ; b) le document auquel il est fait référence, par exemple des conditions générales, doit être effectivement connu de la partie contre laquelle il peut être invoqué ; et c) cette partie doit non seulement connaître le document mais également l'accepter »[1321].

En droit français, une jurisprudence constante[1322] considère que l'opposabilité des conditions générales de vente est subordonnée non seulement à la connaissance préalable de leur existence, mais également à leur acceptation lors de la commande. Le nouvel article 1119, alinéa 1 du Code civil consacre cette jurisprudence en disposant que « *les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées* »[1323].

En matière du contrat électronique, le nouvel article 1127-1 du Code civil précise que « *quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction* ». Cette mise à disposition suppose la prise de connaissance du contenu des clauses contractuelles, y compris celles du choix de la loi applicable. Cependant, en pratique, il est quasiment rare qu'un contractant ait lu les conditions générales de vente.

Dans un arrêt du 5 juillet 2012[1324], la Cour de Justice de l'Union européenne a condamné la technique d'acceptation des conditions générales de vente sur un site Internet par voie du clic d'une case à cocher associée à un lien renvoyant vers

---

[1321] Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, accessible sur le site : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf
[1322] Cass., 1ère civ., 11 mars 2014, n° 12-28.304, Bull. 2014, I , n° 35.
[1323] Nouvel article après la réforme du 10 février 2016 (L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est entrée en vigueur le 1er octobre 2016).
[1324] CJUE, 3ème ch., 5 juillet 2012, *Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer*, Aff. C-49/11.

le contenu des conditions générales de vente, en considérant qu'un professionnel qui recourait à un lien hypertexte pour faire accepter ses conditions générales de vente ne respectait pas les dispositions applicables[1325].

Or, il semble que la qualité des parties constitue un paramètre important, car dans un autre arrêt du 21 mai 2015, cette même Cour de justice a validé la technique du lien hypertexte lors d'une vente à distance entre professionnels ayant donné l'accès à la clause attributive de juridiction.

La question préjudicielle qui a été posé à la Cour de justice portait sur la technique d'acceptation par « *clic* », par laquelle un acheteur accède aux conditions générales de vente figurant sur un site internet en cliquant sur un hyperlien qui ouvre une fenêtre. La juridiction de renvoi se demande si une telle technique peut être considérée comme une transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement le contrat de vente au sens des dispositions du Règlement de Bruxelles I qui indique dans son article 23, paragraphe 2 que « *toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite* ».

En l'espèce, un concessionnaire automobile établi en Allemagne avait contesté la validité de la convention d'attribution de juridiction au motif qu'elle n'avait pas été valablement intégrée dans le contrat de vente en soutenant que la page Internet du vendeur contenant les conditions générales de vente ne s'ouvrait pas automatiquement lors de chaque opération d'achat et qu'il était nécessaire d'ouvrir une autre page pour accéder aux conditions générales de vente.

La Cour de justice considère donc que la simple mise à disposition, par un lien hypertexte, des conditions générales d'un contrat de vente, conclu par voie électronique, qui comportent une convention attributive de juridiction « *constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette*

[1325] La Cour de justice a répondu à la question préjudicielle en indiquant que « *l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, doit être interprété en ce sens qu'une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni « fournies » par cette entreprise ni « reçues » par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un «support durable» au sens dudit article 5, paragraphe 1* ». CJUE, 3ème ch., 5 juillet 2012, *Ibid*.

convention, au sens de cette disposition, lorsque cette technique rend possible l'impression et la sauvegarde du texte de celles-ci avant la conclusion du contrat ».

Sous-section II - Le choix ultérieur et le choix partiel

Le choix des règles applicables aux relations contractuelles peut intervenir lors d'un litige (I), comme il peut porter sur une partie du contrat (II).

I - Le choix par un accord procédural

L'accord procédural correspond à la faculté qui est accordée aux parties à un procès de s'entendre pour demander au juge l'application d'une loi autre que celle désignée par la règle de conflit de lois. Il s'agit « *d'un accord par lequel les parties à un litige conviennent d'appliquer une loi autre que celle désignée par la règle de conflit* »[1326]. L'intérêt de tel accord réside dans la souplesse qu'il peut apporter dans le règlement du conflit de lois, « *permettant aux parties de corriger, par le rétablissement d'une meilleure localisation de leur rapport de droit, la déficience sur ce point de la règle normalement applicable* »[1327].

Ce principe de l'accord procédural est accepté par de nombreux ordres juridiques et les conditions de sa validité se sont dessinées avec l'évolution jurisprudentielle, permettant ainsi de dégager son domaine et sa portée dans le cadre des transactions électroniques.

Sur le plan légal, le Règlement Rome I semble indifférent au moment du choix de la loi applicable, car ses dispositions permettent un choix « *à tout moment* » de la *Lex contractus*[1328]. La liberté du choix non conditionnée par un moment précis peut prendre plusieurs formes.

D'une part, soit les parties qui n'ont pas désigné la loi applicable lorsqu'elles ont conclu leur contrat, peuvent reprendre la maitrise de la détermination de cette loi, soit parce qu'elles s'étaient entendues sur la loi applicable sans stipuler de

---

[1326] G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », PUF quadrige, 9ème éd., 2011, p. 13.
[1327] G. LHUILIER, « *Le droit transnational* », *op.cit*., p. 84.
[1328] Le parag. 2 de l'article 3 du Règlement Rome I prévoit que « *les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ».

clause à ce sujet, elles décident d'officialiser leur choix si elles craignent que celui-ci ne se dégage pas, de manière claire, des dispositions du contrat ou de la circonstance de la cause[1329].

D'autre part, il peut s'agir d'un abandon de la loi initialement élue au profit d'un nouveau choix. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 3, paragraphe 2 du Règlement Rome I « *toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ». Le célèbre arrêt de la Cour de Cassation française *Hannover International* du 6 mai 1997 affirme ce domaine de l'accord procédural en soulignant que « *les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ; qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat* »[1330].

Les hypothèses qui peuvent susciter un tel changement sont nombreuses. Les parties peuvent découvrir que « *la loi qu'elles avaient choisie annule leur accord et elles veulent éviter cette issue ; ou bien elles souhaitent placer leur contrat sous l'empire d'une loi plus accommodante, la loi choisie à l'origine connaissant une réforme qui se veut applicable aux contrats en cours ; ou bien, à l'inverse, une loi étrangère nouvelle prétend régir impérativement et immédiatement leur contrat et, pour préserver leur opération contractuelle, les parties abandonnent la loi qu'elles avaient choisie au départ* »[1331].

Le domaine de l'accord procédural est lié à la nature des droits litigieux. C'est le seul critère de la force obligatoire de la règle de conflit, désormais retenu par la Cour de cassation dans ses arrêts *Delta Draht GmbH*[1332], *Mme Elkhbizi* et

---

[1329] les circonstances de la cause peuvent inclure l'hypothèse d'un contrat lié d'une façon indissociable à un autre contrat et qui doit être donc soumis à la même loi que le premier contrat. V. en ce sens : F. MONEGER, « *Droit international privé* », 3ème éd., Paris, LexisNexis, Litec 2005, p. 152.
[1330] Cass., 1ère civ., du 6 mai 1997, n° 95-15.309, Bull. 1997, I, n° 140, p. 94.
[1331] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.,* p. 183.
[1332] Selon la Cour, « *mais attendu que pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application d'une loi autre que celle désignée par une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente ; qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties* ». Cass., 1ère civ., du 26 mai 1999, n° 96-21.333 (Inédit).

Mutuelle du Mans[1333] du 26 mai 1999. Les parties ne peuvent s'accorder pour s'échapper de la règle de conflit que si les droits en cause sont disponibles.

Mais la question qui reste posée, est celle de savoir quelle loi les parties peuvent désigner dans le cadre d'un accord procédural ?

En nous focalisant sur l'évolution jurisprudentielle française dans ce domaine, la conclusion serait un résultat de cumul entre les trois arrêts précités qui forment comme seul critère la disponibilité des droits en cause et l'arrêt *Roho*[1334] qui expliquait que les parties pouvaient choisir une loi « *différente* » de celle désignée par une convention internationale ou, comme le précise l'arrêt *Delta Draht GmbH*, une clause contractuelle, mais limitait, selon l'arrêt Hannover International à « *la loi du for* »[1335].

Pareille conclusion laisse, littéralement, aux parties la possibilité de choisir une loi autre que celle désignée par les règles de conflits de loi. Mais, ce choix doit obéir aux mêmes règles que le choix qui accompagne la conclusion du contrat initial, « *il ne sera admis que dans les zones offertes par la loi d'autonomie* »[1336]. En outre, étant donné qu'il s'agit soit d'un choix ultérieur tardif ou modificatif, il devra être exprès ou résulter d'une volonté certaine[1337].

[1333] Cass., 1ère civ., 26 mai 1999, n° 96-16.361, Bull. 1999, I, n° 172, p. 113.

[1334] L'arrêt prècise que « *mais attendu que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, celles-ci peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par une convention internationale ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a relevé que les deux parties françaises réclamaient expressément l'application de leur loi nationale, a, en vertu de l'article 12, alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile qui interdit au juge de changer le fondement juridique de la demande lorsque les parties l'ont lié par un accord exprès, et sans violer les textes invoqués par le pourvoi, fait à bon droit, application de la loi française à la responsabilité extracontractuelle résultant d'un accident de la circulation survenu à Djibouti* ». Cass. 1ère civ., 19 avril 1988, n° 85-18715, Bull. 1988, I, n° 104, p. 71, note H. BATIFFOL, Revue critique de droit international privé, mars 1989, p. 68.

[1335] Cass., 1ère civ., 6 mai 1997, n° 95-15.309, Bull. 1997, I, n° 140, p. 94.

[1336] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.,* p. 184.

[1337] Dans l'arrêt du 30 mai 2000, la Cour de cassation a affirmé que « *pour décider que le litige devrait être soumis à la loi française au motif que les parties avaient modifié le choix qu'elles avaient initialement exprimé dans le contrat de le faire régir par la loi anglaise, l'arrêt attaqué retient que la société Hick Hargreaves avait assigné devant le juge des référés la société Sofferi en intervention forcée pour obtenir sa garantie des condamnations prononcées contre elle sans solliciter l'application de la loi anglaise, que le même comportement avait été adopté par la société Sofferi lorsqu'elle avait appelé la société Hick Hargreaves dans l'instance au fond introduite par la société CAC Degremont, et que ce n'est que tardivement que la société Hick Hargreaves avait évoqué l'application de la loi anglaise ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société anglaise, qui n'avait pas expressément revendiqué l'application du droit français dans le cadre du référé, avait excipé de la compétence de la loi anglaise dès ses premières écritures lors de l'instance au fond, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».* Cass. 1ère civ., n° 98-16.104, Bull. 2000, I, n° 160, p. 104.

Mais si le choix ultérieur de la loi applicable est une possibilité offerte aux parties pour atteindre une liberté contractuelle qui va jusqu'à la résolution des conflits par un choix libre, mais encadré des règles applicables à leur rapport contractuel, les parties peuvent, en outre, opter pour un choix partiel en désignant une loi applicable à une partie seulement de leur contrat, ce qui n'est pas sans risque juridique.

II - Le dépeçage volontaire

Si les parties sont autorisées à choisir une loi pour le tout, elles sont aussi autorisées à ne choisir que pour une partie. C'est ainsi que celles-ci peuvent, conformément à l'article 3, paragraphe 1 du Règlement Rome I, « *désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

L'arrêt de la chambre sociale du 4 décembre 2012 illustre bien cette liberté du choix partiel, par lequel les parties avaient choisi de soumettre la rupture de leur contrat de travail aux règles du droit français qui se trouve, pour le reste, régi par le droit allemand en tant que loi du lieu d'accomplissement du travail[1338].

Certes, cette possibilité est offerte aux parties pour choisir la loi la plus favorable pour les éléments du contrat bien distincts des uns des autres, mais l'utilisation de la technique semble inadaptée à la réalité du contrat électronique dont la conclusion se fait en temps réel, sans de longues négociations et même sans négociations.

En effet, cette technique de dépeçage ne serait pas prévisible dans le cas d'une vente en ligne. Souvent les sites Internet inscrivent le choix de la loi applicable dans les conditions générales de vente, lesquelles sont non modifiables, ce qui ne laisse au cybercontractant qu'une seule option, celle d'accepter la clause d'un choix sans avoir une marge de manœuvre.

Mais, si jamais les parties arrivent à recourir à la technique de dépeçage, certains auteurs[1339] exigent le maintien d'une certaine cohérence du contrat dans le

[1338] Cass., civ., ch. Soc., 4 décembre 2012, n°11-22.166, Bull. 2012, V, n° 317.
[1339] P. LAGARDE, « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », CEDAM 1975, p. 671 ; J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, « *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise* », 4ème Ed. LexisNexis 2012, n° 134, p. 92.

dépeçage pratiqué, ils déconseillent le dépeçage horizontal[1340], et favorisent le recours à une formule qui devrait être réservée à quelques clauses dont l'autonomie est marquée, telles que les clauses de force majeure, clause pénale ou d'arbitrage dont la validité et le régime peuvent être dissociés de la loi applicable au reste du contrat.

Conclusion de la Section II

La liberté fondamentale des parties de choisir le droit applicable à leur relation contractuelle emporte pouvoir de désigner ce droit par une clause contractuelle et offre la possibilité d'un choix ultérieur et d'un choix partiel.

Les difficultés qui surgissent, portent essentiellement sur la validité de la clause déterminant la loi applicable dans un contrat électronique et sur l'opposabilité des liens hypertextes aux cybercontractants. Plusieurs incertitudes entourent la validité d'une clause qui désigne une loi sans négociation préalable et encore plus d'un choix tacite, ce qui est la pratique courante dans le *cyberespace*. L'identification des circonstances n'est pas une tache facile dans un rapport qui se noue en quelques minutes, voire même quelques secondes, par un simple clic d'acceptation des conditions contractuelles. Il semble que le choix exprès de la *Lex contractus* serait la seule hypothèse valable dans ce contexte. Encore faut-il déterminer en quoi consiste ce choix exprès. Il semble que la qualité des parties constitue un paramètre important. La Cour de Justice de l'Union européenne a condamné la technique d'acceptation des conditions générales de vente sur un site Internet par voie du clic d'une case à cocher associée à un lien renvoyant vers le contenu des conditions générales de vente, et dans un autre arrêt, cette même Cour de justice, a validé la technique du lien hypertexte lors d'une vente à distance entre professionnels ayant donné l'accès à la clause attributive de juridiction.

Une possibilité est offerte aux parties pour atteindre une liberté contractuelle qui va jusqu'à la résolution des conflits par un choix libre, ce qui n'est pas sans risque juridique. Une autre possibilité est offerte aux parties d'opter pour un choix partiel, en désignant une loi applicable à une partie seulement de leur contrat, mais

[1340] Le dépeçage horizontal consiste, à titre d'illustration, à choisir le prix selon la loi française, la garantie selon la loi suisse, etc.

l'utilisation de la technique semble inadaptée à la réalité du contrat électronique dont la conclusion se fait souvent en temps réel, sans négociations préalables.

L'exercice de la liberté du choix de la loi applicable est soumis à plusieurs règles déjà existantes et d'autres spécifiques au contrat électronique, ce qui nécessite une appréhension de ces règles et les paramètres de leur mise en application.

Chapitre II - En l'absence du choix : le rattachement objectif

Depuis la mondialisation des échanges et le développement du commerce électronique, une multiplication des contrats internationaux et transfrontières sont apparue. Ces contrats présentent un élément d'extranéité qui les rattache à des pays différents, soit parce que les parties n'ont pas la même nationalité, soit elles ne sont pas établies dans le même pays.

La loi applicable au rapport contractuel tissé dans le monde virtuel de l'internet appelle à prêter une attention particulière, notamment, à l'applicabilité des règles classiques du droit international privé au contrat électronique. Madame Fauvarque précise dans ce sens qu' « *afin de résoudre les nombreux conflits internationaux que favorise le développement des réseaux, il faut conserver les méthodes du droit international privé, quitte à adapter certaines de ses règles* »[1341].

Au sein de l'union européenne, les règles nationales de conflit de lois des Etats membres ont été harmonisées par le Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « *Règlement Rome I* », qui a remplacé et transformé en instrument communautaire la Convention de Rome du 19 juin 1980, dans l'objectif de favoriser les relations contractuelles au sein du marché intérieur.

Cette harmonisation des règles de conflit déterminant la loi applicable en matière contractuelle dans le marché intérieur nécessite de faire la distinction entre les règles applicables aux contrats conclus entre les ressortissants d'un pays de l'union européenne (Section I) et celles régissant les contrats conclus avec un ressortissant d'un Etat installé en dehors de l'espace européen (Section II).

Section I - Le rattachement normatif dans l'espace européen

Le contrat électronique international est, comme tout contrat, soumis à une loi, qui selon les situations, peut être une loi choisie d'un commun accord entre les parties, une loi impérative d'un pays, une convention internationale ou une combinaison de droits, selon les hypothèses qui se présentent.

[1341] B. FAUVARQUE-COSSON, « *Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux* », *in* Le droit international de l'Internet, Brylant, 2003, p. 56, spéc. 57.

Les institutions européennes avaient déjà abordé la question du rattachement législatif dans la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, dite « *Convention de Rome* ». Elles ont transformé par la suite cette Convention en un instrument communautaire sous la forme d'un règlement européen, directement applicable dans les Etats membres, par le Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, plus communément appelé « *Règlement Rome I* ».

Par ailleurs, dans le cadre du contrat électronique, on assiste à un développement d'une législation protectrice visant à restaurer un équilibre entre un consommateur considéré plus naïf face à un professionnel présumé plus habile dans le maniement des stipulations contractuelles. Une protection qui serait plus complexe dans un contexte international où le consommateur déjà peu familier avec une loi interne, se trouve dans la plupart des cas avec aucune connaissance des implications du contrat international.

Une telle situation internationale qui est très facilement atteinte dans le *cyberespace*, pourrait en cas d'éventuel litige mettre le consommateur en face de règles étrangères pour défendre ses intérêts, en général, pour un enjeu financier dérisoire susceptible encore plus à le décourager à réclamer ses droits. Alors que les règles générales du droit des contrats internationaux sont particulièrement inadaptées aux relations de consommation[1342], il en a encore plus dans les relations contractuelles tissées à distance par voie électronique. Mais les relations contractuelles ne se limitent pas uniquement aux *B to C*, le professionnel peut conclure des contrats avec d'autres professionnels.

Le régime juridique européen relatif aux transactions électroniques approuve une distinction majeure en matière contractuelle entre contrats électronique conclu entre professionnels (Sous-section I) et contrats électroniques de consommation (Sous-section II) qu'il convient d'étudier dans les développements qui suivent.

[1342] V. D. P. FERNANDEZ ARROYO (dir.), « *La protection des consommateurs dans les relations privées internationales* », CEDP (Paraguay), 2010, spéc. p. 704, cité par : M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.*, p. 645.

Sous-section I - Les contrats électroniques conclus entre professionnels

Dans un contrat électronique de droit international privé, la question qui retient l'attention est de savoir, à défaut de choix par les parties, quelle est la loi applicable au contrat conclu entre deux contractants professionnels ?

Par définition, les contrats entre professionnels ne sont pas couverts par le régime de la cyberconsommation transfrontière, ils relèvent du droit commun des conflits de lois[1343] applicable dans l'espace européen. Les règles générales des conflits de lois prévues par le Règlement Rome I sont applicables aux contrats électroniques conclus entre professionnels.

Le premier réflexe porte souvent sur la loi applicable au fond du contrat électronique (I), mais il convient aussi d'être attentif à la loi applicable à la forme du contrat (II).

I - La détermination de la loi applicable au fond du contrat électronique

L'objectif poursuivi par le Règlement Rome I est d'harmoniser les règles de conflit de lois relatives à des obligations contractuelles relevant des matières civile et commerciale. Ces règles de conflit de loi de droit des contrats déterminent la loi applicable à défaut de choix par les parties.

La règle de conflit de loi en matière de contrat électronique est ventilée, dans le Règlement Rome I, selon la nature du contrat. Le contrat électronique conclu entre professionnels obéit à la règle de conflit de droit commun prévue à l'article 4 du Règlement qui comporte quatre catégories. La technique consistant à rechercher les liens les plus étroits par l'identification de la prestation caractéristique n'est désormais envisagée qu'à titre subsidiaire pour laisser la place à un rattachement fixe prédéterminé prévu pour plusieurs contrats nommés.

Ainsi, concernant le contrat de vente, et conformément au premier paragraphe de l'article 4, il est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa « *résidence habituelle* », le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa « *résidence habituelle* » et le

[1343] M.-E. ANCEL, « *Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique* », Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, nº 63, 1er août 2010.

contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du « *pays où la vente aux enchères a lieu* », si ce lieu peut être déterminé.

Comme on peut le constater, l'application de Règlement Rome I au contrat électronique ne soulève pas de difficultés majeures. Le critère de la « *résidence habituelle* » est fondé sur des éléments facilement identifiables bien adaptés à ce type de contrat, ce qui ne serait pas le cas si la règle applicable s'était référée au lieu de conclusion du contrat ou du lieu de son exécution. Par ailleurs, l'article 2 (c) de la Directive sur le commerce électronique[1344] et l'article 14 de la loi de transposition du 21 juin 2004[1345] confortent cette solution, puisque l'établissement du prestataire est celui d'une installation stable, c'est-à-dire celui qui existe dans le monde réel.

Ensuite, un contrat électronique peut très bien ne pas relever de l'une des catégories envisagées par le premier paragraphe de l'article 4 du Règlement Rome I, comme il est possible qu'un contrat relève de plusieurs catégories intégrant à la fois des prestations de vente et de services. Dans ces deux hypothèses, le contrat sera soumis à « *la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* », une solution de principe qui fait retour à la règle de l'article 4 de la convention de Rome du 19 juin 1980. Là encore le règlement Rome I revient à la localisation physique comme règle de détermination du droit applicable qui semble en parfaite adéquation avec le contrat électronique.

Enfin et en troisième catégories de règle se trouve la clause d'exception qui exerce son empire aussi bien à l'égard des contrats faisant l'objet de rattachements fixes et prédéterminés que des contrats qui relèvent de la règle plus générale du deuxième niveau. Le troisième paragraphe de l'article 4 fait une référence aux liens manifestement plus étroits pour déterminer le droit applicable avec un pays autre que celui qui serait désignée par les règles exposées ci-dessus. Cela laisse clairement entendre que la clause d'exception que celle-ci ne devra être désormais

---

[1344] L'article 2, (c) de la Directive sur le commerce électronique définit le prestataire établi comme étant celui « *qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. 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* ».

[1345] L'article 14 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique précise qu' « *une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social* ».

appliquée qu'à l'issue d'une comparaison entre les titres d'application de la loi normalement applicable et celle à laquelle pourrait conduire la clause d'exception.

Dernière règle de rattachement prévue par le quatrième paragraphe de l'article 4 du Règlement soumet le contrat à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Cette règle s'applique sans référence contrainte à d'autres éléments à défaut de rattachement de l'article 4§1 et 4§2 du Règlement.

En observant les règles de rattachement, on peut constater que le Règlement Rome I se prononce clairement en faveur de la localisation physique des parties tout en réduisant de façon significative le rôle joué par la détermination de la prestation caractéristique et les difficultés que celle-ci provoquait pour déterminer le droit applicable.

Cependant, se retournant aux côtés de la Directive sur le commerce électronique et la loi de transposition française, on constate que les choses ne sont pas aussi claires.

Il semble que des problèmes d'interprétation sont soulevés par la doctrine. Premier problème se voit du côté de la Directive qui dispose dans son article 1§4 qu' « *elle n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé* », ce qui laisse comprendre que celle-ci est sans incidence sur la loi applicable désignée par les règles de conflit existantes, en l'occurrence celles issues du Règlement Rome I, mais qui dispose, en parallèle, dans son article 3 que « *chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné* ».

Le texte ajoute au deuxième paragraphe que les Etats membres « *ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre* ».

Pour certains auteurs, cette Directive contient un mécanisme qui vise à corriger les effets de la règle de conflit afin de garantir le respect des libertés communautaires fondamentales. Selon eux, le droit international privé en matière de contrats est soumis à la clause de marché intérieur, les Etats membres ne

peuvent pas toujours appliquer des règles de droit international privé soumettant l'opérateur à une législation autre que celle de l'Etat dans lequel il est établi[1346].

Cette interprétation ne fait pas l'unanimité de la doctrine, d'autres auteurs considèrent que l'article 3 de la Directive n'a aucune incidence sur la loi applicable aux contrats qui sont conclus dans l'exercice de l'activité de l'opérateur, il vise seulement de ne pas entraver son activité en la soumettant à des exigences qui ne sont pas celles du pays dans lequel il est établi[1347]. M. Vivant estime dans ce sens qu'« *il faut un singulier aveuglement pour découvrir dans cette phrase[1348], comme certains l'ont fait, l'élection de la loi d'origine comme loi devant régir les relations contractuelles du commerce électronique. Ce texte concerne le seul statut des acteurs de ce commerce et l'article 1.4 précise bien que la directive « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé* »[1349].

Il y a ensuite une autre difficulté qui soulève du côté de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, dans l'article 17, alinéa 1 qui dispose que l'activité du commerce électronique « *est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens et les services* ».

Il est remarqué que cet article transpose maladroitement l'article 3 de la directive parce qu'il pose une règle de conflit de lois, ce que exclut la Directive. Mais on peut admettre aussi que cet article ne va pas en contradiction avec les règles prévues par le Règlement Rome I dans la mesure où, d'un côté, la volonté des parties est préservée comme principe qui passe avant toute règle de conflit de lois et d'un autre côté, il a consacré la règle du lieu d'établissement du prestataire et du vendeur, vu que l'article se limite aux « *biens et services* ».

[1346] J. PASSA, « *Le contrat électronique international, Conflits de lois et de juridictions* », *op.cit.* ; M. FALLON, J. MEEUSEN, « *Le commerce électronique, la directive n° 2000/31/CE et le droit international privé* », Revue critique DIP 2002, p. 435 et 483.

[1347] M. VIVANT, « *Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique* », Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, p. 2 ; J. Huet, « *Le droit applicable dans les réseaux numériques* », JDI 2002, p. 737.

[1348] L'auteur fait référence à la phrase de l'article 3.1 de la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique qui pose que chaque Etat membre doit veiller à ce qu'un prestataire établi sur son territoire respecte « *les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné* ».

[1349] M. VIVANT, « *Internet* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, décembre 2011 (actualisation : octobre 2016).

Il convient de rappeler que la Cour de justice de l'union européenne a clarifié ce point dans l'arrêt *eDate Advertising* ajoutant que « *ce paragraphe impose principalement aux Etats membres l'obligation de veiller à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur leur territoire respectent les dispositions nationales applicables dans ces Etats membres relevant du domaine coordonné. L'imposition d'une telle obligation ne présente pas les caractéristiques d'une règle de conflit de lois, destinée à trancher un conflit spécifique entre plusieurs droits ayant vocation à s'appliquer* »[1350].

II - La loi applicable à la forme du contrat électronique

Les règles retenues par la Convention de Rome offrent un choix entre la loi du fond et la loi du pays de conclusion du contrat[1351]. Cette dernière qui constitue la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire, la règle selon laquelle l'acte juridique est soumis aux conditions de forme de la loi du pays dans lequel il a été conclu, n'avait qu'un rôle facultatif dans cette Convention. Toutefois, cette règle qui repose sur la localisation géographique du contrat trouvait, difficilement application dans le monde numérique, marqué par l'immatérialité des transactions.

Le Règlement Rome I a ajouté la loi de résidence habituelle des parties afin de tenir compte des contrats conclus par voie électronique. Le deuxième paragraphe de son article 11 précise dans ce sens que « *un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au*

[1350] CJUE, 25 octobre 2011, Aff. jointes C-509/09 et C-161/10.

[1351] L'article 9 de la Convention de 1980 dispose que « *1. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.*
2. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays.
3. Lorsque le contrat est conclu par un représentant, le pays où le représentant se trouve au moment où il agit est celui qui doit être pris en considération pour l'application des paragraphes 1 et 2.
4. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu ».

moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là ».

Des règles de conflit spéciales pour régir la forme des contrats de consommation sont prévues au quatrième paragraphe du même article, lesquelles restent focalisé sur la loi de résidence habituelle du consommateur. Ce paragraphe éclaire cette règle en précisant que « *les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article ne s'appliquent pas aux contrats qui entrent dans le champ d'application de l'article 6. La forme de ces contrats est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle* ».

Cette disposition présente essentiellement des atouts. Elle permettra souvent à la loi applicable au fond et la loi applicable à la forme de se rejoindre[1352].

Sous-section II - La détermination de la loi applicable au contrat électronique de consommation

La protection des consommateurs constitue l'une des priorités de l'Union européenne[1353]. En plus, les lignes directrices de l'OCDE, achevées en décembre 1999, régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique énoncent le consensus international sur les caractéristiques de base d'une approche mondiale efficace de la protection du consommateur dans le cadre des transactions électroniques *B to C*.

Les textes de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et du Règlement Rome I comportent des dispositions propres aux « *contrats de consommation* », une appellation adoptée dans le texte du Règlement. Par ailleurs, dans ses considérants 10 et 58, la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 rappelle que ses dispositions s'entendent sans préjudice du Règlement Rome I du 17 juin 2008 et que ce même Règlement doit s'appliquer, lorsque le droit applicable au contrat est celui d'un pays tiers, pour déterminer si le consommateur continue de bénéficier de la protection garantie par la Directive de 2011.

[1352] M. SANTA-CROSE, J.-CI. Int., fasc. 552-60, n° 83.
[1353] Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, art. 12.

Le Règlement Rome I a consacré une protection au consommateur dans son article 6. Il convient d'examiner, à ce titre, les règles prévues pour assurer une protection au consommateur en ligne (I) et de définir la notion de l'activité dirigée, condition préalable à la mise en application de la technique de focalisation de l'article 6 § 1 du Règlement (II).

I - Les règles protectrices du consommateur

Les rédacteurs du règlement Rome I ont pris soin d'assurer un régime protecteur aux consommateurs par le biais de l'article 6.

En effet, il faut souligner que le Livre Vert sur la modernisation de la Convention de Rome avait envisagé plusieurs options de rattachement, mais seule la solution de « *loi de la résidence habituelle du consommateur* » qui avait été retenue par la proposition de Règlement. Et s'il est vrai que cette solution avait le mérite de la simplicité, puisqu'un seul rattachement est adopté quelle que soit la situation, la règle était jugée doublement radicale, « *en ce qu'elle prônait l'application impérative de la loi de résidence habituelle et en ce qu'elle excluait de toute protection les consommateurs non-résidents européens* »[1354]. S'ajoutent les inquiétudes des entreprises qui soulignèrent la difficulté pour une entreprise souhaitant exercer sur le marché intérieur de se doter de plusieurs modèles contractuels que de législations de résidence du consommateur notamment dans le cadre du commerce électronique[1355]. De ce fait, la solution tout en simplifiant la règle de conflit, avait entaché l'équilibre entre la protection du consommateur et le développement du commerce.

Cette simplification de la règle de conflit a, *in fine*, n'a pas été retenue et les efforts se sont concentrés sur le champ d'application de la protection. Les trois critères de la Convention de Rome à savoir « *consommateur, type de contrats et situation* » sont maintenus mais largement bien déterminé par le Règlement Rome I.

C'est ainsi que le Règlement définit au premier paragraphe de son article 6 le contrat de consommation comme étant « *un contrat conclu par une personne*

[1354] P. LAGARDE, « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », R.C.D.I.P, 2006, n°15 et 16, cité par M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.,* p. 660.
[1355] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *Ibid*.

physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle », reprenant ainsi pour l'essentiel les critères de la Convention de Rome et de Bruxelles I et clarifiant d'avantage cette notion. Seul le consommateur personne physique est concerné par la protection dans le cadre de la seule relation *B to C*.

Sous réserve du cas de certains contrats de consommation qui sont exclus du régime de protection[1356], le contrat conclu entre le consommateur et le professionnel « *est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle* », à condition que le professionnel « *exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle* », ou il dirige cette activité, par tout moyen, « *vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité* ». Les conditions sont donc simplifiées dans le Règlement en passant de trois critères[1357] à deux, harmonisés avec le Règlement Bruxelles I[1358].

Le premier critère vise la situation où le consommateur contracte avec un professionnel étranger mais ayant son établissement sur le territoire de la résidence du consommateur et le second critère repose sur l'activité dirigée du professionnel, pour englober le commerce électronique.

Toutefois, il y a lieu de souligner que le texte se termine par une expression d'exigence d'un lien entre l'activité du professionnel et le contrat de consommation, ce qui mérite de s'interroger sur les cas où le contrat de consommation conclu en ligne ne figurerait pas dans le champ des activités du professionnel ? Est-ce que ce critère constitue une source pour faire tomber la protection du consommateur, alors

---

[1356] Conformément au quatrième paragraphe de l'article 6 du Règlement « *les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas : a) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ; b) au contrat de transport autre qu'un contrat portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ; c) au contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble autre qu'un contrat ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers au sens de la directive 94/47/CE ; d) aux droits et obligations qui constituent des instruments financiers, et aux droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'émission ou l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif, dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier ; e) au contrat conclu dans le cadre du type de système relevant du champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point h) ».*

[1357] Ce que prévoyait l'article 5 de la Convention de Rome de 1980.

[1358] Désormais Bruxelles I *bis*.

que pour le cas d'un professionnel maladroit, le consommateur n'a pas à rechercher si ce contrat entre ou non dans le cadre de ses activités, encore une démarche plus compliquée dans le commerce en ligne.

Il convient de souligner, enfin, que la protection du consommateur prime sur le choix des parties, si le choix a pour résultat de priver ce dernier de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable sur le fondement du paragraphe 1 si aucune loi n'avait été choisie. C'est donc à protection égale ou meilleure, la loi choisie s'applique ; à défaut, la loi de résidence du consommateur s'applique. Dans ce sens, la Cour de justice vient de renforcer la protection du consommateur en déclarant abusive la clause de choix de droit applicable contenue dans les conditions générales de vente du professionnel et ne précisant pas au consommateur que ce choix ne le prive pas de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable[1359].

Il est à noter aussi qu'à ces principes issus du Règlement Rome I, s'ajoutent, en droit français, des règles de protection relevant des dispositions du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation. Parmi ces principes, on peut constater ceux prévus par l'article L-232 du même Code.

L'article L-232-1 dispose que « *nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'Union européenne en application de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre* ».

On cite également les dispositions du paragraphe 3 de l'article L-232 relative au contrat conclu à distance précisant que « *nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'Union européenne en application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs […] lorsque le contrat conclu à distance […]*

[1359] CJUE, 28 juillet 2016, *VKI c/ Amazon EU Sàrl*, C-191/15, pt. 61-71.

présente un lien étroit avec le territoire de cet Etat ».

II - La notion de l'activité dirigée

La notion de l'activité dirigée apparaît très fermement liée à l'absence de choix entre les parties. Le considérant n° 24 du Règlement Rome I fait de l'activité dirigée une condition d'application de la règle de protection du consommateur contenue à l'article 6 du Règlement. Cependant, Monsieur Huet considère que la règle du premier alinéa b) de l'article 6, selon laquelle « *le consommateur ne peut se prévaloir de la loi de son pays que si le professionnel dirige son activité vers son pays ou vers un groupe de pays comprenant celui-ci, […] la rend malaisément applicable au commerce électronique : on est fondé à penser que la condition de sollicitation sera rarement remplie, car le plus souvent le consommateur se rend spontanément sur un site internet pour commander un produit ou un service* »[1360].

Il convient, toutefois, d'observer que si le cyberconsommateur, comme l'indique Monsieur Huet, se rend spontanément sur un site Internet pour commander un produit ou un service, cela ne change rien au fait qu'il met toutes les chances de son côté de prendre un risque en contractant, en connaissance de cause, sur un site internet en dehors de son pays. Le cyberconsommateur peut se trouver en mesure de savoir, au cours du processus de confirmation de la commande, qu'il est entrain de contracter avec un cybercommerçant qui ne dirige pas son activité vers le pays du consommateur. Les moyens de paiements offerts par le site peuvent constituer l'un des indices que l'activité est dirigée ou non vers le pays du consommateur. Dans presque tous les sites marchands, il existe, en dernière étape à la confirmation de la commande, l'exigence de paiement par des moyens prédéfinis, comme principalement, par carte bancaire locale n'autorisant le paiement que dans le territoire du consommateur. Cela révèle déjà que le site n'agit que dans le cadre d'un territoire particulier, car si le paiement effectué par le consommateur est rejeté, la commande ne sera pas confirmée, à moins que le cyberconsommateur dispose d'une carte bancaire autorisant le paiement à l'international. Dans ce cas, c'est bien le cyberconsommateur qui a pris le risque de

[1360] J. HUET, « *Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique* », Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, No 63, 1er août 2010.

diriger ses achats vers un Etat étranger. Mais pour le professionnel qui tolère le paiement par carte bancaire internationale cela n'est pas sans risque. Il peut voir son commerce étendu au delà des frontières de son pays et par voie de conséquence, une extension de son activité. Le professionnel peut, afin d'éviter de lui appliquer toutes les lois de la planète, de prévoir une clause de limitation géographique dans ses conditions générales de ventes[1361].

A côté de cet indice moins significatif se trouve un autre indice qui est plus probant, celui du lieu de livraison de biens en cas d'une livraison matérielle. Dans l'hypothèse où le professionnel propose au cyberconsommateur de lui livrer le bien dans le pays de ce dernier, cela ne laisse aucun doute sur le fait que le professionnel dirige son activité vers le pays du cyberconsammateur, car dernière cette possibilité de livraison dans un pays tiers se cache toute une politique commerciale et une logistique dédiée à la livraison dans le pays du cyberconsommateur. Cette disposition de l'article 6 du Règlement semble plutôt aller dans le sens de la protection du consommateur, notamment lorsque certains

[1361] Par ex. sur le site de Amazon.fr, on peut observer que ses activités de commerce électroniques dépassent les frontières de la France pour s'étendre à tous les pays du monde. On peut déjà lire sur son site officiel, dans la rubrique dédiée aux « *Tarifs et options de livraison* » que « *Si vous le souhaitez, vous pouvez consulter nos frais de livraison pour une livraison hors de France métropolitaine* ». Un Hyperlien, en cliquant sur « *une livraison hors de France métropolitaine* » nous conduit aux conditions de frais et de livraisons dans tous les pays du monde. En outre, dans la rubrique réservée aux « *Moyens de paiement Amazon* », qu'on trouve on bas de la page d'accueil du site d'Amazon.fr, on peut lire que « *Lorsque vous achetez des articles éligibles sur Amazon.fr avec une carte Visa, Mastercard ou American Express éligible, le montant total de votre commande sera affiché dans la devise choisie sur la page de validation de votre commande.*
Lorsque vous passez une commande en utilisant Amazon Currency Converter :
- Nous affichons automatiquement le montant total de votre commande dans votre devise locale sur la page récapitulative de la commande, juste avant de la valider.
- Vous avez toujours l'option de payer soit dans votre devise locale, soit en euro.
- Le taux de change applicable au moment de l'achat sera spécifié affiché sous le montant total de la commande. En cas de retour, le taux de change appliqué à votre commande sera utilisé, même si celui-ci a changé ».
Par contre, sur le site de la marque française des chaussures Chaussea « chaussea.com/fr/ » on peut lire dans l'article 5 des Conditions générales de vente que la livraison est limitée à certains pays : « *CHAUSSEA livre uniquement en France métropolitaine, Corse, Luxembourg, Belgique, Allemagne, Espagne, Autriche, Italie, Pays-Bas et Portugal ».* Pour les moyens de paiement acceptés, l'article 3.1 des modalités de paiement précise que « *les cartes de paiement acceptées à ce jour sont : CB, Visa, MasterCard, Bancontact (uniquement pour la Belgique)* ». Certes, un consommateur qui n'est pas résident dans les pays indiqué peut acheté en ligne *via* le site de chaussea, si sa carte bancaire l'autorise le paiement au delà des frontières de son pays, mais il se trouvera confronter à une livraison excluant son pays et des frais bancaires supplémentaires liés à une éventuelle utilisation internationale de sa carte bancaire, lesquels même les conditions générales de vente de chaussea les indiquent en ces termes « *les éventuels frais bancaires restent à la charge de l'Acheteur, y compris en cas de remboursement ».* Dans le site d'Apple France « https://www.apple.com/fr/ », on peut trouver clairement indiquer dans les conditions générales de vente et de remboursement, dans la partie *« Expédition et livraison* », une limitation expresse du territoire de livraison de la commande « *Les commandes ne sont pas acceptées en dehors de France et les produits ne peuvent pas vous être livrés en dehors de ce pays ».*

indices émanant du site même du professionnel permettent de conclure que le commerce de ce dernier est destiné à dépasser les frontières de son pays vers le pays du consommateur.

En effet, souvent c'est le professionnel qui décide de la clientèle qu'il visera en priorité *via* son site Internet et, en conséquence, du dispositif permettant d'atteindre cette clientèle tel que : les langues de rédaction, les monnaies de règlement, les pays de livraison, etc. C'est alors lui qui aura, en quelque sorte, préalablement désigné la loi applicable en choisissant de se focaliser sur la clientèle de tel ou tel pays. Ce faisant la sécurité juridique est mieux assurée pour le cyberprofessionnel car la loi applicable du consommateur est objectivement désignée sur le fondement d'éléments qu'il est censé contrôler. Il ne peut dés lors plus être surpris d'y être attrait ou de se voir reprocher de ne pas en avoir respecté la législation impérative.

Le concept de l'activité dirigée ne constitue qu'une reprise de l'approche adoptée par le Règlement Bruxelles I[1362] sur la compétence judiciaire et les solutions dégagées sur le terrain du conflit de juridictions sont d'un grand secours dans ce cadre, surtout qu'au cours de l'adoption du Règlement Bruxelles I, les termes du paragraphe 1.c de l'article 15[1363] étaient déjà litigieux et les institutions ne sont pas parvenues à un accord sur la définition de la direction de l'activité[1364].

Dans les affaires soumises à la Cour de justice du 07 décembre 2010, l'avocat général indique dans ses conclusions que les opérateurs économiques ont réagi négativement à l'accueil de ce concept de l'activité dirigée « *en raison de craintes qu'une interprétation trop large de la notion de direction de l'activité pourrait décourager les petites et moyennes entreprises d'utiliser Internet pour faire de la*

[1362] Règlement Bruxelles I n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000.

[1363] La rédaction adoptée dans le texte de l'article 15 est la suivante « *1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5 : […] c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* ».

[1364] S. BARIATTI, « *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux* », (ss dir. S. CORNELOUP ET N. JOUBERT), Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010-Dijon, publié avec le soutien financier du Conseil régional de Bourgogne, Ed. LexisNexis, 2011, V. 35, p. 405.

publicité ou la promotion de leurs activités »[1365].

Etant un critère du choix de la loi applicable au contrat électronique international, l'activité dirigée est interprétée par l'avocat général dans les deux affaires soumises à la Cour de justice du 07 décembre 2010 entrant dans le cadre de l'article 15 du Règlement Bruxelles I. Dans ses analyses, il précise que « *le juge national doit juger sur la base de l'ensemble des circonstances de l'affaire si une personne qui exerce une activité commerciale ou professionnelle dirige son activité vers l'Etat membre du domicile du consommateur. Les facteurs importants pour l'appréciation sont surtout le contenu du site internet, l'activité passée de la personne qui exerce l'activité commerciale ou professionnelle, le type de domaine utilisé pour le site internet et le recours aux possibilités offertes par la publicité sur Internet et dans les autres médias ».* Au même titre, il ajoute que *« la simple accessibilité d'un site internet ne suffit pas pour la direction d'une activité au sens de l'article 15, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 44/2001* »[1366].

Cette solution a été reprise depuis lors dans un arrêt *L'Oréal v. eBay* relatif à une place de marché en ligne à travers lequel la Cour indique que « *la simple accessibilité d'un site Internet sur le territoire couvert par [une] marque ne suffit pas pour conclure que les offres à la vente y affichées sont destinées à des consommateurs situés sur ce territoire* »[1367].

Si la simple accessibilité du site ne suffit pas, il faut encore que la volonté du commerçant en ligne soit caractérisée. C'est ce qui ressort de l'arrêt précité de la Cour de justice de 7 décembre 2010. Pour la Cour la question qui se pose « *est celle de savoir si la volonté du commerçant de cibler un ou plusieurs autres États membres est requise et, si tel est le cas, sous quelle forme une telle volonté doit se manifester* »[1368]. La réponse donnée par la Cour va dans le sens suivant « *il y a lieu de considérer que, aux fins de l'applicabilité dudit article 15, paragraphe 1, sous c),*

[1365] Conclusions de l'avocat général, Mme VERICA TRSTENJAK, présentées le 18 mai 2010, Aff. C-585/08, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* et Aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*, pt. 67.

[1366] *Ibid*, pt. 67 et pt. 100

[1367] CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd c/ eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi*., Aff. C-324/09,

[1368] CJUE, du 7 décembre 2010, les Aff. Jointes C-585/08, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* et Aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*, pt. 64.

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 domicile »[1369].

D'autres indices sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité dirigée vers le pays du domicile du consommateur. La langue et la monnaie visée par le site internet constituent-elles des indices ? La déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'article 15 du Règlement n°44/2001, reprise au vingt-quatrième considérant du Règlement Rome I, indique que « *le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas pour rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément pertinent* ». Il faut revenir également à l'arrêt de 7 décembre 2010 à travers lequel la Cour commence-t-elle par nous dire ce qui ne peut être tenu pour un indice « *ne figure pas au nombre de tels indices, la mention sur un site Internet de l'adresse électronique ou géographique du commerçant non plus que l'indication de ses coordonnées téléphoniques sans préfixe international. En effet, la mention de telles informations n'indique pas que le commerçant dirige son activité vers un ou plusieurs autres Etats membres, dès lors que ce type d'informations est, en tout état de cause, nécessaire pour permettre à un consommateur domicilié sur le territoire de l'Etat membre dans lequel est établi ce commerçant d'entrer en relation avec ce dernier* », d'autant plus que ces informations ont un caractère obligatoires en vertu de l'article 5, paragraphe 1, sous c) de la Directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000[1370] et s'imposent quel que soit l'Etat membre vers lequel

[1369] CJUE, du 7 décembre 2010, les Aff. Jointes C-585/08, Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG et Aff. C-144/09, Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller, point 75.

[1370] La Cour de justice, dans l'arrêt du 16 octobre 2008, rappelle que « *l'article 5, paragraphe 1, sous c), de la directive doit être interprété en ce sens 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. Ces informations ne doivent pas obligatoirement correspondre à un numéro de téléphone. Elles peuvent résider dans un formulaire de contact électronique, au moyen duquel les destinataires du service peuvent s'adresser sur l'internet au prestataire de services et auquel celui-ci répond par courrier électronique 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* ». CJUE, 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c/ deutsche internet versicherung AG*, Aff. C-298/07.

le commerçant dirige son activité.

La Cour de justice semble privilégier ne pas limiter les indices à une liste exhaustive. Elle précise dans le point 83 de l'arrêt précité que « *d'autres indices éventuellement combinés les uns aux autres sont susceptibles de démontrer l'existence d'une activité " dirigée vers " l'Etat membre du domicile du consommateur* » et ajoute que certaines caractéristiques constitueraient des indices d'une activité dirigée vers un ou plusieurs Etats membres au sens de l'article 15, paragraphe 1, sous c) du Règlement Bruxelles I, sous réserve d'une vérification de leur existence par le juge national.

La Cour cite des indices comme « *la nature internationale de l'activité en cause, telle que certaines activités touristiques, 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, par exemple «.de» ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que «.com» ou «.eu», la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres Etats membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents Etats membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients* »[1371].

De toute manière, l'arrêt est certes riche et fourni des pistes intéressantes pour déterminer les indices de la direction de l'activité vers l'Etat du domicile du consommateur, mais laisse comprendre aussi que la porte est ouverte aux autres indices pouvant être définis selon la situation, exclusion faite des indices clairement écartés.

Conclusion de la Section I

Dans l'espace européen, les règles nationales de conflit de lois des Etats membres ont été harmonisées par le Règlement Rome I. Cette harmonisation nécessite de faire la distinction entre le régime juridique européen relatif aux

[1371] CJUE, du 7 décembre 2010, les Aff. Jointes C-585/08, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* et Aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*, pt. 64.

transactions électroniques conclues entre professionnels et dans les rapports avec les consommateurs.

Le contrat électronique conclu entre professionnels obéit à la règle de conflit de droit commun prévue à l'article 4 du Règlement Rome I qui comporte des rattachements fixes. L'application de ce Règlement au contrat électronique ne soulève pas de difficultés majeures. Le critère de la « *résidence habituelle* » est fondé sur des éléments facilement identifiables bien adaptés à ce type de contrat. Le règlement Rome I revient à la localisation physique des parties comme règle de détermination du droit applicable qui semble en adéquation avec le contrat électronique. Par ailleurs, les dispositions du Règlement Rome I permet, souvent, à la loi applicable au fond et la loi applicable à la forme de se rejoindre.

Cependant, se tournant vers la Directive sur le commerce électronique et la loi de transposition française, on constate que les choses ne sont pas aussi claires.

Le Règlement Rome I a consacré, en outre, une protection au consommateur. Cette protection prime sur le choix des parties, si le choix a pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé, par accord, en vertu de la loi qui aurait été applicable. Le Règlement a instauré la notion de l'activité dirigée, comme condition de mise en application des règles protectrices du consommateur. La Cour de justice a pris le soin de définir cette notion et de fournir des pistes intéressantes pour déterminer les indices de la direction de l'activité vers l'Etat du domicile du consommateur, mais elle a laissé une marge aux juges des Etats membres pour définir d'autres indices selon les circonstances, en tenant compte de ceux clairement écartés par la Cour de justice.

Section II - Le rattachement normatif dans l'espace extra-européen

Si le cadre juridique européen est relativement cohérent et les efforts sont constants pour l'unification de ses règles, de nombreuses difficultés peuvent être soulevées si un ressortissant, cyberprofessionnel ou cyberconsommateur, de l'Union européenne se décide à avoir une ouverture sur le monde entier, souvent, en raison de belles affaires qu'il peut réaliser *via* Internet. Dans ce cas, il saura

difficilement à quelles exigences législatives il devra faire face et quelles règles de droit lui seront applicables. Ainsi, le recours des cyberconsommateurs et des cyberprofessionnels à Internet pour réaliser des achats ou des ventes hors l'Union européenne, crée un cadre international du commerce électronique et du contrat électronique. Ce contrat électronique international n'est pas gouverné par des règles spécifiques. Ce sont les règles classiques de droit international privé sur les conflits de lois qui régissent la matière.

En dehors de l'Union européenne, le défi lancé donc consiste à déterminer la loi applicable à une relation internationale privée qui s'est crée *via* Internet. Généralement, c'est en l'absence d'un accord entre les parties quant à la loi applicable que plusieurs questions juridiques surgissent : comment rattacher objectivement à la loi d'un Etat une relation internationale privée qui est née sur Internet ? Les règles traditionnelles applicables aujourd'hui sont-elles suffisantes pour le monde numérique ? Doivent-elles être adaptées, ou complétées ? A défaut de choix par les parties, s'il revient au juge de désigner la loi objectivement applicable au contrat, il est encore nécessaire de préciser en vertu de quelle règle de rattachement un tel devoir pourra être accompli.

La solution la plus simple à imaginer serait que le corpus juridique applicable soit aussi universel que le réseau Internet, afin de résorber le conflit de lois[1372]. Des règles matérielles universelles pourraient être élaborées par voie de traités, de conventions ou pourraient surgir à travers une *lex electronica*. Pour le premier cas, le processus d'universalisation propre au contrat électronique est très lent, c'est l'exemple de la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005, et pour le second cas, on ne trouve guère aujourd'hui de partisans de l'application au contrat électronique international d'une loi du cyberespace ou *lex electronica*[1373].

Mais le contrat électronique international n'est pas doté de spécificités particulières qui lui permettent d'échapper aux systèmes de conflits de lois des ordres juridiques nationaux ou européens, ou mêmes aux règles matérielles

[1372] V. en ce sens M.-E. ANCEL, « *La compétence législative à la croisée de deux logiques* », *in* « *Internet et le droit international* », Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014, p. 181-182.
[1373] J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », Comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2005, étude 17.

internationales[1374]. Comme l'observe Monsieur Draetta « *il n'y a pas de raison apparente pour ne pas appliquer à Internet et au commerce électronique les règles de droit international privé et processuel, internes et conventionnelles, chaque fois que cette application ne présente pas de problèmes particulières en raison de la nature technique du moyen utilisé* »[1375].

Ces règles de droit international privé dépendent d'un système de règlement de conflits de lois, lequel a, selon certains auteurs, pour fonction « *de déterminer, du point de vue de l'organe saisi, la règle de décision applicable à une question de droit issue de faits liés à plusieurs pays* »[1376]. Ces liens, dont la teneur n'est l'objet d'aucune définition précise, sont selon les mêmes auteurs, « *constitutifs de l'internationalité de [la] situation, laquelle fonde la vocation potentielle de plusieurs lois étatiques à la régir. Le risque est alors de voir celle-ci assujetties à des régimes juridiques incompatibles, variables en fonction de l'organe saisi et susceptibles d'engendrer des conséquences néfastes pour les individus impliqués* »[1377]. C'est ce risque qui est constitutif du conflit de lois simultanément aptes à s'appliquer.

Dans le cadre de ce dilemme, quelques réponses au règlement de conflits de lois sont apportées par des règles matérielles propres aux apports internationaux, d'origine conventionnelle et exprimant des volontés étatiques communes d'harmonisation. On s'interroge donc sur leur applicabilité au contrat électronique international. En tout état de cause, il appartient au for saisi, en présence d'une situation partagée entre plusieurs lois et exposant des prévisions diverses de la part des justiciables, de choisir le droit applicable de façon à satisfaire au mieux aux exigences de la sécurité juridique indispensable au bon déroulement des rapports internationaux et au respect de l'autorité des lois nationales (Sous-section I).

Cette autorité fait naître, éventuellement, une interférence des règles de lois de police, lesquelles marquent la limite à l'autonomie de contrat électronique et à l'application de la loi désignée. Celle-ci a un domaine bien précis relevant de la

---

[1374] V. O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », LGDJ 2002, p. 11, n° 18 s.
[1375] U. DRAETTA, « *Internet et commerce électronique en droit international des affaires* », traduit de l'italien par P. LEVI et C. MOCQUART, collection feduci, Ed. Bruylant 2003, p. 196.
[1376] D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé* », T. I (Partie générale), 1ère Ed. Presses Universitaires de France, 1ère Ed. 2007, p. 315.
[1377] D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé* », *Ibid*, p. 305.

formation du contrat électronique international, de ses effets et de son extinction (Sous-section II).

Sous-section I - Le droit applicable au contrat électronique international

Chaque Etat dispose ses propres règles de conflits de lois, ce qui rend incertaine la désignation de la loi applicable. Les droits nationaux ont cependant dégagé des règles convergentes qui sont consacrées par de nombreuses normes internationales ou européennes qui ont vocation à unifier les règles de conflits de lois pour les matières qui les régissent, parmi lesquelles le Règlement européen Rome I et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui posent des règles communes à tous les Etats membres de l'Union européenne, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et la Convention de La Haye relative aux contrats d'intermédiaire et de représentation.

Dans la mesure où ces conventions internationales de droit des contrats ne s'attachent pas souvent à des rattachements inappropriés aux particularités du contrat électronique, ni au mode de formation du contrat ou aux modalités d'exécution, elles sont un certain nombre à avoir vocation à s'appliquer aux contrats électroniques internationaux.

Mais en l'absence d'un tel droit uniforme, l'organe saisi se trouve en face d'un problème du choix entre diverses lois nationales qui présentent chacune d'emblée un titre à régir la situation de fait[1378]. L'objet du droit des conflits de lois est ainsi d'établir les critères aptes à assurer cette détermination du droit applicable au contrat électronique international au moyen de règles de conflit étatiques (II), parfois unifiées à leur tour par des méthodes issues des instruments internationaux (I).

[1378] D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé* », *op.cit.*, p. 306.

En effet, l'étude des règles de détermination de la loi applicable au contrat électronique international est une occasion de faire apparaître l'évolution récente du droit international privé, tout particulièrement, en matière contractuelle.

I - Les méthodes de détermination de la loi applicable au contrat électronique international d'origine conventionnelles

Avec une tendance permanente à l'unification du droit régissant les opérations du commerce international, il y a également un effort constant d'harmonisation des règles de conflit de lois tendant de dégager la loi applicable auxdites opérations[1379].

Dès lors que l'environnement juridique des contrats internationaux s'attache à un certain nombre de conventions internationales dont l'objectif est d'arrêter une loi uniforme pour les matières qui entrent dans leur champ d'application, il est utile à travers l'observation des règles retenues de Conventions régissant des matières internationales, d'avoir une vision des principales solutions que les principaux droits nationaux adoptent pour résoudre le problème de la loi applicable (A). Ces solutions conventionnelles de la loi applicable au contrat électronique international peuvent surgir à leur tour des conflits (B).

A - Les solutions conventionnelles de portée universelle

La recherche de solutions communes de la *lex contractus* a tout d'abord conduit à l'adoption de textes, d'origine conventionnels, propres à certains contrats. Ces conventions ont une portée universelle et tendent à l'unification des matières précises impliquant de trouver des approches reconnues internationalement aux questions relatives au droit applicable.

En tout premier lieu, il convient d'accorder une attention particulière aux efforts européens, vivement salués, pour l'unification des règles applicables aux obligations contractuelles. Ces efforts ont donné naissance à la Convention de Rome de 1980 et puis au Règlement Rome I qui est venu pour la remplacer. Ces deux instruments dont l'objectif est d'uniformiser les règles de conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, remplacent, en effet, le droit commun des Etats membres, ce qui enlève toute nécessité de prévoir des règles de conflit pour les

[1379] J. DELACOLLETTE, « *Les contrats de commerce internationaux* », 3ème Ed. De Boeck & Larcier 1996, p. 137.

relations contractuelles avec les Etats tiers. Le champ d'application de la Convention et du Règlement est identique, ils s'appliquent « *dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale* »[1380]. Le Règlement Rome I a apporté une précision à son champ d'application couvrant les matières civiles et commerciales, ce que nous ne trouvons pas dans la Convention de Rome.

L'objectif de la Convention de Rome de 1980 était de pallier la diversité des règles de conflits des Etats membres en raison du caractère sectoriel des règles de conflits de lois existantes touchant essentiellement à la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, entrée en vigueur le 1er septembre 1964, à la Convention de La Haye du 14 mai 1978 sur les contrats d'intermédiaire et de représentation, en plus de constater le maigre unification des droits matériels[1381]. Mais nous verrons que ces deux dernières Conventions, du fait de leur caractère spécifique, gardent leur périmètre intact.

Le succès de cette Convention a fini par adopter le Règlement Rome I, en vigueur depuis le 17 décembre 2009. Ce dernier, pleinement installé dans la configuration de l'Union européenne, prévoit au même titre que la Convention de Rome, un champ d'application universel. Son article 2 dispose que « *la loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre* » ; autrement dit, elle s'applique quelle que soit la loi applicable au contrat et même si cette loi n'est pas celle d'un Etat contractant. Le Règlement constitue, ainsi, « *un mécanisme qui se substitue au droit international privé des contrats des Etats contractants : toute juridiction d'un Etat contractant doit l'appliquer même si la loi du contrat n'est pas celle d'un Etat contractant* »[1382]. Mais il semble plus conforme aux principes généraux du droit international de penser que le caractère universel s'impose aux juges de l'Union européenne et à eux seuls, quelle que soit la raison pour laquelle ils ont été saisis de l'affaire.

[1380] Art. 1 du Règlement Rome I ; Art. 1, parag. 1 de la Convention de Rome.
[1381] J. BEGUIN, M. MENJUCQ (Dir.), « *Droit du commerce international* », Coll. « Traités », 2ème Ed., Paris-Lexis Nexis 2011, p. 389.
[1382] *Ibid*, p. 390.

Ce choix du règlement comme instrument juridique, en remplacement d'un instrument conventionnel, est révélateur de la volonté d'unifier les règles de conflit dans chaque Etat membre. Un tel choix évite, contrairement aux directives, des transpositions différenciées et, contrairement à une convention internationale, d'attendre la fastidieuse procédure de signature et ratification. Il garantie, en conséquence, l'uniformisation des règles dans tous les Etats membres et la compétence de la Cour de justice pour une interprétation uniforme des règles[1383].

Le rattachement de la Convention de Rome s'articule sur des règles souples et présomptives, alors que le Règlement Rome I repose sur un rattachement rigide et spécifique. La Convention de Rome a ménagé un traitement particulier aux contrats conclus par les consommateurs tout en élaborant un mode général de détermination de la loi objectivement applicable. Elle a consacré par son article 4 trois grandes séquences qui reposent d'abord sur le principe général de proximité du paragraphe 1 de l'article 4 selon lequel « *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ». Ce principe conduit à présumer que, dans le cas général, le lien le plus étroit est celui qui se trouve entre le contrat et le pays où « *la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale* ». La prestation caractéristique constitue donc le « *relais pour orienter vers la loi de la résidence ou de l'établissement de celui qui la doit* »[1384]. Le rattachement par le lieu d'exécution de la prestation caractéristique s'inscrit, selon certains auteurs[1385], dans « *un objectif de proximité géographique* », alors que le rattachement par l'implantation du prestataire caractéristique « *exprime sans doute possible une préoccupation de sécurité juridique* ».

[1383] La compétence pour interpréter la Convention de Rome de 1980 lui a longtemps échappé. Bien qu'elle lui ait été conférée par deux protocoles du 19 décembre 1988 relatifs à l'interprétation par la CJCE de la Convention de Rome, il a fallu attendre jusqu'au 1er août 2001, date de ratification par la Belgique des deux protocoles, pour que ceux-ci entrent en vigueur. Ce qui a permis, depuis cette date, d'interroger la Cour de justice en interprétation des dispositions de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. V. D. BUREAU, « *Interprétation par la CJCE de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : ... suite française* », Issu de Revue des contrats - 01/04/2005 - n° 2 – p. 449.

[1384] J.M. JACQUET, « *Contrats* », *in* Répertoire international, Dalloz, 1998, n° 135.

[1385] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.,* p. 188-189.

Le dernier paragraphe de l'article 4, de son côté, permet d'écarter les présomptions si « *la prestation caractéristique ne peut être déterminée* » ou s'« *il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* »[1386].

Le Règlement Rome I, pour sa part, impose un rattachement plus clair et simple à appréhender. Il énonce une série de rattachements spécifiques pour certains contrats, et pour ceux qui ne figurent pas dans la liste spécifique, s'en remet à la loi de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique. La loi objectivement applicable se présente d'une manière linéaire suivant les paragraphes de l'article 4 du Règlement Rome I.

Dans les rapports avec les consommateurs, la solution apportée par le Règlement Rome I qui consiste à soumettre le fournisseur ou le prestataire à la loi du pays de la résidence du consommateur constitue, en comparaison aux difficultés de transposition au contrat conclu par voie électronique de l'article 5, paragraphe 2, 1° de la Convention de Rome, une règle de conflit simple et prévisible[1387] qui vise à protéger le consommateur qui a souscrit un contrat auprès d'un site dirigeant son activité vers le territoire de sa résidence[1388]. L'application de cette règle sur les relations contractuelles tissées sur internet, par voie électronique, ne posera pas de difficulté, dans la mesure où le lieu de résidence du consommateur est facile à identifier, d'autant plus que c'est dans l'intérêt de ce dernier d'apporter la preuve du lieu de sa résidence physique pour bénéficier de la protection que lui accorde sa loi nationale.

La rupture semble donc apparente « *entre la Convention de Rome, ne parvenant pas à choisir entre proximité et prévisibilité, et le règlement Rome I, penchant en faveur de la seconde* »[1389].

Toutefois, les apports du Règlement Rome I s'appliquent à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, à l'exclusion du Danemark[1390], sans

---

[1386] Parag. 5 de l'art. 4 de la Convention de Rome.
[1387] C. CHABERT, « *Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne* », Comm. Com. Elec., février 2006, p. 34 s.
[1388] E. A. CAPRIOLI, « *Droit international de l'économie numérique, les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », *op.cit.,* p. 48.
[1389] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 189.

compter aujourd'hui le Royaume-Uni[1391]. Dans les relations entre le Danemark et les autres Etats membres, la Convention de Rome continuera donc à s'appliquer, par exception.

Le contrat international conclu par voie électronique ne trouve pas sa principale règle de conflit de loi uniquement dans la Convention de Rome et le Règlement Rome I. Il peut encore relever de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, à laquelle ne sont parties que six Etats membres de l'Union européenne[1392], ou de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, ratifiée par un petit nombre de pays[1393].

Ces conventions spéciales relatives à la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et à la loi applicable aux contrats d'intermédiaires eurent relativement peu de succès[1394], en raison du nombre non important d'Etat contractants et « *du mouvement de communautarisation du droit international privé* »[1395].

Pour la Convention de La Haye relative aux contrats d'intermédiaire et de représentation, elle peut trouver sa place sur le réseau Internet dans le cas où un opérateur sollicitera par voie électronique un intermédiaire pour le représenter

---

[1390] V. considér. 46 du Règlement Rome I qui précise que « *conformément aux articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, le Danemark ne participe pas à l'adoption du présent règlement et n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application* ». En outre, le premier parag. De l'art. 24 du Règlement dispose que « *Le présent règlement remplace, entre les États membres, la convention de Rome, sauf en ce qui concerne les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité* ».

[1391] Après le vote favorable le 23 juin 2016 pour sa sortie de l'Union européenne (le fameux Brexit), la première ministre britannique Theresa May a lancé, le 29 mars 2017, le processus de sortie de l'Union européenne, avec deux ans de négociations pour couper les amarres d'ici au printemps 2019.

[1392] La Convention est ratifiée par seulement huit Etats signataires : le Danemark, la Finlande, l'Italie, la France, la Norvège, la Suède, la Suisse et le Niger. Elle est en vigueur en France depuis le 1er septembre 1964. En raison de son obsolescence, elle fut l'objet à La Haye d'une révision générale du 14 au 30 octobre 1985. Cependant, celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur.

[1393] Les Etats contractants à cette Convention sont au nombre de quatre : Argentine, France, Pays-bas et Portugal. La Convention est entrée en vigueur pour la France le 1er mai 1992 (JO 8 mai, p. 6307).

[1394] Hélène Gaudemet-Tallo, « *Fasc. 552-11 : Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales* », 1er Juillet 2016 (mise à jour : 1er Juillet 2016), JurisClasseur Droit international ; O. CACHARD, préf. Ph. FOUCHARD, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., p. 148.

[1395] O. CACHARD, préf. Ph. FOUCHARD, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., p. 148.

auprès des tiers dans les opérations sur les réseaux. Aussi bien dans les relations entre le représenté et l'intermédiaire que les relations entre le représenté avec les tiers, la règle de conflit énonce des rattachements alternatifs[1396]. Au premier rang de ces rattachements, se trouve le lieu de l'établissement de l'intermédiaire au moment où il a agi[1397]. Son application donc pour les relations qui se tissent sur le réseau Internet, est possible.

Concernant la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels, on peut retenir déjà, de son nom, qu'il touche uniquement aux objets mobiliers corporels, ce qui constitue une restriction qui fragilise son incidence pratique. En effet, la vente sur le réseau Internet ne se limite pas uniquement aux objets matériels (commande portant sur des produits cosmétiques par exemple), il y a bien le commerce des produits immatériels comme la vente des livres numériques, le téléchargement des logiciels, de jeux vidéo, etc[1398]. Par ailleurs, les dispositions de la Convention porte uniquement sur les relations entre professionnels, les Etats contractants ne l'appliquent pas au contrat de consommation[1399]. Toutefois, M. Audit estime que les ventes aux

---

[1396] O. CACHARD, préf. Ph. FOUCHARD, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*, p. 148.

[1397] L'article 6 de la Conv. précise que « *dans la mesure où elle n'a pas été choisie dans les conditions prévues à l'article 5, la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle. Toutefois, la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité est applicable, si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat. Lorsque le représenté ou l'intermédiaire a plusieurs établissements professionnels, le présent article se réfère à l'établissement auquel le rapport de représentation se rattache le plus étroitement* ».

[1398] V. dans le même sens, O. CACHARD, préf. Ph. FOUCHARD, « *La régulation internationale du marché électronique* », *Ibid*. L'auteur considère, à juste titre, que « *les principaux flux du commerce électronique concernant a priori des biens immatériels et non des biens corporels. Elle ne trouvera donc à s'appliquer que pour les contrats de ventes d'objets corporels conclus par électronique* ». Cet avis a été critiqué par M. Ghazouani qui souligne que « *les flux de commerce électronique concernent aussi bien la vente d'objets matériels que le téléchargement de logiciels par exemple. La relation contractuelle se forme de manière immatérielle mais les produits délivrés au domicile de l'acheteur sont bien matériels. Il est par conséquent réducteur de penser que le commerce électronique est réservé aux prestations de services et au téléchargement de produits immatériels* », C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », *op.cit*., p. 300. En effet, ces critiques formulées à propos de ce sujet s'avèrent vaines, puisque M. Cachard a bien signalé le caractère immatériel des biens au même titre que le caractère matériel.
Par contre, l'avis de M. Passa ne conforte pas la réalité des transactions électroniques. Cet auteur estime que la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels et la Convention de Vienne de 1980 ne sont pas applicables au contrat électronique « *au motif, notamment, que le contrat électronique litigieux ne constitue pas la vente d'un meuble corporel mais s'exécute en ligne ou a plus généralement pour objet une prestation de service* ». J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », *op.cit*.

[1399] O. CACHARD, préf. Ph. FOUCHARD, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*, p. 148.

consommateurs entrent dans le champ d'application de la convention de La Haye, même s'elles ne font l'objet d'aucune disposition[1400]. Enfin, la convention ne s'applique pas à la forme du contrat[1401].

Malgré son caractère restrictif, la Convention de 1955 porte loi uniforme de droit international privé[1402]. Ceci résulte de son article 7 qui impose aux Etats contractants de l'introduire dans leur droit national, c'est dire également donc, qu'elle s'applique sans condition de réciprocité[1403]. La Convention de la Haye est également dotée d'une vocation universelle puisqu'il suffit, pour qu'elle soit applicable, que le tribunal saisi soit celui d'un Etat contractant.

Pour ses règles de rattachement objectif, la Convention précise à l'article 3 que la loi applicable au contrat est, en principe, celle de l'Etat sur le territoire duquel le vendeur est établi, au moment où il reçoit la commande. Subsidiairement, la loi du lieu d'un établissement secondaire du vendeur est applicable si la commande y a été reçue[1404]. La loi applicable peut également être celle de l'Etat sur le territoire duquel est établi l'acheteur « *si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur* »[1405].

Cette convention a le mérite donc de présenter un critère de rattachement unique et révélateur des liens les plus étroits, lequel peut être comparé aux critères adoptés par la convention de Rome de 1980 sur l'application de la loi du débiteur de la prestation caractéristique du contrat[1406].

Il en découle, en principe, que les règles de rattachement des deux Conventions de La Haye de 1955 et de Rome de 1980, ainsi que du Règlement Rome I, conduisent au même résultat, celui de la loi du pays du vendeur ou du prestataire qui s'applique au contrat, qu'elle s'impose par le rattachement objectif ou la localisation dans le pays de la résidence habituelle du vendeur ou du

---

[1400] B. AUDIT, « *Vente* », *op.cit*.
[1401] Art. 5, 2) de la convention.
[1402] B. AUDIT, « *Vente* », *op.cit*.
[1403] Son application peut, par contre, écartée par un accord procédural entre les parties. Pour ce point, V. Cass. Civ. 6 mai 1997, n° 95-15. 309, V. B. FAUVARQUE-COSSON, « *Un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente* », Revue critique de droit international privé 1997, p. 514.
[1404] Ce critère se rapportant au lieu de réception de la commande semble d'application difficile en présence d'une commande reçu via le réseau Internet.
[1405] Parag. 2 de l'article 3 de la Convention.
[1406] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », *op.cit*., p. 299.

prestataire. Par une voie de transposition au contrat électronique, M. A. Caprioli estime que l'application des règles de conflit de la Convention de La Haye du 14 juin 1955 au contrat de vente électronique, pour les relations entre professionnels, « *ne pose pas véritablement de difficulté d'application dés lors que la loi du pays du vendeur est applicable »*[1407]. L'auteur ajoute qu' *« on peut a fortiori considérer que la règle de conflit établie par la convention de Rome, désignant la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique comme applicable puisque dans l'économie numérique, la résidence ou l'établissement du vendeur, ainsi que l'établissement du prestataire de services sera facilement identifiable. D'autant qu'il est légitime de penser que les informations relatives au siège social et à la raison sociale du contractant doivent figurer sur le site du fournisseur de service de l'internet dans les Etats membres de l'Union européenne* »[1408].

Monsieur David MARTEL partage la même vision sur l'applicabilité des rattachements traditionnels de la Convention de 1955 et de Règlement Rome I au contrat électronique. L'auteur affirme que « *le règlement Rome I paraît fort bien adapté en ce qu'il soumet le contrat à la loi du lieu de résidence du vendeur, s'agissant d'une vente, du prestataire de services, s'agissant d'une prestation de services, etc. De la même manière, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 apparaît encore fort bien adaptée parce qu'elle choisit d'appliquer selon le cas la loi du lieu de résidence du vendeur ou celui de l'acheteur. Ce type de rattachement, qui se fonde sur la localisation des personnes plutôt que sur la prestation contractuelle, est tout à fait adapté aux contrats électroniques* »[1409].

Dans le cadre de la politique d'unification des règles de conflits de lois au niveau international, il convient de faire ici une mention spéciale à la Convention de Vienne des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises signée à Vienne le 11 avril 1980, en vigueur depuis le 1er janvier 1988. Cette Convention a été ratifiée par de nombreux Etats[1410], dont la France, où elle est entrée en vigueur le 1er janvier 1988.

[1407] E. A. CAPRIOLI, « *Droit international de l'économie numérique, les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », 2ème Ed. LexisNexis 2007, p. 42-43.
[1408] E. A. CAPRIOLI, *Ibid*, p. 43.
[1409] D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », *op.cit.*
[1410] Le nombre d'Etats parties à la Convention de Vienne, à ce jour, est quatre vingt cinq. V. le site officiel de la CNUDCI à l'adresse : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

Elle a un certain succès auprès des arbitres internationaux[1411] et constitue une source d'inspiration du droit international, puisqu'elle a servi de modèle aux principes Unidroit sur le commerce international et aux principes européens de droit des contrats[1412].

Par ailleurs, les contractants peuvent soumettre leur contrat à la Convention de Vienne, par une clause d'*opting in*[1413], bien qu'elle n'avait pas vocation à s'appliquer. Ce choix volontaire, qui n'est, d'ailleurs, pas prévu par la Convention, s'apprécie au regard des règles de droit international privé du for[1414]. Toutefois, le choix d'une Convention internationale comme loi du contrat, au lieu d'une loi étatique, n'est pas autorisé par la plupart des règles de conflits d'origine internationale. C'est la solution adoptée aussi bien par la Convention de Rome de 1980, le Règlement Rome I du 17 juin 2008 et par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels. Or, la Convention est subordonnée, dans certains cas, à un mécanisme de droit international privé[1415] qui fait que si le droit national désigné est celui d'un Etat contractant, la Convention devrait s'appliquer[1416], sauf dans le cas d'une exclusion expresse ou tacite des parties[1417].

A ce titre, en France, par exemple, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 est applicable en matière de vente et elle définit les règles de conflit de lois. Ces

---

[1411] J.-P. BERAUDO, « *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage* », Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, mai 1994, p. 61.

[1412] E. LAMAZEROLLES, « *Convention de Vienne du 11 avril 1980. – Vente internationale de marchandises* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 1er Juillet 2010 (mise à jour : 2 Août 2012), Fasc. 405.

[1413] Les clauses d'*opting in* ou clauses facultatives désignent « *celles auxquelles les parties n'adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l'adhésion au traité dans son ensemble* ». Annuaire de la commission du droit international 2000 : rapport de la commission à l'assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième. Ed. United Nations Pubns, 2007, p. 124

[1414] E. LAMAZEROLLES, « *Convention de Vienne du 11 avril 1980. – Vente internationale de marchandises* », *op.cit*.

[1415] V. H. GAUDEMET-TALLON, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Droit international, 1er Juillet 2016 (mise à jour : 1er Juillet 2016), Fasc. 552-11.

[1416] L'article premier de la Convention de Vienne dispose que « *la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents : […] b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant* ».

[1417] L'article 6 de la Convention de Vienne précise que « *les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets* ». V. également C. WITZ, « *L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties* », D. 1990, chron. p. 107.

règles, en simplifiant, désignent la résidence habituelle du vendeur. Il en résulte que si la loi du vendeur est celle d'un Etat contractant dans la Convention de Vienne, c'est celle-ci qui s'applique. L'application universelle de la Convention de La Haye peut se voir limiter par des règles d'une Convention de droit matériel qui détermine le champ d'application dans l'espace de ses dispositions.

Cependant, le texte de la Convention de Vienne n'introduit dans les ordres juridiques des Etats contractants que les dispositions particulières relatives aux ventes internationales de marchandises, qui constituent le seul contrat faisant l'objet d'une certaine unification du droit substantiel. Par ailleurs, la Convention ne règle pas les ventes aux consommateurs, elle ne s'applique pas aux ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, sauf si le vendeur, lors de la conclusion du contrat, n'a pas su et n'a pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage[1418]. Pour les autres contrats internationaux, les règles unifiées de conflit de lois gardent leurs intérêts[1419]. La Convention ne concerne ni la validité du contrat, ni les effets que celui-ci peut avoir sur la propriété des marchandises vendues[1420], c'est donc les droits nationaux, dans leur diversité, qui continuent à s'appliquer[1421].

L'application de la Convention de Vienne a, cependant, soulevé des difficultés. La Convention adopte un critère personnel reposant sur l'établissement des parties, car elle s'applique aux « *contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents* »[1422]. La localisation de l'établissement des parties doit donc être clairement identifiée. En outre, L'article 1, paragraphe 2 de la Convention précise qu' « *il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat ni des transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elle à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat* », c'est-à-dire que l'aspect international doit ressortir du

[1418] Art. 2 de la Conv. de Vienne.
[1419] H. GAUDEMET-TALLON, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales* », *op.cit*.
[1420] Art. 4 de l Conv. de Vienne.
[1421] H. GAUDEMET-TALLON, « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales* », *op.cit*.
[1422] Article 1, parag. 1 de la Conv. de Vienne.

contrat selon des critères objectifs, des transactions ou des informations données par les parties[1423].

La notion d'établissement dans le monde virtuel suscite, en effet, de difficultés lorsque l'une des parties ignore le lieu d'établissement de son cocontractant. M. Cachard donne, dans ce cadre, un exemple relatif au site Web qui « *ne donne aucune indication explicite sur le lieu d'établissement de son cocontractant. Doit-on présumer que le contrat électronique de vente est un contrat international au sens de la Convention ou doit-on faire retour au droit interne ?* »[1424]. L'auteur ajoute que « *la solution qui consisterait à considérer l'extension nationale du nom de domaine du site du vendeur comme un indice de l'établissement doit être repoussée pour plusieurs raisons. Où localisera-t-on l'établissement d'un opérateur qui dispose d'un nom de domaine générique n'ayant aucune connotation nationale ? A supposer que le commerçant soit enregistré sous une extension nationale permettant de le localiser, rien ne garantit la correspondance entre le lieu d'établissement et l'extension nationale de l'adresse électronique, car les politiques d'attribution des noms de domaine sont souvent indifférentes à la localisation réelle de l'opérateur* »[1425]. Cette analyse peut être approuvée car l'adresse Internet ne correspond pas toujours au pays réel de l'établissement du contractant. Si le suffixe « *.fr* », par exemple, peut nous renseigner sur le nom de domaine national de la France et encore, ce n'est pas toujours une déduction fiable, le suffixe générique « *.com* » ne peut pas ressortir comme tel une internationalité et une information sur l'établissement du contractant en ligne.

Tout en soutenant la difficulté inhérente à la localisation de l'établissement d'un opérateur, nous rappelons, à tout le moins, que les exigences en matière d'information précontractuelle dans plusieurs pays sont diversifiées et couvrent souvent l'adresse physique du professionnel, ce qui ne doit pas poser, en principe, de difficultés de localisation. Comme l'affirme, à juste titre, M. MARTEL « *sauf à ce qu'il y ait une véritable difficulté de localisation qui confine à la volonté frauduleuse,*

[1423] M. FALLON, J. MEEUSEN, « *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé* », Revue critique de droit international privé 2002, p. 435.
[1424] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., p. 149.
[1425] O. CACHARD, préf. Ph. FOUCHARD, *Ibid,* p. 149-150.

il sera aisé d'appliquer la règle de conflit. Les personnes ne deviennent pas virtuelles parce qu'elles évoluent dans un cyberespace ! »[1426]. Sans doute, les informations disponibles renseignent clairement sur l'établissement et « *"Devoir savoir" sur la base de données objectives semble dès lors suffisant* »[1427] pour permettre l'applicabilité de la Convention de Vienne aux contrats de ventes de marchandises conclus dans le contexte du commerce électronique.

Au titre, toujours, des conventions portant des règles matérielles uniformes, vient également la Convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Cette Convention a été élaborée par la CNUDCI et adoptée le 23 novembre 2005 par l'Assemblée générale, n'est signée actuellement que par très peu de pays[1428] et elle est entrée en vigueur le 1er mars 2013.

Elle s'applique à « *l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents* »[1429], c'est-à-dire, aux contrats internationaux « *entre parties situées dans deux Etats différents, sans qu'il soit nécessaire que ces deux Etats soient des Etats contractants à la Convention. Toutefois, celle-ci ne s'applique que lorsque la loi applicable aux opérations entre les parties est celle d'un Etat contractant, ce qui doit être déterminé par les règles de droit international privé de l'Etat du for en l'absence de choix valable des parties »*[1430]. Son applicabilité à une transaction commerciale internationale est donc déterminée par les conflits de l'Etat dont la juridiction est saisie du litige.

La diversité des Conventions et la ressemblance des matières qu'elles sont susceptibles de régir ou qui entrent dans leur champ d'application pour la détermination de la loi désignée par leurs règles de rattachement objectif sont susceptibles, dans certaines situations, de créer des conflits de Conventions internationales.

[1426] D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », *op.cit*.
[1427] M. FALLON, J. MEEUSEN, « *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé* », *op.cit*.
[1428] Les Etats parties à la Convention sont au nombre de sept : Congo, Fédération de Russie, Honduras, Monténégro, République dominicaine, Singapour et Sri Lanka.
[1429] Parag. 1 de l'art. 1 de la Convention.
[1430] V. Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

B - Le conflit des Conventions internationales

Une harmonie entre les Conventions internationales est loin d'être toujours garantie. De fait, comme l'a constaté M. Y. Lequette, « *ce n'est pas le vide mais le trop plein auquel il faut […] faire face* »[1431]. La multiplication des organisations internationales concurrentes qui s'occupent de l'unification du droit privé mène à une prolifération d'instruments multilatéraux qui s'ajoutent aux accords bilatéraux excessivement nombreux. L'ensemble de ces instruments constitue une des sources essentielles du droit international privé[1432].

L'essor des conventions internationales et les conflits de normes qui en résultent constituent donc une des difficultés majeures du droit international privé. Ce conflit de conventions internationales est susceptible de concerner toutes les conventions et non pas seulement les conventions relatives au conflit de lois.

Dans le cadre des conventions qui nous préoccupent, appelées à intervenir en matière contractuelle, tout particulièrement pour régler les conflits de lois susceptibles de surgir dans les rapports des parties à un contrat électronique international, la coexistence entre ces conventions est loin d'être pacifique.

Il y a, tout d'abord, la Convention de La Haye du 14 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels qui est susceptible d'entrer en conflit avec le Règlement Rome I et la Convention de Rome de 1980, ce qui est le cas, d'ailleurs, pour toutes les Conventions intéressant des contrats spéciaux[1433]. En effet, ni la Convention de Rome, ni le Règlement Rome I n'a fait le choix de supplanter les conventions existant sur une matière spéciale.

Appliquant le principe *generalia specialibus non derogant*, l'article 25 du Règlement Rome I[1434] dispose qu'il ne porte pas atteinte à l'application des « *conventions internationales auxquelles un ou plusieurs Etats membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles* ». Dans la mesure où le Règlement Rome I, la

---

[1431] Y. LEQUETTE, « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », Rec. cours La Haye, t. 246 (1994-II), p. 9, spéc. p. 229, cité par C. BRIERE, Préf. P. COURBE, « *Les conflits de conventions internationales en droit privé* », LGDJ 2001, p. 1.
[1432] C. BRIERE, « *Les conflits de conventions internationales en droit privé* », *Ibid*., p. 3
[1433] J. BEGUIN, M. MENJUCQ (dir.), « *Droit du commerce international* », Coll. « Traités », 2ème Ed., Paris-Lexis Nexis 2011, p. 391.
[1434] Art. 21 de la Convention de Rome.

convention de Rome et la Convention de la Haye ont une vocation concurrente à s'appliquer, la convention de la Haye de 1955 s'applique par priorité et détermine ainsi la loi applicable au contrat en raison de son objet spécifique[1435], sauf si les deux parties contractantes sont des Etats membres de l'Union européenne[1436].

Cette priorité accordée à la Convention de La Haye de 1955 n'est pas absolue, car on peut bien adopter une lecture en faveur de la primauté du Règlement Rome I dans le cas des règles protectrices des consommateurs prévues par son article 6, alors qu'aucune disposition particulière pour les consommateurs n'est adoptée par la Convention. Il convient donc de recourir au Règlement et d'appliquer ses règles protectrices à ces contrats en tant que *lex specialis* à l'exclusion de la Convention de La Haye[1437]. Cette interprétation est soutenue par la Conférence de La Haye même qui, aux termes d'une déclaration faite par les pays parties lors de la XIVe session, a énoncé que « *la Convention de La Haye du 15 juin 1955 ne met pas obstacle à l'application par les parties de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs* »[1438].

La Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation prévoit cependant qu'elle ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant et ou sera partie sur les matières régies par la présente convention[1439], risquant alors un conflit négatif, si ce n'était l'application du principe contraire du premier, *specialia generalibus derogant*, permettant de retrouver l'ordre logique du droit commun et du droit spécial, la Convention de La Haye de 1978[1440].

Les deux Conventions de La Haye demeurent donc applicables malgré l'unification des règles de conflit réalisées en Europe en matière d'obligations

---

[1435] V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, J.-M. BRUGUIERE, « *Le Droit de l'internet* », *op.cit.,* p. 45.
[1436] Conformément aux dispositions du Parag. 2, Art. 25 du Règlement Rome I « *le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement* ».
[1437] J.-M. JACQUET, « *V° Contrats* », *in* Répertoire international, Dalloz, n° 166.
[1438] Les actes et documents de la XIVe session de la Conférence de La Haye du 6 au 25 octobre 1980, t. II (ventes aux consommateurs), édités par le bureau permanent de la Conférence, La Haye, 1982, p. 180.
[1439] L'article 22 de la Convention de 1978 affirme que « *la Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention* ».
[1440] J. BEGUIN, M. MENJUCQ (Dir.), « *Droit du commerce international* », *op.cit*., p. 392.

contractuelles par la Convention de Rome de 1980 et par le Règlement Rome I, en raison de leur caractère spécial par rapport à ces textes.

Un autre conflit est susceptible d'apparaître à propos d'un contrat de commerce électronique d'objets mobiliers corporels entre la Convention de La Haye de 1955 et celle de Vienne de 1980, dans la mesure où les deux Conventions ont un domaine commun régissant les ventes internationales d'objets mobiliers corporels. A cet égard, en référence aux dispositions de la Convention de Vienne, deux articles, à savoir l'article 99, paragraphe 3 et l'article 90 sont susceptibles d'apporter une réponse à ce conflit.

L'article 99, paragraphe 3 de la Convention de Vienne précise que « *Tout Etat qui ratifiera, acceptera ou approuvera la présente Convention ou y adhérera et qui est partie à la Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels faite à La Haye le 1er juillet 1964 (Convention de La Haye de 1964 sur la formation) ou à la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels faite à La Haye le 1er juillet 1964 (Convention de La Haye de 1964 sur la vente), ou à ces deux conventions, dénoncera en même temps, selon le cas, la Convention de La Haye de 1964 sur la vente ou la Convention de La Haye sur la formation, ou ces deux conventions (…)* ». Certes, le texte n'exclut pas la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels, mais apporte de précision utile sur la primauté de la Convention de Vienne pour les matières qui traitent les contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels. Cette utilité issue, tout précisément, des dispositions de l'article 90 aux termes duquel « *la présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que les parties au contrat aient leur établissement dans des Etats parties à cet accord* ».

Deux situations peuvent être tirées de ce texte : l'exclusion de la Convention de La Haye et la primauté de la Convention de Vienne sera confirmée si l'une des parties au contrat électronique n'a pas son établissement dans l'un des Etats parties à la Convention de La Haye de 1955. Par contre, l'exclusion de celle-ci sera levée si les parties au contrat électronique ont leur établissement dans des Etats

ayant adhéré à la Convention de La Haye. Dans ce dernier cas, la Convention de Vienne cède la place aux règles de la Convention de La Haye.

Ainsi, en définitive, la Convention de La Haye de 1955 continuera à s'appliquer en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, tant au regard de la Convention de Rome et l'instrument européen Rome I, qu'au regard de la Convention de Vienne et c'est dans leurs dispositions mêmes que la Convention de La Haye paraît privilégier. Or, ce privilège est considéré paradoxale par M. Ammar qui estime que « *depuis déjà longtemps, la Convention de La Haye de 1955 paraît désuète ; que la révision dont elle a été l'objet en 1985 n'est pas encore entrée en vigueur et que, par ailleurs, elle a donné lieu, somme toute, à peu de contentieux* »[1441].

Toutefois, ces exclusions n'ont pas la même portée[1442]. En effet, l'exclusion de la Convention de Rome et le Règlement Rome I, en raison de leur objet consacré au règlement de conflits de lois à l'instar de la convention de La Haye de 1955, est définitive. La règle spéciale déroge donc à la règle générale selon le principe évoqué plus haut. Pour la Convention de Vienne, par contre, son objectif est d'édicter des règles matérielles, ce qui n'exclu pas l'application de celle-ci si les règles de conflit de la Convention de La Haye désigneraient la loi d'un Etat contractant à la Convention de Vienne, ce qui ressort, de toute manière, du premier paragraphe de l'article 1 de celle-ci « *la présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents : (…) b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant* ».

Cependant, le règlement de conflit de conventions ne vise pas à chercher de solutions appropriées aux domaines auxquels la loi désignée sera applicable. Dans l'espace virtuel, la vente de biens aux enchères *via* le réseau Internet peut constituer une parfaite illustration du faible apport du conflit de conventions sur la loi efficacement applicable[1443]. En effet, la vente de biens aux enchères est soumise,

---

[1441] V. Commentaire D. AMMAR, « *Conventions internationales. - Convention de La Haye 15 juin 1955. Vente internationale d'objets mobiliers corporels. Vendeur italien. Acheteur français. Livraison non conforme à la commande. Action en résolution. Recherche de la loi applicable* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 9, 27 Février 1992, 263.

[1442] V. en ce sens M. D. AMMAR, *Ibid.*

[1443] Tout en admettant que ce n'est pas, non plus, l'objectif des règles de conflits de lois manière générale.

conformément à l'article 4, paragraphe 1, sous g) du Règlement Rome I, à « *la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé* ». Or, cette disposition sera écartée au bénéfice de la Convention de La Haye du 15 juin 1955, pour les raisons évoquées ci-dessus, laquelle dans son article 3, alinéa 3, donne également compétence à la loi du pays « *dans lequel sont effectuées les enchères* ». Malgré l'application des règles issues de la Convention spéciale de La Haye, la solution ne résout pas la question de détermination de la loi applicable et peut être même la rendue plus délicate, comme on le constatera au cours de ces développements.

Le texte de la Convention de La Haye, au même titre que celui du Règlement Rome I, soumet la vente aux enchères à la loi du pays où celle-ci a lieu. La difficulté est donc de déterminer le lieu où la vente aux enchères, pratiquée sur Internet, est effectuée. La localisation d'une vente aux enchères sur Internet s'avère sans doute, une question difficile, voire même impossible à déterminer dans un réseau numérique comme Internet. Mme Gaudemet-Tallon considère que, dans ce cas, on peut « *hésiter entre le pays du lieu d'émission (où se trouve l'enchérisseur) et le pays de réception de l'enchère (où se trouve l'opérateur de vente). Dans un souci de sécurité juridique, la seconde solution paraît préférable* »[1444]. Mais, au delà de ces hypothèses, imaginant que c'est le Règlement Rome I qui s'applique à la vente aux enchères, pour le cas où il entre en conflit avec la convention de La Haye de 1955, est-ce qu'il n'y a pas quand même une porte à ouvrir pour rendre la loi désignée adéquatement applicable aux ventes aux enchères sur Internet ? L'article 4, paragraphe 1, sous g) du Règlement Rome I, impose la loi du pays où la vente aux enchères est effectuée *« si ce lieu peut être déterminé* ». Est ce que la difficulté de détermination du lieu des enchères ne justifie pas le recours à la règle du deuxième paragraphe du même article qui dispose que « *lorsque le contrat n'est pas couvert par le 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* » ? Il semble que le recours à la loi du pays de l'enchérisseur est la solution appropriée

[1444] H. 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* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Commercial, LexisNexis, 1er Juillet 2016, Fasc. 338.

au cas des enchères sur internet, sauf qu'elle ne sera pas appliquée, en raison de sa mise à l'écart par la Convention de La Haye.

D'autres questions peuvent être également soulevées en cas de vente aux enchères par l'intermédiaire d'une plateforme comme *eBay*. En admettant que la localisation est impossible sur une plateforme, est ce qu'on ne peut pas revenir, dans ce cas, aux règles de détermination de la loi applicable à la vente qui désignent celle du pays de la résidence habituelles du vendeur[1445] ?

En France, la société *eBay* est reconnue par un jugement du 25 mai 2010[1446] comme exerçant une activité de courtage aux enchères en ligne et non une activité de vente aux enchères, du fait que, d'une part, le bien est mis en vente par le vendeur et le contrat est conclu directement entre le vendeur et l'acheteur et d'autres part, il n'y a pas d'adjudication à la fin de la vente, car le vendeur reste libre de conclure la vente avec un acheteur autre que le mieux disant[1447].

Dans la mesure où l'article 5 de la loi française du 21 juillet 2011 de libéralisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques[1448], considère que « *les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique se caractérisant par l'absence d'adjudication au mieux-disant des enchérisseurs et d'intervention d'un tiers dans la description du bien et la conclusion de la vente ne constituent pas des ventes aux enchères publiques […]* », il semble, sans doute, que le critère de rattachement objectif applicable aux ventes aux

---

[1445] Conv. 1955, art. 3, al. 1 ; Règl. Rome I, art. 4, § 1, a.

[1446] TGI Paris, 5e ch., 1re sect., 25 mai 2010, *Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques c/ eBay Europe*.

[1447] Le tribunal a conclu que « *s'agissant de la qualification de l'activité d'eBay, le fait de vendre aux enchères publiques, au sens du chapitre premier du code de commerce (des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques) de son titre deuxième (des ventes aux enchères publiques) de son livre troisième (de certaines formes de ventes et des clauses d'exclusivité), suppose de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique, pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs. Or, le site eBay.fr, s'il propose de nombreux services aux vendeurs, qui constituent autant de contrats d'entreprise (notamment pour la mise an forme et la présentation de l'annonce, la possibilité de prévoir un prix de réserve), ne prévoit jamais que la société eBay représente le vendeur, c'est à dire reçoive mandat de sa part de vendre l'objet en son nom. Le vendeur conserve un rôle actif tout au long du processus de vente, qu'il peut d'ailleurs interrompre à tout moment. Le processus, qui s'étale sur une durée choisie, entre plusieurs options, par le vendeur, met en évidence un meilleur enchérisseur. Il n'y a toutefois pas d'adjudication, le vendeur restant libre de choisir un autre enchérisseur, moins disant, qui présenterait un meilleur profil et offrirait ainsi plus de garanties, avec lequel il va traiter de gré à gré. Il s'ensuit qu'aucune des deux conditions nécessaires pour une vente aux enchères n'est présente. II ressort des dispositions de l'article L 321 -3, alinéa 2 du code de commerce, que le système proposé par eBay s'apparente en réalité à des opérations de courtage en ligne* ». TGI Paris, 5e ch., 1re sect., 25 mai 2010, *Ibid*.

[1448] Modifie et complète l'article L. 321-3 du code de commerce (*JO n° 0167 du 21 juillet 2011, p. 12441*).

enchères sera exclu dans le cas d'*eBay*. En cas de litige portant sur un bien corporels acquis par l'intermédiaire de la plateforme d'*eBay*, c'est donc les règles de détermination de la loi applicable au contrat de vente qui s'applique. Dans ce cas, si la vente est conclue entre un professionnel et un consommateur, cela remet en cause l'application de la Convention de 1955 et le Règlement Rome I prévaudra sur celle-ci, en raison des règles protectrices du consommateur de l'article 6 du Règlement[1449], là encore si les conditions de cet article sont remplies.

La situation se complique davantage lorsqu'on assiste à des ventes aux enchères en ligne par un intermédiaire, ce qui est le cas de la société Encherexpert. Celle-ci a été condamnée par le tribunal de grande instance de Paris[1450], puis par arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Paris[1451] pour avoir organisé des ventes aux enchères en ligne sans l'agrément du conseil des ventes volontaires (CVV), comme l'impose la loi française du 10 juillet 2000.

La Cour d'appel pour qualifier l'activité de la société Encherexpert à celle de ventes aux enchère a conclu que « *la société Encherexpert, dont l'activité repose exclusivement sur la vente d'objets par l'intermédiaire du site eBay, prend totalement en charge l'opération de vente pour le compte du vendeur qui ne connaît qu'elle et qui n'a aucun doute sur le fait qu'il s'adresse à un site de vente aux enchères, détermine toutes les modalités de vente dont les conditions de l'adjudication qui est seulement sous-traitée à eBay mais dont elle conserve la maîtrise* ». L'acheteur ne connaît donc pas le vendeur puisque Encherexpert agit pour le compte de ce dernier vis-vis de l'acheteur. Dans ce cas d'espèce, il s'agit bien de ventes aux enchères en ligne réalisées par la société Encherexpert. En cas de vente d'objets mobiliers à caractère international à laquelle la Convention de 1955 sera applicable, la difficulté de localisation du lieu de conclusion du contrat surgit et les règles de détermination de la loi applicable aux ventes aux enchères, reposant sur le critère de localisation du lieu de conclusion du contrat, prévues par la Convention feront preuve de désuétude et d'inadaptation au contrat électronique.

[1449] H. 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* », *op.cit*.

[1450] TGI de Paris, 31ème ch., du 2 juillet 2008, *Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques c/ Encherexpert.* En ligne : www.legalis.net

[1451] CA de Paris, 9ème ch., sect. B, du 8 avril 2009, *Conseil des ventes volontaires c/ Encherexpert et autres*. En ligne : www.legalis.net

Un autre élément peut encore perturber les règles de détermination de la loi applicable et met en conflit les conventions internationales. En effet, dés lors que la société Encherexpert acquiert, selon la cour d'appel de Paris, la qualité de mandataire vu qu'elle « *agit pour le compte exclusif de ses vendeurs et a notamment pour mission de faire mettre en ligne et faire vendre les objets que ses clients possèdent via le site eBay* »[1452], la Convention de La Haye du 14 mars 1978 a aussi vocation à s'appliquer puisqu'elle désigne la loi applicable à tout ce qui concerne les rapports de représentation. Son premier article précise que « *la présente Convention détermine la loi applicable aux relations à caractère international se formant lorsqu'une personne, l'intermédiaire, a le pouvoir d'agir, agit ou prétend agir avec un tiers pour le compte d'une autre personne, le représenté* ». Les règles de rattachement de cette convention se réfèrent, comme évoqué plus haut, à l'établissement du professionnel ou, à défaut, à sa résidence habituelle, ce qui est concevable à déterminer dans le cadre de ventes aux enchères en ligne. De toute manière, la question n'est pas anodine puisqu'elle permet de décider quelle règle de conflit appliquer.

Quoi qu'il en soit, les conflits de Conventions ne constituent pas la seule matière qui préoccupe le droit international privé. La loi applicable au contrat électronique international est avant tout une affaire étatique et relève des règles de droit international privé de chaque Etat. Du fait de la diversité des droits nationaux, ce contrat peut générer des conflits de lois.

II - La loi désignée par les règles de conflits étatiques

En effet, il n'est guère nécessaire de longs développements pour conclure que le contrat électronique peut, par nature, comporter un élément d'extranéité[1453]. En présence d'un tel élément, le contrat devient international, ce qui pose nécessairement la question de la détermination de l'ordre juridique qui gouverne les relations contractuelles, car lorsqu'il est international, le contrat électronique présente par définition des liens de rattachement avec différents Etats[1454]. La

[1452] *Ibid*.
[1453] J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflit de lois et de juridictions* », *op.cit*.
[1454] G. LARDEUX, « *Système juridique applicable au contrat* », Fasc. 65, Document : JCl. Procédure civile - Fasc. 700-80 : Mesures d'instruction exécutées par un technicien (Extrait), *in* Encyclopédie JurisClasseur :

question de la détermination de la loi applicable se posera donc dans la plupart des contrats électroniques, car le propre du réseau internet est qu'il ne connaît pas de frontières. M. Vivant évoque clairement cette internationalité en affirmant que « *dès l'instant où réseaux et Internet ne connaissent pas de frontières, il faut envisager les contrats du commerce électronique dans une perspective internationale* »[1455]. C'est cette méconnaissance des frontières qui rend le contrat électronique rattachable à plusieurs systèmes juridiques. En droit américain, le *Uniform Commercial Code* apprécie le caractère international du contrat de la même façon, en considérant « *a transaction that bears a reasonable relation to a country other than the United States* »[1456].

La question pratique qui se pose, une fois que le contrat électronique est international, consiste à identifier l'ordre juridique qui doit régir ce contrat. En effet, en l'absence d'un véritable droit international et en présence d'un droit international privé propre à chaque Etat, la démarche classique consiste à se demander quel ordre juridique national s'appliquera au contrat électronique international ? En effet, le contrat étant conclu en ligne, une multitude de lois peut se déclarer applicable à une situation internationale donnée.

Un contrat international est donc régi par la loi que les parties ont choisie, et, à défaut de choix, par la loi que désignent les règles de conflits de lois. Toutefois, avec l'émergence d'un espace virtuel qui permet la conclusion des actes juridiques en quelque seconde partout dans le monde, et quelque soit le lieu des parties, ainsi que l'usage généralisé des nouvelles technologies peuvent-ils perturber les repères classiques de détermination de la loi applicable au contrat électronique international ?

On analysera donc les règles de détermination de la loi applicable au contrat électronique en droit français (A) ainsi que celles adoptées par le droit comparé, notamment leur conformité ou non au domaine du contrat électronique (B).

Contrats – Distribution, LexisNexis, 23 Août 2006, (mise à jour : 29 Septembre 2016).

[1455] M. VIVANT, « *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux internet* », Paris, Lamy 2005, p. 1450.

[1456] Le UCC, art. 1.301. Trad. « *une transaction qui a un rapport raisonnable avec un pays autre que les Etats-Unis* ».

A - Le trouble de méthodes de détermination de la loi applicable au contrat électronique international en droit français

Pour la détermination de la loi applicable à un contrat électronique international, ce sont généralement les règles de conflit du juge saisi qui prévalent, que l'on peut appeler système de qualification *lege fori.*

Le juge saisi doit donc pour déterminer la loi applicable, tenir compte d'un certain nombre d'indices qui peuvent être purement objectifs tels que le lieu de conclusion et d'exécution du contrat, le domicile et la nationalité des parties, ou bien subjectifs se rapportant à la langue du contrat ou au tribunal choisi par les parties[1457]. L'analyse de ces indices permet au juge d'identifier, selon la situation internationale qui se présente, l'ordre juridique avec lequel le contrat présente les rattachements les plus significatifs. La loi qui régit donc le contrat, est celle du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Dans l'ordre juridique français, les règles tirées du droit commun jurisprudentiel adoptent le critère de la détermination objective de la loi applicable qui est celui de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits[1458]. La prestation caractéristique du contrat contribue significativement à cette détermination, soit d'une manière directe à travers le lieu d'exécution du contrat, soit indirectement en fonction de la résidence de la partie qui la fournit[1459]. Ces règles se retrouvent formulées par la Convention de Rome, puis par le Règlement Rome I.

Cependant, en droit français, certains troubles des méthodes du droit international privé sont apparus avec la transposition par l'article 17 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique des dispositions de l'article 3 de la directive du 8 juin 2000 sur certains aspects du commerce électronique. En se limitant à la lettre de l'article 17 de la loi précitée qui dispose que « *l'activité définie à l'article 14*[1460] *est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens et services* », il y a lieu de relever une

[1457] S. CLAVEL, « *Droit international privé* », 4ème Ed. Dalloz 2016, p. 590.
[1458] B. AUDIT, « *Synthèse - Conflits de lois : théorie générale* », 9 Janvier 2017, Lexis 360.
[1459] *Ibid*.
[1460] A savoir l'activité du commerce électronique.

transposition maladroite de l'article 3 de la directive. Ce dernier indique au premier paragraphe que *« chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné »,* une disposition qui laisse entendre que l'objectif recherché est la réalisation du marché intérieur. Elle ne constitue donc pas un mécanisme de conflit de lois, mais une mesure destinée à contourner les éventuelles conséquences de l'application de la règle de conflit, dés lors que celles-ci entravent la réalisation du marché intérieur et la garantie des libertés européennes fondamentales[1461], ce qui ressort également de la lettre du considérant 23 de la directive qui souligne « *les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive* ».

Or, il convient d'admettre que les dispositions de la directive prêtent également à confusion. On relève, dans un premier temps, du considérant 22 de la directive une forme de règle de détermination de la loi applicable aux services de la société de l'information[1462] qui n'est autre que celle transposée par l'article 17 de la

---

[1461] V. dans le même sens, J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », *op.cit*. ; V. également l'étude de M. Olivier Cachard qui indique que « *le législateur a adopté une démarche très « communautaire », au point de refouler les méthodes et les raisonnements de droit international privé* » et ajoute que la formule de l'article 17 de la loi pour la confiance dans l'économie numèrique « *tente de mélanger l'eau et l'huile, le droit public et le droit privé, le droit des libertés communautaires et le droit international privé* ». O. CACHARD, « *LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable* », Comm. Com. Elec. n° 9, sep. 2004, étude 31.

[1462] Les articles de la directive commerce électronique ne définissent pas la notion de « *services de société de l'information* ». Par contre le considérant 18 présente quelques éléments d'interprétations en précisant que « *les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne. Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes. Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services. (…) L'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information. La relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information. Les activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, telles que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient, ne sont pas des services de la société de l'information* ».

LCEN puisque la dernière partie du considérant 22 revoie « *au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi »*, mais dans un second temps, le texte européen indique au considérant 23 que la directive « *n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de loi ni de traiter de la compétence des tribunaux* » et affirme au paragraphe 4 de l'article 1 de la directive que celle-ci « *n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ».

Est ce qu'on doit, dans ce cas, reprocher au législateur français une transposition maladroite du texte européen, ou reprocher au législateur européen un manque de clarté dans ses dispositions ?

En effet, une lecture attentive des dispositions de la directive, un peu équivoques, permet de saisir que la finalité recherchée est de garantir, comme le soutient M. Passa, que « *les Etats membres ne peuvent pas toujours appliquer de règles de droit international privé, soumettant l'opérateur à une législation autre que celle de l'État dans lequel il est établi, ou loi d'origine* »[1463] pour toutes les questions relevant du domaine coordonné, ce que ressort notamment du considérant 23 lorsqu'il souligne que « *les dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive* ».

En tout état de cause, la directive du 8 juin 2000 a suscité de nombreux commentaires autour du premier paragraphe de l'article 3. Sans revenir dans le détail sur ce débat[1464], il y a lieu de souligner l'apport de la Cour de justice à cette polémique. Par un arrêt du 25 octobre 2011[1465], celle-ci s'est prononcée sur les

---

[1463] V. J. PASSA qui ajoute, à juste titre, que « *le mécanisme correcteur du conflit de lois résultant de la clause de marché intérieur vaut pour toutes les questions relevant du domaine coordonné, qui recouvre celles sur lesquelles les législations nationales sont tenues pour équivalentes pour l'essentiel. Or, celui-ci est défini par la directive de façon extrêmement large* ». J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », *op.cit.*

[1464] V. M. FALLON, J. MEEUSEN, « *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé* », *op.cit.* ; J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », *Ibid.* ; M. WILDERSPIN, « *Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes* », Europe n° 6, Juin 2007, dossier 11, Lexis360 ; M. WILDERSPIN, X. LEWIS, « *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres* », Rev. crit. DIP 2002, p. 1 ; H. MUIR WATT, « *L'entrave à la prestation transfrontière de service : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres* », in *Droit et actualités- Etudes offertes à J. Bégu*in, LexisNexis, Paris 2005, p. 545.

[1465] CJUE (grande ch.), 25 octobre 2011, Aff. Jointes *eDate Advertising GmbH contre X* (C-509/09) et *Olivier Martinez et Robert Martinez contre MGN Limited* (C-161/10).

demandes de question préjudicielle formée respectivement par le *Bundesgerichtshof* en Allemagne et le tribunal de grande instance de Paris pour déterminer si les dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de la Directive commerce électronique ont le caractère de règles de conflit de lois ou si elles constituent un correctif au droit déclaré applicable selon les normes nationales de conflit de lois. La Cour a conclu, en partant de l'analyse des termes de la directive, et notamment de son paragraphe 4 de l'article 1, selon lequel celle-ci n'établit pas de règles additionnels de droit international privé relatives aux conflits de loi, ainsi que de l'objectif poursuivi par la directive de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en garantissant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres, que « *l'article 3 de la directive doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas une transposition sous forme de règle spécifique de conflit de lois* »[1466].

Nonobstant cette conclusion de la Cour de justice, la disposition de l'article 17, 1er alinéa de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique se présente comme une règle de conflit en matière contractuelle, transposant la clause de marché intérieur. Toutefois, ce texte lui-même comporte certaines lacunes relevant de son application. Outre qu'il ne permet pas de déterminer l'établissement du prestataire étranger dés lors que l'article 14 auquel il fait référence, ne fournit que les critères de détermination de l'établissement en France, il ne vise que les règles de conflits unilatérales qui se contentent de déterminer si la loi de l'un des Etats membres est compétente, sans fournir de solution au cas où celui qui exerce une activité de commerce électronique n'y serait pas établi, c'est à dire en cas d'un établissement situé dans un pays tiers en dehors de l'union européenne[1467].

Le problème d'application de l'article 17 de la LCEN comme une règle de conflit en matière contractuelle, ne s'arrête pas là. Son application doit être envisagée dans ses rapports avec le Règlement Rome I, destiné justement à résoudre les conflits de lois en matière contractuelle, lequel ne doit pas être

[1466] V. également le commentaire de G. GUIZIOU, « *Conflits de juridictions. Cyber-délits. Article 5-3° du règlement « Bruxelles I ». Conflits de lois. Directive « commerce électronique »* ». Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2012, 6. L'auteur reproche, toutefois, à la Cour son manque de position en faveur d'une qualification précise de la nature de l'article 3, en se demandant s'il s'agit « *d'une loi d'application immédiate, d'une exception de reconnaissance mutuelle (...) ou encore d'un principe correctif, comme le suggérait la question préjudicielle de la juridiction allemande ?* ».

[1467] D. BUREAU, « *À la pointe de la modernité ? Le contrat électronique international* », *op.cit*.

perturbé par la présence des dispositions d'une loi nationale. Certes, l'article 23 du Règlement Rome I affirme qu'il n'affecte pas l'application, dans des matières spéciales, des dispositions de droit européen qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles, et il est vrai que le contrat électronique constitue une matière spéciale, mais la Directive sur le commerce électronique, comme nous l'avons vu, ne dicte pas des règles de conflits de lois. Si le texte français, en transposant la directive, a crée une règle de conflit, il ne s'agit pas d'une transposition fidèle de son contenu, ni de ses finalités et il ne peut pas l'avoir fait en exécution de la directive[1468].

Par ailleurs, on sait bien fort qu'en présence d'une convention ou un traité international, qu'ils interviennent ou non dans le domaine du contrat électronique, il s'impose de tenir pour négligeable la loi interne et ce, depuis l'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975 où la Cour de cassation française a affirmé le principe de l'autorité supérieure d'une norme européenne comme le Règlement Rome I par rapport au droit interne[1469]. Il en résulte que l'article 17 de la loi précitée ne doit pas créer un trouble dans les méthodes de droit international privé, d'autant plus que, comme nous avons constaté plus haut, les règles du Règlement Rome I s'adaptent bien au contrat électronique.

On sait également que par l'intermédiaire des règles de conflits de lois, la Convention de Vienne peut se trouver applicable « *lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant* »[1470]. Une illustration de cette disposition apparaît clairement dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2001[1471]. Dans le cas d'espèce, la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, qui désigne la loi du pays où l'acheteur a sa résidence

---

[1468] J. PASSA, « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », *op.cit*.

[1469] La Cour de cassation a souligné que « *le traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article susvisé de la constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a crée est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions; que, dés lors, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliqué en l'espèce, à l'exclusion de l'article 265 du code des douanes, bien que ce dernier texte fut postérieur; d'où il suit que le moyen est mal fondé* ». Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, Bull. des arrêts Cour de Cassation Cham. Mixte, N° 4, p. 6.

[1470] Art. 1, parag. 1 (b) de la Conv. de Vienne.

[1471] Cass., 1ère civ., 26 Juin 2001, n° 99-16.118, Bull. 2001, I, n° 189, p. 119, *Sté Muller École et Bureau c/ Sté Fédéral Tait*, JurisData n° 2001-010364.

habituelle, si le vendeur a reçu la commande dans ce pays, a donné compétence à la loi française entant que loi de l'acheteur[1472]. Comme la vente était internationale, étaient applicable, parmi les dispositions françaises, celles qui résultent de la Convention de Vienne plutôt que celles du Code civil français destinées à régir la vente interne[1473]. Le raisonnement de la Cour conforte les règles de détermination du champ d'application de la Convention de Vienne qu'impose celle-ci à ses Etats contractants, et elle a conclu que « *la Convention de Vienne instituant un droit uniforme sur les ventes internationales de marchandises (…) constitue le droit substantiel français de la vente internationale de marchandises ; qu'à ce titre cette convention s'impose au juge français qui doit en faire application* »[1474], sauf en cas d'exclusion par les parties.

Il est permis de penser, comme M. Martel, et comme il résulte de ces développements, que « *nous nous mettrions donc inutilement en peine de chercher dans la disposition nationale une quelconque règle de conflit* »[1475] en présence des règles relevant de l'Union européenne applicables aux contrats électroniques internationaux.

Toutefois, pour un contrat électronique conclu entre un ressortant français et un ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne, les règles de conflits de lois suscitent quelques débats sur leur applicabilité au contexte numérique.

B - La détermination de la loi applicable au contrat électronique international en droit comparé

Observons pour commencer que l'absence d'accord entre les parties, sur la loi applicable à leur relation contractuelle, fait naître la question de savoir quels sont les principes de solution qui peuvent s'imposer au juge étatique compétent.

La directive générale de solution des conflits de lois commande d'appliquer la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits, afin de ne pas

[1472] Art. 3, parag. 2 de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.
[1473] V. Commentaire de L. LEVENEUR, « *Il suffit de ne pas invoquer la Convention de Vienne devant le juge français pour que les règles classiques de la vente redeviennent applicables* », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2001, comm. 157.
[1474] Cass., 1ère civ., 26 Juin 2001, n° 99-16.118, *op.cit*.
[1475] D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », *op.cit*.

surprendre les parties dans leur attente. Pour certains auteurs « *le principe même de la règle de conflit veut en outre que soit singularisé un rattachement prédéterminé qui représente dans tous les cas l'élément le plus significatif* »[1476].

Le juge étatique sera guidé dans la quête de la loi applicable par les dispositions du droit international privé de l'Etat dont il relève, et plus précisément par les règles de conflit de lois ressortissant à cette branche du droit[1477]. Ces règles permettent de définir les critères aboutissant, aux yeux du droit considéré, de désigner la loi applicable. Selon M. Delacollette « *ces critères, s'identifiant à des "facteurs de rattachement", sont de natures diverses et varient selon les pays (nationalité des parties, leur domicile, le lieu de signature de la convention, l'endroit où s'exécute la prestation caractéristique du contrat, etc.)* »[1478]. Comme nous l'avons vu, en présence des conventions internationales régissant des matières contractuelles précises, ces critères de rattachement s'harmonisent de plus en plus.

C'est donc les règles de conflit du juge saisi qui prévalent sans ignorer, toutefois, le risque de renvoi qui peut laisser tourner les systèmes juridiques étatiques dans une roue qui ne s'arrête pas, lorsque le juge d'un pays tiers désigne, en application de ses propres règles, la compétence du droit d'un Etat membre de l'Union européenne et que le juge de cet Etat, saisi de la question au même moment, revoie au droit de l'Etat tiers. Cela fait appel à une pensée formulée par Meijers sur la question du renvoi et qui peut s'étendre au delà, aux problèmes du conflit de qualifications. L'auteur estime que le domaine d'application d'un système national doit être limité et le système national doit s'écarter lorsque les actes et faits juridiques ne présentent aucun lien avec ce système ou seulement un lien faible qui rend le système national privé de tout motif sérieux pour se considérer concerné[1479]. Meijers estime que « *quand, au moment où un fait ou acte juridique survient, les règles de conflit de tous les pays qui, pratiquement, ont un titre pour être pris en considération, déclarent applicable une même loi, cette loi devrait être appliquée par un juge d'un autre pays, quel qu'il soit, qui, par le hasard de*

[1476] B. AUDIT, L. D'AVOUT, « *Droit international privé* », 7ème Ed. Economica 2013, p. 218.
[1477] J. DELACOLLETTE, « *Les contrats de commerce internationaux* », 3ème Ed. De Boeck & Larcier 1996, p. 135.
[1478] *Ibid*.
[1479] V. A. (Teun) V. M. Struycken, « *Locus Regit Actum, un nouvel avatar hollondais* », Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE, « *Le droit international privé : esprit et méthodes* », Dalloz 2005, p. 769.

circonstances ultérieurs, doit déterminer les effets d'un tel fait ou acte juridique »[1480]. Quoi qu'il en soit, cette question du renvoi est avant tout un des domaines que les méthodes classiques de conflits de lois, destinées à désigner la loi nationale applicable à la situation internationale, sont appelées à résoudre. Elle ne constitue pas une particularité du contrat électronique international, mais plutôt un domaine dont les solutions peuvent être transposées au contexte contractuel numérique.

C'est ainsi, qu'en droit international privé, et en l'absence d'un accord des parties, plusieurs méthodes de détermination de la loi applicable sont concevables[1481]. Il peut s'agir de songer à formuler une règle flexible accordant au juge un pouvoir étendu d'interprétation, comme il peut y avoir de règles de conflit de lois rigides apportant une règle de rattachement fixe.

La démarche même de Meijers permet, en quelque sorte, de nous approcher du principe de proximité qui est pleinement présent dans la recherche des liens les plus étroits. Ce critère est largement adopté par les systèmes juridiques de *common law*.

Dans le système juridique américain, le *Restatement of the law Second, Conflict of Laws*[1482], et qui constitue « *la contribution la plus importante à l'évolution*

[1480] E.M. MEIJERS, « *Het uraagstuk der herverwijzing* », WPNR 3555-3558 (1938), traduction au Bulletin de l'Institut juridique international, avril 1938, p. 191-238, (la question du renvoi), chapitre III et XI. Cité par : A. (Teun) V. M. STRUYCKEN, « *Locus Regit Actum, un nouvel avatar hollondais* », *op.cit*., p. 769.

[1481] E. CASHIN-RITAINE, « *L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen : exemple choisis d'une influence interactive* », Ed. N. Dongois, M. Killias, « *L'américanisation des droits suisse et continentaux* », Schulthess 2006, p. 283.

[1482] Le *Restatement of the law Second, Conflict of Laws (1969 main Vol.),* publié par l'*American Law Institute* en 1971. Le *Restatements Second of the Conflicts of laws* est une codification officieuse du droit international privé américain. Il est élaboré par différents groupes de juristes américains, travaillant dans le cadre de l'American Law Institute. Il contient des règles de type législatif ainsi que des notes sous forme de commentaires et de citations de jurisprudence. En comparaison au Restatement First, qui date de 1933, il consacre le passage à des règles moins rigides, et fait droit à la méthode de la *proper law*. Les *Restatements of the Law*, courantes aux Etats-Unis, n'ont pas d'effets contraignants pour le juge. Ils visent à présenter l'état du droit en vigueur au moment de leur adoption, sans imposer des nouvelles solutions. Toutefois, les solutions du conflit de lois sont reproduites dans le *Restatement of Laws of conflict of laws* et bien que les règles de conflit américaines proviennent de la jurisprudence des tribunaux des Etats, elles sont en grande partie très similaires pour les diffréents Etats, notamment en matière de contrats, ce qui permet d'avoir un point commun de référence pour tous les Etats fédéraux dans les solutions du Restatement ; D. MASMEJAN, « *La localisation des personnes physiques en droit international privé* », Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye, Librairie Droz, Genève 1994, p. 59. V. aussi Recueil des cours : collected courses of the Hague Academy of International Law, Hague Academy of International Law, Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1996. Tome 259, p. 339, note 43.

du droit international privé américain en matière de contrats »[1483], retient comme fondement le critère du lien le plus significatif « *most significant relationship to the transaction* », tout en définissant les éléments de rattachement que l'on doit prendre en compte pour déterminer la loi ayant des relations plus significatives avec le contrat.

Contrairement au Règlement Rome I qui met l'accent sur des critères de rattachement objectifs et fixes, le *Restatement of the law Second* laisse au juge un important pouvoir d'appréciation dans la détermination de la loi applicable en matière contractuelle. La section 188 du *Restatement of conflict of laws* apporte, de façon non exhaustive, un groupement de cinq points de contact susceptibles de déterminer le « *siège* » du contrat ou son « *centre de gravité* »[1484], lesquels portent sur le lieu de conclusion du contrat, le lieu de sa négociation, le lieu de son exécution, la localisation de l'objet du contrat, et enfin la résidence des parties[1485].

[1483] B. HANOTIAU, « *Le droit international privé américain : du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws* », L.G.D.J., 1979, p. 245.

[1484] F. JUENGER, « *American and European Conflicts Law* », *in* : Am. J. Comp. L., Vol. 30, 1982, note 50, spéc. pp. 195,199, cité par E. CASHIN-RITAINE, « *L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen : exemple choisis d'une influence interactive* », *op. cit.*

[1485] V. Section 188 qui dispose que « *1° Les droits et obligations des parties relativement à un problème contractuel seront déterminés par le droit interne de l'Etat dont la relation avec la convention et les contractants, relativement à ce problème, est la plus étroite en vertu des principes du paragraphe 6.*
2° En l'absence d'un choix effectif par les parties du droit applicable à leur convention, l'on prendra en considération dans l'application des principes du paragraphe 6 pour déterminer la loi qui régit le problème litigieux, les points de contact suivants :

a) le lieu de conclusion,
b) le lieu où se sont déroulées les négociations,
c) le lieu d'exécution,
d) le lieu où est situé l'objet du contrat,
e) le domicile, la rèsidence, la nationalité, le lieu de constitution- s'il s'agit d'une société- et le siège d'activité des parties.

Ces points de contact seront pris en considération en fonction de l'importance relative qu'ils revêtent eu égard au problème litigieux.
3° Si le lieu où le contrat a été négocié et celui où il doit être exécuté sont situés dans le même Etat, c'est généralement le droit interne de cet Etat qui sera appliqué, hormis les exceptions prévues aux paragraphes 189-199 et 203 ». V. version originale : Rest. 2nd Confl., sect. 188. – « *Law governing in absence of effective choice by the parties.*
(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in s 6.
(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include :
(a) the place of contracting,
(b) the place of negotiation of the contract,
(c) the place of performance,
(d) the location of the subject matter of the contract, and
(e) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

Ces points de contact doivent être prise en considération en fonction de leur importance au regard de la situation. A première vue, on peut estimer que la voie tracée par le *Second Restatement* s'avère délicate à appliquer au contrat électronique. En effet, les critères énumérés à la section 188 sont liés intrinsèquement au contrat et sont tournées, plus généralement, vers le lieu d'exécution, de négociation et de localisation de l'objet celui-ci, contrairement au Règlement Rome I qui se concentre sur la résidence habituelle des parties. Mais ce qui pourrait être avantageux dans ce cadre, au égard aux spécificités du contrat électronique, c'est que le *Restatement* ne donne pas de précisions quelconques sur le degré à accorder à chacun, ce qui confère au juge américain un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, en indiquant que ces points de contact doivent être pris en compte dans le respect des principes généraux de la section 6, lesquels portent principalement sur les besoins du commerce interétatique et international, de la protection des attentes justifiées, des politiques juridiques et des modalités de mise en œuvre d'une règle de conflit[1486]. Selon M. Hanotiau, « *la loi applicable n'est donc pas nécessairement celle de l'Etat dont les points de contact avec la situation sont les plus nombreux. Le juge doit en effet évaluer ces différents points de contact à la lumière, d'une part, des valeurs qui dominent la matière des contrats, à savoir la protection des expectatives légitimes des parties et la sécurité juridique, et, d'autre part, des objectifs qui sous-tendent les règles susceptibles d'application dans le cas d'espèce* »[1487]. Ce sont bien ces « *règles susceptibles d'application dans le cas d'espèce* » qui doivent être analysées par le juge compétent en matière contractuelle numérique.

Le *Restatement* prévoit, en outre, certaines règles spéciales relatives à divers types de contrats, mais également à différents problèmes particuliers. En ce qui concerne ces derniers, le *Restatement* aborde la question de la capacité et de

---

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue. (3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203. »

[1486] La section 6 « *Choice-Of-Law Principles* » dispose que « *(...) (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include : (a) the needs of the interstate and international systems ; (b) the relevant policies of the forum ; (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue ; (d) the protection of justified expectations ; (e) the basic policies underlying the particular field of Law ; (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied* ».

[1487] B. HANOTIAU, « *Le droit international privé américain : du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws* », *op.cit*., p. 251-252.

la forme. Plus particulièrement pour la forme, la section 199 admet qu'un contrat soit valide en la forme s'il satisfait aux prescriptions en la matière du lieu de sa conclusion, ce qui ne va pas dans le bon sens avec les spécificités du contrat conclu via le réseau internet. Mais la même section renvoie à la section 188[1488] qui confère un large pouvoir d'appréciation au juge pour la détermination de la loi applicable sous l'emprise du principe de la relation la pus significative, ce qui ne limite pas les possibilités de voir applicable les règles de conflits prescrites par le *Restatement* au contrat électronique.

Concernant les règles spéciales, Le *Restatement* énonce pour chaque type de contrat une présomption de loi applicable à moins qu'il n'existe un autre Etat dont la relation avec le contrat et les parties, relativement au problème particulier, semble plus étroite en vertu des principes généraux de la section 6. Sous l'emprise de ces exceptions, le *Restatement* propose aux juges des critères affectés à certains contrats énumérés. C'est ainsi que pour notamment la vente d'objets mobiliers corporels, la section 191 désigne la loi de l'Etat où le vendeur est tenu de livrer le bien. Un rapprochement propice avec l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels qui se focalise principalement sur la « *loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande* » atteste de l'applicabilité plus appropriée de ses règles au contrat électronique en comparaison au critère de lieu de livraison adopté par la section 191 et qui peut facilement montrer ses limites en présence d'une livraison numérique d'un objet commandé en ligne. Pour les contrats de services, le *Restatement* désigne à l'article 196 la loi de l'Etat où le contrat nécessite que la majeure partie des services soient exécutés. Là encore, le critère du lieu d'exécution ne peut servir pour la détermination de la loi applicable au contrat électronique dont l'exécution doit être faite en ligne.

Cependant, et favorablement au monde numérique, ces critères ne constituent que des présomptions que les juges peuvent combattre et qui ont

[1488] La section 199 « *Requirements Of A Writing—Formalities* » prècise que « (*1) The formalities required to make a valid contract are determined by the law selected by application of the rules of §§ 187-188. (2) Formalities which meet the requirements of the place where the parties execute the contract will usually be acceptable* ».

susceptibles d'être écartés si, après une analyse des principes généraux de la section 6, une autre loi se trouve présenter des liens plus significatifs avec le contrat[1489]. En comparaison avec le Règlement Rome I, et contrairement à la méthode du *Restatement*, les rattachements objectifs pour les contrats énumérés au deuxième paragraphe de l'article 4 du Règlement constituent la règle principale propre à chaque type de contrats. Ce n'est que lorsque le contrat n'est pas l'un de ceux énumérés, qu'on fait appel à la règle de résidence habituelle de la partie fournissant la prestation caractéristique et en troisième degré au principe de proximité, lorsqu'exceptionnellement, un autre pays présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui désigné par les critères de rattachement objectifs des règles de conflit. Il convient de constater que, d'un côté, le *Second Restatement* ne montre pas qu'il a abandonné totalement la notion de rattachement fixe au profit de principes généraux, malgré l'existence de présomptions, et d'un autre côté, le Règlement Rome I n'impose le recours au principe de proximité que sous certaines conditions.

Il convient de noter, par ailleurs, que les présomptions énumérées par le *Second Restatement* ont été vivement critiquées, aux Etats-Unis, par certains auteurs. En effet, M. Sedler estime que ces présomptions dissimulent les véritables problèmes et rendent impossible toute analyse en termes de *policies* et d'*interests*[1490], alors que M. Prebble considère la section 188 suffisante en elle-même, sans qu'il soit besoin de le préciser dans des règles plus spécifiques. Il souligne que « *dans une simple affaire, le lien le plus significatif peut être relevé sans l'apport d'une règle. Dans une affaire difficile, une présomption est susceptible de nuire au problème. En se concentrant sur un seul élément de preuve, une Cour s'empêche de considérer équitablement l'importance éventuelle d'autres contacts* »[1491]. Selon l'auteur, le principe général du premier paragraphe de la

[1489] B. HANOTIAU, « *Le droit international privé américain : du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws* », *op.cit*., p. 253.

[1490] R. SEDLER, « *The contracts Provisions of the Restatement (Second) : an Analysis and a Critique* », Vol. 72 Colum. L. Rev., 1972, p. 285 et 315, cité par B. HANOTIAU, *op.cit*., p. 257.

[1491] Dans sa version originale, l'auteur prècise que « *in an easy case, the most significant contact can be picket up without the aid of a rule. In a hard case, a presumption is apt to cloud the issue. By concentrating upon one piece of evidence, a court prevents itself from fairly considering the possible significance of other contacts ».* V. Etude J. PREBBLE, « *Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts : a Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws* », 58 Cornell L. Rev., 433 (part. I), 635 (part. II), 1973, p. 657, ressource citée par B. HANOTIAU, « *Le droit international privé américain : du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws* », *op.cit.,* 979, p. 258.

section 188 disposerait « *la souplesse nécessaire pour résoudre efficacement les différents problèmes que soulève le droit international privé des contrats, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas manifesté d'intention relativement au droit applicable à leur accord* »[1492].

Parmi les juridictions américaines ayant appliquées correctement la méthodologie du *Restatement Second* en matière contractuelle, celle de la Cour suprême de l'Etat de Washington, dans l'affaire *Potlach n° 1 Federal Credit Union v. Kennedy*[1493]. La Cour déclara qu'elle appliquait, au problème litigieux, la méthodologie du *Second Restatement*. Elle exposa le contenu de la section 188 et de ses commentaires, mettant l'accent sur le fait qu'il ne pouvait nullement s'agir d'une simple énumération de points de contact en précisant que « *certainement, l'identification des contacts n'a pas de sens sans tenir compte des intérêts et des politiques publiques des Etats potentiellement concernés et en considération de la manière et à l'étendue des politiques liées à l'opération en cause. Ces politiques concurrentes doivent également être évaluées par rapport aux attentes justifiées des parties. Cette approche a été envisagée par les auteurs du projet officiel du Restatement (deuxième), Conflit de lois dans le commentaire c au § 188* »[1494].

La Cour s'est concentrée sur l'analyse des *governmental interests* des Etats en cause. En abordant, d'abord, la situation de l'Idaho, la Cour a constaté qu'il était intéressé dans la solution du litige, car le demandeur se livrait à ses activités dans cet Etat, dans lequel, en outre, le contrat principal devait être exécuté. En se tournant vers l'Etat de Washington, la Cour a constaté également que son intérêt dans le problème est important, car c'est dans cet Etat où se trouve la résidence des Kennedy et où se trouve également les biens de la communauté, d'autant plus que le régime de la communauté de biens est lié, dans l'Etat de Washington, à son

---

[1492] V. commentaire B. HANOTIAU, *Ibid*.

[1493] *The Supreme Court of Washington, Department Two. Potlatch n°. 1 Federal Credit Union, v. Roy H. Kennedy*, 76 Wn.2d 806, September 25, 1969, 459 P.2d 32.

[1494] V. le texte dans sa version original « *Certainly an identification of contacts is meaningless without consideration of the interests and public policies of potentially concerned states and a regard as to the manner and extent of such policies as they relate to the transaction in issue. These competing policies must also be weighed against the justified expectations of the parties. This approach was contemplated by the authors of the Proposed Official Draft of the Restatement (Second), Conflict of Laws in Comment c to § 188* ». *The Supreme Court of Washington, Department Two. Potlatch n°. 1 Federal Credit Union, v. Roy H. Kennedy*, 76 Wn.2d 806, September 25, 1969, 459 P.2d 32.

droit de la famille, lequel est généralement applicable à toutes les personnes domiciliées sur son territoire.

La Cour a constaté, enfin, que les attentes des parties sont orientées vers la loi en vigueur dans l'Etat de Washington pour conclure, en résolution de cette question, que ce dernier était, pour de bonnes raisons, *the state of the most significant relationship*[1495].

Cette analyse adoptée par les juges américains pour déterminer la loi applicable à un litige en tenant compte de l'intérêt des Etats, par application du *Second Restatement,* est très spécifique aux Etats-Unis. Le principe *retenu par les rédacteurs des commentaires accompagnant la section 6 du Second* Restatement est que l'Etat dont les intérêts sont les plus touchés « *the state whose interests are most deeply affected* »[1496] doit voir sa loi locale appliquée « *should have its local law applied* »[1497]. Cette règle a été adoptée par la jurisprudence de plusieurs Etats américains, dont la Californie dans l'affaire *Edwards v. US Fidelity and Guar. Co.*[1498]. En appliquant les dispositions de la section 188 du *Second Restatement*, le juge du tribunal du District de la Californie a conclu que « *les intérêts gouvernementaux dans la présente affaire favorisent l'application de la loi du Maryland* »[1499]. L'Etat de New York a suivi la même inspiration dans l'affaire

---

[1495] V. commentaire de B. HANOTIAU, *op.cit*., p. 261. En conclusion la Cour suprême a conclu que « *courts have long recognized that they are not bound to decide all issues under the local law of a single state. See Restatement (Second), Conflict of Laws § 188, Comment d (Proposed Official Draft, 1968). Therefore, with respect to the issue now before us of whether the community property of Washington residents is subject to the suretyship obligation of the husband entered into with an Idaho company with no benefit to the community, we hold that the law of Washington has the most significant relationship to that portion of the transaction.*
The wife's rights to her share of the community property, and the concurrent restrictions on the husband's power to manage that property, are basic to Washington law. We do not believe that the husband's power to manage this property should be varied by the laws of other states while the parties are resident in this state unless the wife has some reason to expect this variation. We have seriously considered the governmental interest of the state of Idaho in protecting its creditors, but do not believe they are paramount in this case ».

[1496] V. « *Comment on Subsection (2)* », Rest. 2d of Conflict of Laws, s 6 (1969 Main Vol.).

[1497] V. « *Comment on Subsection (2)* », Rest. 2d of Conflict of Laws, s 6 (1969 Main Vol.).

[1498] Edwards v. US Fidelity and Guar. Co., 848 F. Supp. 1460 (N.D. Cal. 1994). V. aussi l'affaire Stonewall Surplus Lines Ins. Co. v. Johnson Controls, Inc., 14 Cal. App. 4th 637, 645, 17 Cal. Rptr. 2d 713, 718 (1993).

[1499] Le tribunal a poursuivi ses analyses en affirmant que « *in a contract dispute where the parties have made no effective choice of law, California courts analyze "relevant contacts" to appraise the governmental interests implicated in the action. Stonewall Surplus Lines Ins. Co. v. Johnson Controls, Inc., 14 Cal. App. 4th 637, 645, 17 Cal. Rptr. 2d 713, 718 (1993). Relevant contacts include (1) the place of contract formation; (2) the place of negotiation; (3) the place of performance; (4) the location of the subject matter of the contract; and (5) the residence or place of incorporation and place of business of the parties. Id. (quoting Restatement Second of Conflict of Laws, § 188(2)). In this case, Edwards was interviewed for the position in Baltimore, the work was to be performed in Baltimore, all the individuals with whom she was dealing were located in Baltimore and USF & G is incorporated in Maryland. The only contact the company had with California in*

Intercontinental Planning, Limited, Appellant, v. Daystrom, Incorporated, à travers laquelle la Cour d'appel de l'Etat de New York a conclu « *le présent conflit a suffisamment de contacts avec New York pour donner à notre Etat un intérêt important à appliquer sa politique* »[1500].

D'autres Etats américains ont appliqué le principe de proximité prescrit par la section 188 du *Second Restatement* en énumérant les facteurs qui déterminent si la relation entre l'Etat et le contrat est significative. La Cour d'appel de Washington a adopté, dans l'affaire *Dairyland Ins. v. State Farm*[1501]*,* un certain nombre de facteurs pour déterminer l'Etat avec lequel le contrat a des relations les plus significatives. Elle a déclaré, que les points de contacts les plus importants à prendre en considération tournent autour des attentes des parties au moment de la conclusion du contrat « *the expectations of the parties at the time of contracting* », incluant tous les critères énumérés à la section 188 du *Second Restatement.* La Cour a ajouté que la recherche de la relation la plus significative avec chacun des Etats n'implique pas seulement un simple dénombrement des contacts, mais il s'agit de prendre en considération les politiques et les intérêts des Etats par rapport à l'objet du contrat « *the relative policies and interests of the states in the subject matter of the contract* ». Selon les facteurs énumérés, la Cour a conclu que la loi d'Idaho devrait s'appliquer parce que la police d'assurance a été émise en Idaho à un résident de l'Idaho, qui a payé des primes en Idaho.

Il convient de signaler que si bien que les juridictions américaines recourent à la méthode du *Second Restatement* dans la détermination de la loi applicable au litige, cela ne reste pas sans risque juridique. En effet, le droit international privé américain se caractérise par la flexibilité des règles qu'il édicte. Cette flexibilité se justifie, comme l'indique Mme Cashin-Ritaine, « *par le souci permanent d'appliquer la meilleure règle à l'espèce selon la politique judiciaire définie et selon le résultat*

---

this transaction was the offer Edwards received by telephone from Baltimore. This contact, without more, is simply too tenuous to justify the application of California law ».

[1500] Court of Appeals of the State of New York, *Intercontinental Planning, Limited, Appellant, v. Daystrom, Incorporated et al.*, Respondents. 24 N.Y.2d 372 (1969).

[1501] The Court of Appeals of Washington, Division Three., *Dairyland Ins. v. State Farm Mut. Auto Ins*., 41 Wash. App. 26, 701 P.2d 806 (1985). Sur l'application des principes du Second Restatement, V. également The Supreme Court of Washington, *Laurence D. Barr, V. Interbay Citizens Bank Of Tampa, Florida,* 96 Wn.2d 692 (1981); The Supreme Court of Washington, *Geneve G. Johnson V. Spider Staging Corporation,* 87 Wn.2d 577 (1976), 555 P.2d 997; Supreme Court of Nevada., *Patricia Sotirakis V. United Service Automobile Association*, 787 P.2d 788 (1990).

escompté (policy- and result- oriented approach of the American conflicts method) »[1502]. De plus, les juridictions américaines ont tendance à privilégier leur propre compétence chaque fois que les intérêts américains étaient en cause[1503]. C'est justement le cas de l'arrêt de *Babcock*[1504] de la Cour d'appel de New York qui a considéré l'Etat de New York est plus fortement concerné par la situation en cause alors que l'accident est survenu au Canada, mais impliquant des touristes américains. La Cour a estimé que l'intérêt de l'Etats de New York à ce que le défendeur soit tenu à réparer le dommage causé, en dépit du fait que l'accident est survenu au-delà de ses frontières, ne peut pas être mis en question, tandis que l'intérêt de l'Ontario est tout au plus minime[1505].

Les règles de *Second Restatement* sont, pour la plupart d'entre elles *open-ended rules*. Elle laisse au juge la possibilité de décider de chaque cas à la lumière des critères fondamentaux prescrits par la section 6 du *Restatement* et sur lesquels est fondé le droit de conflits.

C'est dans le même sens que Ferrer-Correia a conclu que « *l'idée fondamental du Restatement est celle du rattachement le plus significatif, les critères généraux énoncés dans la section 6 ne se destinant qu'à orienter le juge pour ce qui est de la détermination, en chaque cas, de la most significant relationship. Mais ce qui constitue véritablement la marque originale du Restatement (Second), c'est la liberté d'action qu'il confère aux tribunaux : sauf en de rares cas, le Restatement ne contraint pas le juge à considérer une certaine connexion comme étant la plus étroite ou la plus significative* »[1506].

[1502] E. CASHIN-RITAINE, « *L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen : exemple choisis d'une influence interactive* », *op.cit.,* p. 275.
[1503] *Ibid*.
[1504] Court of Appeals of New York, Georgia W. Babcock v. Mabel B. Jackson, 12 N.Y.2d 473 (1963).
[1505] Dans ses conclusions, la Cour a souligné que « *comparison of the relative "contacts" and "interests" of New York and Ontario in this litigation, vis-a-vis the issue here presented, makes it clear that the concern of New York is unquestionably the greater and more direct and that the interest of Ontario is at best minimal. The present action involves injuries sustained by a New York guest as the result of the negligence of a New York host in the operation of an automobile, garaged, licensed and undoubtedly insured in New York, in the course of a week-end journey which began and was to end there. In sharp contrast, Ontario's sole relationship with the occurrence is the purely adventitious circumstance that the accident occurred there* », Court of Appeals of New York Georgia W. Babcock v. Mabel B. Jackson, 12 N.Y.2d 473 (1963). V. aussi commentaire A. FERRER-CORREIA, « *Les problèmes de codification en DIP* », Recueil des cours. 1975-II, Académie de droit international de La Haye, Ed. The Hague ; Boston ; London : M. Nijhoff, 1976-1978, p. 74
[1506] A. FERRER-CORREIA, « *Les problèmes de codification en DIP* », *Ibid,* p.113.

C'est justement cette liberté qui ne correspond pas à une conception civiliste du droit et particulièrement celle du Règlement Rome I, où le critère qui gouverne les modalités de désignation de la loi applicable, est principalement la résidence de l'une des parties, ce qui répond essentiellement à l'objectif d'assurer la sécurité juridique.

L'approche floue adoptée par l'*American Law Institute* paraît incompatible avec le droit européen qui a circonscrit les pouvoirs du juge dans des règles fixes, alors que le droit international privé américain lui accorde toute liberté.

En effet, le *Restatement* repose sur l'application de la loi de l'Etat dont la relation avec le contrat et les parties est la plus significative par rapport au problème particulier. Pour certains auteurs, ce principe de proximité n'établit pas de méthodes, mais il s'agit simplement de reformuler la difficulté. Selon les termes de Lagarde « *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* »[1507].

Mais est-ce qu'on ne peut pas voir dans l'approche traditionnelle qui consiste en des règles de droit international privé très générales, fondées sur un raisonnement syllogistique qui aboutit à des solutions automatiques, une sorte de manque d'orientation vers une solution juste et mieux adaptée dans chaque cas d'espèce, puisque les juges sont prisonniers de la rigueur du raisonnement imposée par les rattachements fixes ? Est-ce que le recours à une analyse fonctionnelle pour arriver à une solution adéquate dans chaque cas d'espèce, en utilisant des directives fondées soit sur les finalités recherchées par le tribunal, soit sur des méthodes de faisceaux d'indices, ne serait pas compatible avec les spécificités du contrat électronique ? Est ce qu'on ne peut pas voir dans des règles flexibles de conflits de loi une sorte de refuge en cas de rigidité contraignante des rattachements fixes ?

[1507] P. LAGARDE, « *Le principe de proximité dans le droit international contemporain* », *in* RCDAI, 1986, t. 196, p. 45. V. également les critiques de B. AUDIT, « *Droit international privé* », Economica, 3ème Ed. 2000, n° 803.

L'approche fondée sur des rattachements fixes peut bien poser ses limites lorsque la règle dictée par le droit international privé du for désigné se trouve incompatible avec les spécificités du contrat électronique, notamment lorsque les rattachements se fondent sur la localisation du contrat qui s'est formé et/ou exécuté en ligne. Certes, comme nous l'avons constaté, plusieurs conventions internationales en matière contractuelle se fondent sur la localisation des personnes plutôt que sur le contrat ou la prestation, ce qui est tout à fait adapté aux contrats électroniques. Toutefois, il n'y a aucune certitude que des rattachements relevant du droit international privé de chaque Etat ne choisissent pas le lieu de formation ou d'exécution du contrat, ce qui reviendra à remettre en cause les difficultés d'application de ses règles dans le domaine du contrat électronique.

Le professeur Cavers qui a rejeté l'approche traditionnelle des règles déjà formulées, estime que les règles de conflits ne peuvent pas être impersonnelles et qu'il est nécessaire qu'elles correspondent aux faits particuliers relatifs à chaque cas d'espèce[1508]. Il conclut qu'il est impossible d'établir des règles définitives de conflit et qu'il faut juste se servir de principes de préférence, pour rendre justice aux parties dans chaque cas d'espèce.

C'est peut-être ce souci de justice qui a donné lieu à des clauses d'exception, comme prévue par l'article 3082 du code civil de Québec dans le dixième livre consacré aux règles de droit international privé applicables dans la province de Québec, en posant le principe de proximité prôné par la *proper law*[1509]. Cet article dispose que « *à titre exceptionnel, la loi désignée par le présent livre*

[1508] D. CAVERS, « *A Critique of the Choice of Law Problem* », 47 Harvard Law Review 173 (1933). Cavers avait observé la tension existait pendant des années entre « *quest for simple rules designed to yield uniform, predictable choices of law and the effort to develop principles capable of producing choices that would be meaningful in terms of the interests of the parties and states involved* », D. Cavers, « Re-Restating the Conflict of Laws: The Chapter on Contracts », in XXth Century Comparative And Conflics Law 349 (1961), extrait cité par James E. Westbrook, « Survey and Evaluation of Competing Choice-of-Law Methodologies: The Case for Eclecticism », A, 40 Mo. L. Rev. (1975), p. 413 ; Sur les critiques de l'approche traditionnelle, V. également J. M. SHAMAN, « *The Choice of Law Process: Territorialism and Functionalism* », 22 Wm. & Mary L. Rev. 227 (1980).

[1509] La *proper law of the contract* est une expression fréquement utilisée dans la términologie anglo-américaine. Elle désigne la méthode consistant à retenir plusieurs indices de rattachement et à en opérer le groupement lui ayant paru constituer un modèle adéquat. Ses progrés vont de pair avec ceux de la méthode de la localisation objective du contrat et avec laquelle elle se confond. La méthode de la proper law joue dans le droit international privé des contrats un rôle d'une importance certaine sous deux rèserve liées à son applicabilité. Il s'agit de son adoption qui n'est pas universelle et le fait qu'elle intervient toujours à titre subsidiaire, à défaut d'une désignation expresse par les parties ; V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, « *Droit international privé* », 5ème Ed., Dalloz 1996, p. 142 à 144, spéc. n° 141, 145.

n'est pas applicable si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la situation n'a qu'un lien éloigné avec cette loi et qu'elle se trouve en relation beaucoup plus étroite avec la loi d'un autre Etat. La présente disposition n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique ».

C'est également ce qui ressort des conclusions de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.* en affirmant que « *il est également important de se rappeler que d'autres règles de droit international privé énoncées au Livre dixième du C.c.Q. contribuent à assurer le respect du critère du " lien réel et substantiel ". Par exemple, l'exigence d'un lien substantiel représente une condition préalable pour reconnaître la compétence des tribunaux étrangers suivant l'article 3164 C.c.Q. Aussi, dans les questions relatives au choix de la loi applicable, l'article 3126 C.c.Q. commande qu'on applique le principe de la lex loci delicti, la loi du lieu où le délit ou quasi-délit est considéré avoir été commis ; […]. L'article 3082 C.c.Q. constitue l'exception à cette règle dans des circonstances où il est manifeste que l'affaire n'a qu'un lien éloigné avec le système juridique prescrit par l'art. 3126 et beaucoup plus étroit avec la loi d'un autre Etat* »[1510].

Il convient de souligner, en outre, que les commentaires du Ministre de la Justice en regard de l'article 3082 du Code civil du Québec souffle une certaine primauté du principe de la proximité sur les règles de conflit en indiquant que « *les règles de conflit de lois sont rédigées de façon à désigner, dans chaque cas, la loi de l'Etat que l'on présume se trouver dans le rapport le plus étroit avec l'espèce en cause. C'est pour donner à ce principe de la proximité, la primauté sur les règles de conflit qu'on autorise exceptionnellement le juge à appliquer une autre loi que celle que la règle de conflit désigne* »[1511] et signalant que cet article « *devrait permettre de répondre aux attentes légitimes des parties dans des situations que le législateur ne pouvait pas prévoir* »[1512].

[1510] Cour suprême du Canada, *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp*., [2002] 4 RCS 205, 2002 CSC 78 (CanLII).

[1511] Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec* t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993 : Référence doctrinale introduite par l'arrêt de la Cour d'appel de Québec, Giesbrecht c. Succession de Nadeau, 2017 QCCA 386 (CanLII), 2017-03-13.

[1512] Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec* t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993 : Référence doctrinale introduite par l'arrêt de la Cour d'appel de Québec, *Giesbrecht c. Succession de Nadeau*, 2017 QCCA 386 (CanLII), 2017-03-13.

Toutefois, cette ambition tirée de l'article 3082 du Code civil du Québec trouve ses limites chez les professeurs Messieurs Lafond et Goldstein qui, en appuyant sur le caractère exceptionnel de cette disposition, estiment que « *le codificateur québécois n'a pas adopté un principe général de détermination de la loi applicable selon les circonstances de l'espèce. L'imprévisibilité qui en résulterait, à l'instar des systèmes fondés sur les " nouvelles " doctrines américaines, a été consciemment condamnée lors de la formulation des règles générales du Livre X du Code civil. Si rien ne pointe de manière manifeste, comme le souligne l'article 3082 C.c.Q., vers cette conclusion, le tribunal doit respecter la désignation automatique qui découle de la règle de conflit. En plus de la spécification expresse du caractère exceptionnel de cette disposition et de l'exigence d'une double condition à l'intervention de la clause échappatoire, la mention de ce caractère manifeste a pour but de limiter son emploi et l'imprévisibilité qui en découle. Une partie de la doctrine critique tout de même cette règle en raison de l'incertitude qu'elle entraîne »*[1513].

Comme l'indiquent les commentaires du Ministre de la justice, l'article 3082 du Code civil du Québec qui instaure ce principe de proximité, a été inspiré de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987[1514]. Celle-ci s'est remarquablement rapprochée des dispositions de la Convention de Rome de 1980. Rappelons aussi que l'article 4 du Règlement Rome I a renouvelé considérablement les solutions de la Convention de Rome, sans sacrifier au principe de proximité renforcé en matière contractuelle[1515], avec l'adjonction du terme « *manifestement* » qui requiert une attention particulièrement prononcée pour le juge souhaitant recourir à la clause d'exception. La rédaction de la clause d'exception du troisième paragraphe de l'article 4 du Règlement Rome I est

---

[1513] G. GOLDSTEIN, « *Mécanismes correctifs à l'application de la règle de conflit : clause échappatoire et exception d'ordre public* », dans P.-C. LAFOND (dir.), *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », vol. « *Droit international privé* », fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2012 (feuilles mobiles, mise à jour n° 7, décembre 2016), par. 18, p. 5/10.

[1514] Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec* t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993 : Référence doctrinale introduite par l'arrêt de la Cour d'appel de Québec, Giesbrecht c. Succession de Nadeau, 2017 QCCA 386 (CanLII), 2017-03-13.

[1515] Il semble que le législateur européen a entendu la doctrine qui avait regretté, dans la proposition initiale du Règlement Rome I, la suppression pure de la clause d'exception. V. P. LAGARDE, « *Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles [Rome I] »,* Rev. Crit. DIP 2006, p. 331, spéc. p. 338 ; Avis CESE, n° 2006/C 318/10, 13 sept. 2006, § 3.2.4, JOUE 23 déc. ; L. CORBION ET S. POILLOT-PERUZZETTO, « *Les modifications apportées par la proposition de Règlement Rome I* », RLDA 2006/4, n° 225, apéc. p. 76.

indubitablement très proche de l'article 15.III. 1 de la Loi fédérale du droit international suisse du 18 décembre 1987, rédigée ainsi « *le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit* »[1516]. Le caractère exceptionnel du principe de proximité se trouve donc clairement envisagé par les textes étudiés.

La solution fondée sur le principe de proximité est analogue dans certains pays du continent asiatique. La loi japonaise révisée sur les règles générales d'application des lois, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, consacre dans le premier alinéa de l'article 8, le principe de proximité selon lequel « *la formation et l'effet d'un contrat sont régis par la loi du lieu avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits au moment de sa conclusion* », alors que le deuxième alinéa du même article adopte la théorie de la prestation caractéristique, énonçant qu'il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec la loi de résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat. La détermination de la loi applicable à travers les liens les plus étroits avec le contrat, doit se faire, par le juge japonais, en considération « *de toutes les circonstances objectivement claires existant au moment de la conclusion du contrat. Les circonstances qui se sont produites postérieurement sont écartées du processus de détermination de la loi applicable, car cette dernière ne peut être changée que par un nouveau choix des parties (art. 9)* »[1517].

La loi chinoise sur l'application des lois aux relations civiles comportant des éléments d'extranéité, entrée en vigueur le 1er avril 2011, a consacré, quant à elle,

---

[1516] Il semble, toutefois, que le principe de proximité en droit suisse n'est pas d'application directe. Des rattachements fixes sont prévus pour des contrats particuliers, comme c'est le cas d'ailleurs du Règlement Rome I. C'est l'exemple de l'article 120 de la Loi fédérale du droit international privé suisse qui précise pour les contrats conclus avec les consommateurs que « *les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur :*
a. si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat ;
b. si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
c. si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande ».

[1517] Etude par Y. OKUDA, « *Aspects de la réforme du droit international privé au Japon* », Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2007, var. 7, Lexis360.

dans son article 41, le principe selon lequel « *[…] A défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du lieu de la résidence habituelle de la partie dont l'accomplissement des devoirs peut le mieux exprimer les caractéristiques du contrat, ou par toute autre loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits* »[1518].

Là encore, on peut faire un rapprochement avec l'article 117 de la Loi fédérale suisse, du droit international privé qui adopte exactement la même solution selon laquelle « *à défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

Ces solutions se rapprochent également de celle proposée par la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux[1519], conclue à Mexico le 17 mars 1994 lors de la cinquième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé, dont l'article 9 adopte le rattachement à la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace[1520], mais le juge peut, dans sa recherche de la loi de l'Etat ayant les liens les plus étroits, se fonder sur des facteurs objectifs et subjectifs[1521]. Cependant, les rédacteurs de la Convention interaméricaine ont rejeté l'établissement de présomptions comme celle de la prestation caractéristique[1522].

Mais quoi qu'il en soit, en présence des tendances législatives variées et entre les deux approches, l'une se concentrant principalement sur les rattachements fixes et l'autre sur le principe de proximité, nous rejoignons M.

[1518] V. Etude par N. NORD, G. CERQUEIRA, « *La codification de la résolution du conflit de lois en Chine et son interprétation par la Cour suprême : entre progrès et incertitudes* », Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2016, var. 1, Lexis360.

[1519] *L'Inter-American Convention on the law applicable to the international contracts*. Cette Convention est en vigueur uniquement entre le Mexique et le Venezuela depuis le 15 décembre 1996, mais elle est considérér comme un succès de par son influence sur les rèformes législatives dans plusieurs pays américains comme le Brésil et l'uruguaye. Elle a attiré l'intérêt de la doctrine particulièrement en Europe et celui de la Conférence de La Haye de droit international privé. V. M. MERCEDES ALBORNOZ, « *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I » »,* Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2012, doctr. 1.

[1520] L'article 9 dispose que « *If the parties have not selected the applicable law, or if their election proves ineffective, the contract shall be governed by the law of the State with which it has the closest ties* ».

[1521] L'article 9, alinéa 2 prècise que « *Court will take into account all objectve and subjective elements of the contract to determine the law of the State with which it has the closed ties* ».

[1522] E. CASHIN-RITAINE, « *L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen : exemple choisis d'une influence interactive* », Ed. N. Dongois, M. Killias, « *L'américanisation des droits suisse et continentaux* », Schulthess 2006, p. 286.

Gabriel Castel dans ses conclusions lorsqu'il a soutenu que « *la proper law (ou principe de proximité qui permet d'écarter la loi normalement désignée par la règle de conflit lorsqu'elle n'a qu'un lien éloigné avec la situation en cause - au Québec art. 3082 C.Civ. : clause échappatoire) ne devrait être qu' un procédé subsidiaire ou complémentaire afin de suppléer à la carence de l'approche traditionnelle lorsqu'elle peut aboutir à une solution qui choque la conscience, car elle laisse trop de liberté au tribunal et d' incertitudes pour permettre de découvrir la solution de n'importe quel problème de conflit de lois* »[1523]. C'est exactement le cas de l'approche du Règlement Rome I qui a consacré le principe de proximité comme règle subsidiaire[1524], lequel est confiné comme un second critère de rattachement visant les liens les plus étroits que présente le contrat avec un Etat autre que celui visé par le rattachement principal[1525].

Le principe de proximité selon lequel « *un rapport de droit devrait être régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* »[1526], laisse une marge importante d'appréciation aux juges compétents. Il se présente parfois sous forme de règle générale, comme en droit international privé suisse[1527] et québécois[1528] ou sous la forme « *d'une présomption de conformité d'un indice préétabli dans une matière spéciale* »[1529], comme le cas de l'article 4 de la Convention de Rome ou encore le cas du droit international privé japonais[1530].

Comme l'indique Mme Gaudemet-Tallon, le juge est tenu, dans sa recherche de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, d' « *apprécier des facteurs très variés, économiques, sociaux, purement juridiques, et même*

[1523] J. GABRIEL CASTEL, « *Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales* », Atelier II : Les rapports entre les cours nationales, présidé par Papa Oumar SAKHO, 3ème congré « *Internalisation du droit, internalisation de la justice* », tenu les 21-23 juin 2010, Cour suprême du Canada Ottawa, ahjucaf. Accessible en ligne : http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf

[1524] V. C. NOURISSAT, « *Droit international et communautaire des contrats d'affaires* », Revue Le Lamy Droit des Affaires, Nº 29, 1er juillet 2008.

[1525] Que ce soit celui qui est dicté par le premier paragraphe de l'article 4 du Règlement Rome I ou par le deuxième pargraphe du même article.

[1526] P. LAGARDE, « *Le principe de proximité en droit international privé contemporain* », RCADI 1986, t. 196, p. 11.

[1527] V. article 15.III. 1 de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

[1528] V. l'article 3082 du code civil de Québec.

[1529] M. FALLON, « *Variations sur le principe du pays d'origine, entre droit communautaire et droit international privé* », *in* Nouveaux Itinéraires en Droit ; Hommage à François Rigaux, Bruylant, 1993, spéc. p. 210.

[1530] V. le 1er alinéa de l'article 8 de la Loi japonaise (révisée) sur les règles générales d'application des lois.

psychologiques. Il y a là une tâche difficile pour le juge et un risque d'incertitude que certains auteurs ont dénoncé »[1531]. Mais, comme elle ajoute l'auteur, les critiques de cette méthode ne semblent pas fondées car « *l'expérience des pays qui utilisaient déjà cette méthode prouve qu'elle ne soulève pas de difficultés particulières* »[1532]. S'agissant du contrat électronique, le juge peut rechercher les liens les plus étroits dans la langue du site, dans la rubrique dédiée aux avis des clients, dans le ciblage publicitaire, dans l'objet du contrat, l'existence d'un établissement et autres indices qui voient leur utilité s'accentue dans la détermination de la loi applicable.

Une autre méthode, voisine du principe de proximité, dite de focalisation s'est développée et qui ne vise pas à localiser le contrat, mais plutôt l'activité du professionnel[1533] à travers un faisceau d'indices qui sont pris en considération pour évaluer l'étroitesse des liens avec un Etat. Cette méthode développée par M. Cachard pour caractériser la notion d'activité dirigée, privilégie la recherche de la volonté des opérateurs au lieu de se focaliser sur la situation géographique d'une activité[1534]. Pour M. Cachard « *la détermination de la focalisation d'une activité repose sur une analyse a posteriori des intentions de l'opérateurs. En présence des points de contacts multiples de l'activité économique avec différents Etats, il faut identifier l'Etat, le marché domestique vers lequel l'activité se focalise* »[1535].

La Cour de justice de l'Union européenne s'est ralliée à l'idée de focalisation, et s'était penchée, précisément dans les affaires *Pammer & Alphenhof*[1536], sur les questions de compétence internationale soulevée dans le cadre de contrats internationaux conclu sur Internet. Dans ces deux affaires qui mettent en cause des contrats de consommation, la Cour était appelée à répondre à la question préjudicielle commune : suffit-il, pour affirmer que des activités d'un cybercommerçant sont dirigées vers le pays de domicile du consommateur, que le site web puisse être consulté sur Internet ?

[1531] H. GAUDEMET-TALLON, « *Fasc. 338 : 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* », *op.cit.*
[1532] L'auteur a donné l'exemple de l'arrêt de CA Paris, 15 juin 1994 : JDI 1995, p. 1011 et CA Grenoble, 28 nov. 2002 : JCP 2003, IV, 2271.
[1533] D. MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », *op.cit*.
[1534] A. AYEWOUADAN, « *Les droits du contrat à travers l'internet* », Primento, 4 févr. 2013, p. 191.
[1535] O. Cachard, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », L.G.D.J, 2002, p. 66, spéc. n° 108.
[1536] CJUE, *Pammer & Alphenhof*, 7 déc. 2010, aff. C-585/08 et C-144/09.

La Cour ne renvoie pas, dans le cadre de ces affaires, à une définition précise de la focalisation, mais elle prend partie sur certains indices susceptibles de servir au juge à déterminer si le cybercommerçant vise le pays du consommateur en litige. La Cour souligne qu' « *il convient dès lors de rechercher, s'agissant d'un contrat passé entre un commerçant et un consommateur donné, si, avant la conclusion éventuelle du contrat avec ce consommateur, il existait des indices démontrant que le commerçant envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans d'autres Etats membres, dont celui sur le territoire duquel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec ces consommateurs* »[1537].

La Cour a multiplié ces critères dont certains peuvent être pertinents et intéressants à adopter dans d'autres cas d'espèce, notamment, comme indique la Cour « *toutes les expressions manifestes de la volonté de démarcher les consommateurs de cet Etat membre* »[1538], qui y figurent la mention que les services ou les biens sont offerts dans des pays membres nommément désignés, 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 l'accès au site du commerçant. D'autres indices ont été exposés par la Cour dont certains peuvent être considérés non décisifs tels que l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres ou comme l'indique un commentateur de l'arrêt, des critères « *incomplets et non pondérés entre eux* »[1539]. Cependant, on peut tirer des conclusions de la Cour de justice que certains indices nécessitent une éventuelle combinaison entre eux ainsi qu'une vérification de leur existence par le juge national[1540].

Il reste à souligner que la théorie de la focalisation ne reçoit pas l'unanimité de la doctrine. M. Lucas voit dans sa mise en œuvre une grande complexité car, selon lui, « *les indices, notamment ceux concernant la terminaison du site, la langue utilisée et la monnaie de paiement, sont loin d'être toujours probants (…). Au demeurant, l'émetteur peut fort bien ne viser aucune cible, soit parce qu'il*

[1537] Consid. 76, CJUE, *Pammer & Alphenhof*, 7 déc. 2010, aff. C-585/08 et C-144/09.
[1538] Consid. 80, CJUE, *Pammer & Alphenhof*, *Ibid*.
[1539] Note sous arrêt par L. D'AVOUT, « *Internet. Accessibilité ou focalisation : la Cour de justice tranche mais ne convainc pas* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 31 Janvier 2011, 129.
[1540] Consid. 83, CJUE, *Pammer & Alphenhof*, *Ibid.*

cherche précisément à échapper à d'autres fors que celui de son domicile (…) soit, parce que, tout simplement, il s'adresse à un public constitué indistinctement de tous les internautes, ce qui sera généralement le cas pour la communication d'œuvres (musicales notamment) réalisée entièrement en ligne »[1541], alors que M. Martel considère qu' « *il n'y a donc guère plus de difficulté insurmontable : le mécanisme de la clause d'exception, qui est aujourd'hui d'une rare utilité pratique, pourrait servir demain assez communément pour déterminer la loi applicable à un contrat électronique s'exécutant dans le cyberespace. Par ailleurs, les juges du fond ne seront pas abandonnés sans aucun repère dans cette dimension immatérielle. Ils localiseront le contrat en s'inspirant de la méthode de la focalisation qui connaît des développements en matière de protection des consommateurs, de contrefaçon et de concurrence déloyale »*[1542].

Entre les deux avis divergents, on peut se retourner vers la séquence jurisprudentielle. Par référence à certains arrêts des juridictions françaises en matière d'atteinte au droit d'auteur et droit voisin commis sur un réseau Internet, nous constatons le recours des instances judiciaires, pour la détermination de la loi compétente, à l'application du principe de proximité en recherchant quel est le pays ayant les liens les plus étroits avec la situation litigieuse. Cette proximité étant notamment appréciée au regard des indices fondés sur le critère de la focalisation[1543]. C'est notamment le cas de l'affaire *Aufeminin.com* dans laquelle les sociétés Google Inc. et Google France, soutenaient que la seule la loi américaine est applicable, en insistant sur les points de contact avec les Etats-Unis qui se résument au fait que les moteurs de recherche en cause sont hébergés sur des serveurs situés en Californie, et que c'est à partir de ce lieu qu'ils sont accessibles aux internautes du monde entier, par le biais de l'accès à des interfaces fournies dans la langue de chaque pays, en ajoutant que les robots qui explorent les milliards de pages Web et recensent automatiquement les images mises en ligne, sont stockés sur ces mêmes serveurs.

[1541] A. LUCAS, « *Droit International. – Droit commun. – Conflits de juridictions* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Propriété littéraire et artistique, Lexis360, 1er Mars 2017, Fasc. 1912.
[1542] D. MARTEL, « Les contrats internationaux sur le web », *op.cit*.
[1543] A. LUCAS, « *Droit International. Droit commun. - Règles de conflit de lois. - Règles directement applicables* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Propriété littéraire et artistique, Lexis360, 1er Mars 2017, Fasc. 1911, n° 62.

Leur voix n'a pas été entendue par la Cour d'appel de Paris qui a considéré que la loi française est compétente, en mettant l'accent sur l'indice du ciblage du public français[1544], argumentation confirmée par la Cour de cassation qui retient l'existence de plusieurs indices caractérisant « *un lien de rattachement substentiel avec la France* »[1545].

La jurisprudence belge semble s'orienter également vers le critère de focalisation pour caractériser les liens les plus étroits. C'est le cas de l'affaire opposant Copiepresse à Google Inc. La Cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée en faveur de l'application de la loi belge en écartant les argumentations de l'opérateur américain qui revendiquaient l'application de la loi américaine au motif que c'est aux Etats-Unis que Google a inséré, sur ses serveurs, les pages publiées sur les sites belges des éditeurs de journaux. La Cour a souligné, notamment, que « *à supposer que les actes préparatoires à la contrefaçon, à savoir l'injection des données dans les serveurs de Google, doivent entrer en ligne de compte pour la détermination du lieu du fait dommageable, il conviendrait alors de constater que le délit est formé par un ensemble de faits complexes situés dans des pays différents (les Etats-Unis pour l'injection et la Belgique pour la diffusion) et qu'il y a lieu de se référer à la loi du pays avec lesquels le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits* », en inversant par la même occasion les allégations de la société Google Inc. en ces termes « *certes, une page diffusée sur un site ayant un nom de domaine se terminant par « .be » peut être lue dans le monde entier.*

[1544] La Cour d'appel prècise que « *considérant que le litige porte sur le fonctionnement des services Google Images, rédigés en français, destinés au public français et accessibles en France par les adresses URL en '. fr' ; que l'internaute pourra ainsi visualiser en France la photographie de Monsieur Rau et au besoin la télécharger ; que cette photo a été mise en ligne et stockée sur plusieurs sites français ; que la société [...], dont la responsabilité est également recherchée, est une société dont le siège est à Paris ; Considérant qu'il suit que le lieu de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci, caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France qui commande l'application de la loi française, comme l'ont pertinemment dit les premiers juges* ». CA, Paris, Pôle 5, chambre 2, 4 Février 2011, n° 09/21941, JurisData n° 2011-004802.

[1545] La Cour indique que « *mais attendu que l'arrêt retient que le litige porte sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en ". fr " et que le lieu de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France ; qu'il en déduit exactement, conformément à l'article 5. 2 de la Convention de Berne qui postule l'application de la loi de l'Etat où la protection est réclamée, que l'action introduite par M. X..., qui réclamait, en tant qu'auteur de la photographie, la protection de ses droits en France à la suite de la constatation en France de la diffusion en France, par un hébergeur français, la société Aufeminin. com, d'une photographie contrefaisante, mise en ligne pour le public français sur le site de Google Images par le service des sociétés Google Inc. et Google France, relevait de la loi française ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;* ». Cass., 1ère civ., 12 Juillet 2012, n° 11-15.165, Bull. 2012, I, n° 162, JurisData n° 2012-015812.

Elle n'est cependant susceptible que d'intéresser des belges résidant à l'étranger ou des étrangers souhaitant être informés de ce qui se passe en Belgique. Leur nombre est dérisoire par rapport à tous les internautes résidant en Belgique. Cette seule circonstance ne suffit pas pour soutenir, comme le fait Google, que "les points de contact avec la Belgique sont manifestement insuffisants" »[1546].

On peut encore citer un arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Socan, lequel soutenant « *le critère du lien réel et important » et « les facteurs de rattachement les plus importants* »[1547]. Elle affirme que l'applicabilité de la loi canadienne « *dépend de l'existence entre le Canada et la communication d'un lien suffisant* »[1548].

A travers ces développements, il semble qu'il n'y a aucun doute que la méthode du faisceau d'indices, reposant sur des facteurs ayant les liens les plus étroits avec l'Etat en cause, peut aisément s'adapter au contexte contractuel numérique. Finalement, il semble possible de dire, comme le souligne également M. Martel, que « *le droit international privé classique, malgré les particularismes des contrats électroniques, a résisté aux nouvelles questions, même si quelques adaptations ont été rendues nécessaires. […] A dire vrai, après quelques hésitations devant la nouveauté, c'est le phénomène inverse qui a tendance à se produire : l'on voit clairement le domaine des lois étatiques s'étendre au-delà des frontières, favorisant, ce faisant, la soumission du contrat électronique international aux ordres juridiques nationaux* »[1549]. Les problèmes de conflit de lois peuvent être résolus d'une manière empirique, sans dogmatisme et sans nier non plus l'existence des règles traditionnelles de résolution de conflit.

[1546] Cour d'appel de Bruxelles, 9ème chambre, 05 mai 2011, n° 2011/2999. Accessible dans sa version originale sur le site : https://fr.scribd.com/doc/54991235/Arret-de-la-Cour-d-appel-de-Bruxelles-rendu-dans-l-affaire-Copiepresse-SAJ-Assucopie-contre-Google-le-5-mai-2011

[1547] Cour suprême, 30 juin 2004, *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45.

[1548] V. l'arrêt dans son détail. Cour suprême, 30 juin 2004, *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45.

[1549] David MARTEL, « *Les contrats internationaux sur le web* », *op.cit.*

Sous-section II - Le domaine de la loi applicable

Quelle que soit la méthode de détermination de la loi applicable au contrat électronique international, cette loi désignée traite un domaine relevant de sa formation, de ses effets et de son extinction (I) et quelque soit le système juridique national en cause, elle subit l'influence des lois de police (II).

I - Le domaine de la loi applicable eu regard du contrat électronique international

La loi désignée, selon les règles qui viennent d'être présentées, comme applicable au contrat électronique jouit d'un domaine d'application qui inspire à gouverner tant sa formation que son exécution (A). Cependant, il y a des questions qui sont exclues du domaine de la loi applicable (B).

A - Les questions relevant de la loi applicable au contrat

Que ce soit désignée par les parties ou par le juge, voire même un arbitre, la *lex contractus* se voit reconnaître un domaine qui régit le contrat électronique, dans la mesure du possible, de façon globale et unitaire[1550].

Le domaine de la loi applicable au fond du contrat électronique doit avoir le plus large champ d'application possible couvrant notamment sa formation, son exécution et son extinction. La Cour de cassation française dans l'arrêt *American Trading*, tout en affirmant le principe de rattachement des contrats internationaux, visait la loi applicable aux contrats « *en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets* »[1551].

Il serait souhaitable de tenir compte, pour ce domaine du contrat, que celui-ci constitue une unité et qu'il n'est pas préconisé de le morceler entre plusieurs lois, ce qui pourrait constituer une source d'incohérences, d'insécurité et de surprises pour les parties. Des exceptions peuvent être conçues telles que la loi personnelle applicable à la capacité mais celles-ci devraient demeurer limiter au strict nécessaire par rapport au domaine de la loi applicable qui reste plus large et couvrant la majorité des aspects du contrat[1552].

[1550] P. MAYER, V. HEUZE, « *Droit international privé* », 10ème Ed. Montchrestien, Lextenso 2010, n° 774, p. 546 ; V. également O. CACHARD, « *Droit du commerce international* », 2ème Ed. LGDJ 2011, n° 405, p. 185.
[1551] Arrêt *American Trading Co., 5 décembre 1910, B. Ancel et Y. Lequette*, *op. cit*.
[1552] V. dans le même sens Th. VIGNAL, « *Droit international privé* », 3ème Ed., Dalloz 2014, n° 457, p. 271.

Les questions de la volonté et du consentement des parties relèvent très largement du domaine de la loi applicable à la substance contractuelle, que cette loi ait choisie par les parties ou de manière objective, par les règles de conflits de loi. Ce domaine de la loi applicable au contrat fixera le régime de la rencontre des volontés et des vices du consentement, et si cette rencontre de volonté doit être renforcée par un élément extérieur pour que le contrat soit conclu, notamment par le recours à une certaine forme. Il fait également partie du domaine naturel de la *lex contractus* l'exécution et les effets du contrat.

Le domaine de la loi applicable au contrat électronique se trouve encadré par plusieurs conventions internationales précédemment évoquées. En vertu de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, ce domaine apparaît très large puisqu'aux termes de l'article 8 « *la loi applicable […] régit la formation et la validité du rapport de représentation, les obligations des parties et les conditions d'exécution, les conséquences de l'inexécution et l'extinction de ces obligations* ».

La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, quant à elle, ne donne pas de précision détaillée quant au domaine de la loi applicable au contrat, mais indique à l'article 2 que « *les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi* », c'est à dire que si le consentement des parties sur la loi applicable à leur relation contractuelle est déclaré valable en vertu de la loi désignée, c'est celle-ci qui régira tous les aspects du contrat, ce qui laisse comprendre aussi qu'en l'absence de choix des parties de la *lex contractus*, le domaine de cette dernière, tout particulièrement les conditions du consentement des parties, sera celui de la loi déterminée selon les règles de la Convention : la loi de la résidence habituelle du vendeur, etc[1553].

Le Règlement Rome I est plus précis quant au domaine de la loi reconnue applicable au contrat. Il soumet à la *lex contractus* la plupart des questions qui peuvent surgir durant la durée de vie du contrat. La *lex contractus* est appelée à

[1553] L'article 10 du Règlement Rome I va dans le même sens et considère que « *l'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables* ».

fixer le régime auquel les parties sont soumises pendant la relation contractuelle jusqu'à l'extinction des obligations.

Il convient dans ce cadre de tenir compte des précisions apportées par le premier paragraphe de l'article 10 du Règlement qui précise que « *l'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables* ». Par ailleurs, l'article 12, paragraphe 1 du Règlement énumère un certain nombre de points qui relève du domaine de *la lex contractus*. Il s'agit, selon ce texte, les questions relatives à l'interprétation du contrat, à l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations découlant du contrat, y compris l'évaluation du dommage, le cas échéant, les divers modes d'extinction des obligations, les prescriptions et échéances fondées sur l'expiration d'un délai et enfin, les conséquences de la nullité du contrat. Cette énumération de l'article 12 du Règlement n'est donnée qu'à titre indicatif puisqu'elle est précédée de l'adverbe « *notamment* », ce qui confère au domaine de la loi applicable la portée la plus large possible. Mais les articles précités englobent déjà tous les aspects de la formation du contrat tenant aux vices du consentement, à l'existence et à la validité du contrat, à l'exclusion des questions de forme qui relèvent de l'article 11 du Règlement Rome I pour lesquelles celui-ci retient une alternative à deux branches posant la règle matérielle selon laquelle le « *contrat conclu entre des personnes […] qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu* ».

Les modalités de formation du contrat varient d'un pays à l'autre et ne s'opèrent pas forcement de la même façon, dans les mêmes conditions et au même moment. Il relève donc à la loi applicable au contrat de déterminer les caractères que doit présenter une proposition pour constituer une offre, les hypothèses permettant la rétractation, la valeur d'une acceptation ou une contre-offre, le sens à donner à l'écrit électronique, à la signature électronique, à la valeur et la force probante de celle-ci, la période pendant laquelle une offre reste valable. Il dépend

également de la loi applicable au contrat, le moment ainsi que le lieu de la conclusion de celui-ci.

A l'égard du consentement, le second paragraphe de l'article 10 du Règlement pose une règle spéciale sur la question de la valeur du silence gardé par la partie lors des négociations contractuelles. Il résulte de cet article que la valeur du silence est soumise à la loi applicable au contrat, mais il est possible pour la partie qui prétend n'a pas consenti de le démontrer en se référant à la loi du pays de sa résidence habituelle. Cette application de la loi de la résidence habituelle est subordonnée à la condition qu' « *il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi [applicable au contrat]* », laquelle est laissée au pouvoir d'appréciation du juge en présence de termes vague comme « *circonstances* », « *raisonnable* » et « *comportement* ». Le rapport *Giuliano-Lagarde* indique à ce propos que le mot « *consentement* » couvre aussi bien une attitude active que passive de la partie en cause et pas uniquement le silence et qu'il s'agit de toutes les circonstances de la cause et non pas seulement celles dans lesquelles a agi la partie qui prétend ne pas consentir[1554]. Ces indications restent ambigües mais elles confèrent au juge un cadre d'appréciation selon les cas qui se présentent, en tenant compte notamment des usages observés par les parties et aux relations d'affaires antécédentes[1555].

Cette solution de l'article 10 du Règlement Rome I, qui a été reprise de l'article 8 de la Convention de Rome, est identique à celle adoptée par la Loi fédérale suisse sur le droit international privé dans l'article 123 qui déclare que « *la partie qui ne répond pas à l'offre de conclure un contrat peut demander que les effets de son silence soient régis par le droit de l'Etat dans lequel elle a sa résidence habituelle* ».

De plus, le recours à cette règle de résidence habituelle a uniquement un caractère exceptionnel et peut seulement se faire pour prouver qu'il n'y a pas eu de consentement, mais ni pour produire l'effet inverse à savoir d'établir que la partie contestant ce consentement serait engagée alors que la loi applicable au contrat ne

[1554] Rapport Giuliano-Lagarde concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal officiel des Communautés européennes, N° C 282, 31 oct. 1980, p. 28. Disponible en ligne à l'adresse : https://www.lynxlex.com/sites/default/files/files/Rapport%20Giuliano-Lagarde.pdf
[1555] *Ibid.*

le pense pas ni pour opérer en d'autres occasions[1556]. De toute manière, cette solution a le mérite, comme l'estime, à juste titre, Mme Gaudemet-Tallon, d'éviter « *un morcellement systématique de la loi applicable au consentement et préserve cependant l'équité dans les cas où cette dernière impose de remplacer la loi du contrat par la loi de la résidence habituelle de la partie silencieuse* »[1557].

Il faut ajouter dans la même veine que la *lex conractus* est appelée à régir l'interprétation du contrat. Cette affirmation semble relever de l'évidence, mais il y a lieu de rappeler que les règles d'interprétation varient substantiellement entre les Etats.

La *lex contractus* régit également le régime des sanctions de l'inexécution d'obligations contractuelles. En référence à l'article 12, paragraphe 1, c) du Règlement Rome I, il semble que cette compétence de la *lex contractus* ne vaut que « *dans les limites des pouvoirs attribués à la juridiction saisie par son droit procédural* ». Si, par exemple, des dommages-intérêts sont réclamés par une partie en raison de l'inexécution du contrat, la possibilité de les accorder serait encadrée par les procédures applicables dans la juridiction saisie. Comme le soulignent certains auteurs « *on peut sans doute considérer que la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs est liée à une certaine conception de la fonction et des pouvoirs du juge, et que, comme telle, elle s'inscrit dans la sphère de compétence irréductible de la lex fori* »[1558]. C'est donc la *lex fori* qui vient concurrencer la *lex contractus*. Lagarde souligne également dans ce contexte que « *la détermination des dommages réparables relève indiscutablement de la loi du contrat, mais leur évaluation est considérée dans certains pays, notamment ceux de common law, comme une question procédurale* »[1559]. Par contre, d'autres auteurs estiment que la

---

[1556] Le rapport Giuliano-Lagarde précise dans ce cadre que « *l'application du paragraphe 2 pourra aboutir à une décision déliant une partie qui aurait été liée en vertu du paragraphe 1, mais elle ne pourra jamais produire l'effet contraire de déclarer un contrat conclu contrairement* ». Rapport Giuliano-Lagarde concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal officiel des Communautés européennes, *Ibid* ; V. également M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 223.

[1557] H. 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* », *op.cit*.

[1558] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, « *Droit du commerce international et des investissements étrangers* », 2ème Ed. LGDJ 2016, n° 204, p. 174.

[1559] P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. crit. DIP 1991. 287.

lex contractus emporte de véritables règles d'évaluation des dommages à réparer[1560].

La *lex contractus* s'applique à l'extinction des obligations. Le principe qui dicte que le régime d'une obligation est soumis à la loi de sa source conduit à appliquer la loi du contrat à son extinction[1561]. L'article 12, paragraphe premier, d) soumet à la loi applicable au contrat « *les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai* ». La loi applicable au contrat qui détermine quand les obligations ont été remplies, elle détermine également les obligations s'éteignant malgré l'absence d'exécution (par l'effet de la novation, prescription, etc.)[1562]. Au même titre, l'article 12, paragraphe premier, e) soumet à la loi applicable au contrat « *les conséquences de la nullité* », ce qui laisse entendre que lorsque la loi applicable au contrat régit les conséquences de la nullité, il est assez naturel que cette même loi soit appelée à se prononcer sur la cause de la nullité. Mais, dans la même logique, la loi du contrat sera également applicable aux conséquences de la nullité si la cause de nullité émane d'une autre loi (l'exemple des lois de police étrangère)[1563].

Toutefois, si la loi applicable au contrat électronique couvre un domaine très large, il est encore nécessaire de préciser à quels aspects elle ne s'applique pas.

B - Les questions exclues

Si la *lex contractus* a vocation à se prononcer sur tous les aspects du contrat, encore faut-il que ceux-ci relèvent du champ d'application de l'instrument appelé à régir le conflit de lois de l'espèce considéré[1564]. Pour le Règlement Rome I, le domaine de la loi applicable présente un lien évident avec son champ d'application matériel, car « *le Règlement ne saurait en effet donner à la loi qu'il*

[1560] P. MAYER, V. HEUZE, « *Droit international privé* », 10ème Ed. Montchrestien, Lextenso 2010, n° 787, p. 553.
[1561] B. AUDIT, L. D'AVOUT, « *Droit international privé* », 6ème Ed., ECONOMICA 2010, n° 854, p. 749
[1562] S. FRANCQ, « *Loi applicable aux obligations contractuelles (Matières civile et commerciale)* », Répertoire de droit européen, mars 2013 (actualisation : juin 2016).
[1563] J.-M. JACQUET, S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « *Synthèse - Contrats internationaux* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Droit international, Date de fraîcheur : 20 Mars 2017.
[1564] Tel que le Règlement Rome I, conventions internationales, etc.

désigne une vocation plus large que la sienne propre »[1565]. Il en résulte que certaines questions échappent au domaine de la loi applicable et peut conduire, dans certaines hypothèses, à une application analogue de la *lex contractus* et d'une autre loi dont l'intervention sera limitée à un aspect exclu du domaine du Règlement.

Il en va ainsi de la question de la capacité des personnes physiques que le Règlement Rome I a exclu de son domaine d'application et qui est traditionnellement régie par la loi nationale des intéressées[1566], ce qui laisse, pourtant, un risque de décisions divergentes selon les législations applicables.

Une règle matérielle sur l'incapacité est pourtant contenue dans l'article 13 du Règlement mais qui est destinée à éviter que l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for n'emporte pas un préjudice injustifié à l'une des parties en limitant la possibilité d'invoquer l'incapacité lorsque celle-ci est légitimement inconnue de son cocontractant. On reconnaît ici une consécration de la célèbre affaire *Lizardi*[1567] dont les faits se rapportent à un étranger mineur d'après sa loi nationale, mais majeure en France au moment de paiement de certains bijoux qui ont été vendus par des joailliers français et ont été fournis en présence de la famille de *Lizardi* et sans opposition de celle-ci. Mais une fois qu'il a atteint l'âge de majorité, *Lizardi* assigna ses cocontractants devant le tribunal pour obtenir la nullité de ses engagements en raison de son état de minorité à l'époque.

La Cour de cassation française, en rejetant le pourvoi formé contre la décision qui avait confirmé en appel la décision d'instance, avait soutenue que « *le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations de leurs dispositions concernant notamment la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile ; qu'il suffit alors, pour la validité du contrat, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi* »[1568]. Il s'agit de protéger le

---

[1565] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, « *Droit du commerce international et des investissements étrangers* », *op.cit*., n° 205, p. 175.
[1566] O. CACHARD, « *Droit du commerce international* », *op.cit.,* n° 406, p. 186.
[1567] Cass. ch. req., 16 janv. 1861, *Lizardi c/ Chaize et autres in* B. ANCEL ET Y. LEQUETTE, *« Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé »*, *op.cit*., n° 5.
[1568] La Cour de cassation avait déclaré qu' « *il n'est pas établi que les défenseurs éventuels aient connu la qualité d'étranger du demandeur quand ils ont traité avec lui ; qu'il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué qu'en lui faisant diverses ventes d'objets mobiliers de leur commerce, ils ont agi avec une entière bonne foi ;*

contractant de bonne foi quelle que soit sa nationalité lorsqu'il se trouve dans le même pays avec son cocontractant et que ce dernier est capable selon la loi de ce pays, mais incapable selon la loi d'un autre pays (qui pourrait être la loi de sa nationalité). Ce dernier ne peut pas opposer son incapacité que si « *au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part* ». La transposition de cette condition au commerce électronique relève quelques difficultés en présence d'un contrat dont les parties se trouvent derrière les écrans de leurs ordinateurs, mais du moins elle permet au cybercommerçant de prouver sa bonne foi et qu'il n'est pas en mesure de connaître cette incapacité. Là encore, s'il arrive à démontrer sa prudence à l'égard du risque de se trouver face à un mineur.

La Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels[1569] et la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation[1570] tiennent également à l'écart de leur domaine d'application la question de la capacité.

D'autres questions sont également exclues du domaine de la *lex contractus* en vertu du Règlement Rome I, notamment les accords d'élection de for et d'arbitrage. Pour la Cour de justice[1571], interrogée sur l'interprétation à donner de l'article 10, § 2 du Règlement Rome I à propos d'une clause attributive de juridiction, a suivi les conclusions de l'avocat général M. Szpunar[1572] qui avait rejeté cette question en indiquant que « *l'article 1er, paragraphe 2, sous e), du règlement no 593/2008 exclut expressément de son champ d'application les « conventions d'élection de for ». Il s'ensuit que ce règlement ne saurait jouer aucun rôle dans la détermination de la compétence juridictionnelle* » et, par conséquent, il ne saurait décider de la loi applicable au consentement à une clause attributive de juridiction.

---

que le prix de ces ventes, quoique assez élevé, n'était pourtant point hors de proportion avec la fortune de Lizardi ; que ces fournitures lui ont été faites en présence de sa famille et sans aucune opposition de la part de celle-ci ; que les objets vendus ont même profité en partie au demandeur, et que rien n'a pu faire pressentir aux défendeurs éventuels que Lizardi, quoique âgé alors de plus de 22 ans, était cependant encore mineur d'après les lois de son pays ».

[1569] Art. 5 de la Convention.

[1570] Art. 2 de la Convention.

[1571] CJUE, 2ème ch., 7 juillet 2016, *Hőszig Kft. c/ Alstom Power Thermal Services*, Aff. C-222/15.

[1572] V. Conclusions de l'avocat général M. MACIEJ SZPUNAR, présentées le 7 avril 2016, Aff. C-222/15.

Sur un autre terrain se rapportant à la rupture des négociations contractuelles, le domaine de la *lex contractus* subit des variations. Les contrats internationaux sont généralement précédés des pourparlers dont la rupture peut être préjudiciable à l'une des parties. En matière du contrat électronique international, si la plupart des contrats se forment d'une manière instantanée, sans qu'il ait forcement des négociations préalables, cela n'empêche de constater que certains contrats électroniques peuvent être précédés des échanges entre les parties avant qu'ils soient formés. C'est l'exemple typique des offres adressées par courrier électronique et pour lesquelles le destinataire de l'offre dispose de la possibilité de négocier celle-ci avant la conclusion du contrat. De toute manière, la rupture des négociations est susceptible de relever pour partie du Règlement Rome I et pour une partie du Règlement Rome II n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

Cette répartition apparaît lorsque la valeur juridique des pourparlers se trouve variable selon les droits nationaux en cause. Pour certains cas, le contrat peut être considéré non formé suite à une rupture fautive des pourparlers et seule la voie délictuelle peut être empruntée. Dans d'autres cas, les négociations donnant lieu à des accords sur des éléments essentiels du contrat peuvent former celui-ci et, en conséquence, la rupture de ces négociations serait inefficace. Si une partie fait prévaloir ce dernier cas d'espèce, la question relève sans le moindre doute du Règlement Rome I et entrera dans le domaine de la *lex contractus*. A ce propos, le paragraphe 1er de l'article 10, qui régit le consentement et la validité au fond des contrats, prévoit que l'existence du contrat est soumise à la loi qui serait applicable en vertu du Règlement si le contrat était valable, en d'autres termes, « *formé* ».

Le Règlement Rome I cesse de s'appliquer et, partant, il ne relève pas de la compétence de la *lex contractus* les « *obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat* »[1573], c'est à dire dans l'hypothèse où la question est simplement de savoir si la rupture des négociations peut être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle de son auteur, ce qui relève donc du Règlement Rome II.

[1573] Art. 1er, parag. 2 du Règlement Rome I.

Comme le constatent, très justement, certains auteurs, « *ce schéma pourrait conduire à l'application parallèle de deux lois différentes aux versants contractuel (le contrat est-il formé ?) et non contractuel (à défaut, la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture est-elle engagée ?) de la rupture des pourparlers* »[1574]. Autrement dit, nous sommes sous l'empire du Règlement Rome I pour répondre si la rupture des pourparlers est trop tardive, car le contrat est formé et nous sommes également dans le champ d'application du Règlement Rome II pour dire si la rupture résulte du comportement fautif de son auteur au cours des négociations.

Le Règlement Rome II apporte, toutefois, une intéressante solution dans le premier paragraphe de l'article 12 qui étend le domaine de la *lex contractus* et qui est susceptible d'épargner certaines difficultés pratiques autour de ces questions. A ce titre, lorsque l'une des parties prétend avoir subi un dommage consécutif au comportement de l'autre partie durant les négociations contractuelles, la loi applicable est, en principe, que le contrat soit formé ou non, celle qui régit le contrat, ou qui l'aurait régi s'il avait été effectivement conclu ; mais si elle ne peut être déterminée sur ce fondement, le juge saisi doit l'identifier en suivant l'un quelconque des critères énumérés dans le même article du Règlement précité.

En résumé, le Règlement Rome I recherche à travers la *lex contractus* si le contrat était formé pour étendre son domaine aux autres aspects de celui-ci, alors que le Règlement Rome II écarte cette hypothèse et désigne, par principe, la loi qui régit le contrat ou qu'il l'aurait régi, que ce contrat soit formé ou non.

Si, certains aspects, comme nous l'avons vu, peuvent échapper au domaine de la loi applicable au contrat électronique international, d'autres lois « *internationalement impératives* » peuvent écarter l'application de la loi désignée au bénéfice d'une autre loi.

II - Les exclusions à l'application de la loi désignée : l'incidence des lois de police

D'une manière générale, nous pensons souvent avoir réglé la question de la loi applicable à un contrat international, que ce soit par un accord des parties ou par

[1574] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, « *Droit du commerce international et des investissements étrangers* », *op.cit.,* n° 209, p. 179.

les règles de conflit de loi, en ayant déterminé une loi précise comme loi du contrat. Toutefois, pendant ou après la résolution de cette question, certaines lois sont appelées à intervenir, que les parties le désirent ou pas, que le juge le souhaite ou pas, et à interagir ainsi avec la loi du contrat.

Ce sont des lois qui n'ont pas pour objet direct la régulation du contrat, mais qui doivent être respectées parce qu'elles s'imposent par les réglementations étatiques et pour assurer un certain équilibre contractuel. Ces lois, communément appelées des lois de police, sont expressément envisagées par les différentes législations des Etats du monde entier. Le Règlement Rome I les prévoit dans le premier paragraphe de l'article 9 sous la définition suivante « *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 règlement* » et sous deux formes déjà connues : lois de police du for que nous pouvons relever du deuxième paragraphe du même article « *les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* » et des lois de police étrangère, c'est à dire, les « *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* »[1575]. Dans d'autres législations, il faut s'attendre aussi à ce que les lois de police interviennent, ce qui revient à dire qu'un cybercommerçant qui tient un site Internet de vente ou de fourniture de services par voie électronique peut très difficilement savoir à quelles exigences législatives il va se trouver confronté, sauf bien évidemment à limiter le champ géographique de son commerce en ligne.

En matière contractuelle en général, et du commerce électronique en particulier, une autre conception de l'impérativité s'est développée et se dessine dans la jurisprudence tendant à qualifier de lois de police internationalement applicables, les règles de protection du cyberconsommateur lorsqu'une politique juridique vise à protéger ce dernier, considéré comme la partie faible dans une relation contractuelle conclue par voie électronique.

[1575] Art. 9, parag. 3 du règlement Rome I.

Les lois de polices, sous leurs différentes formes, représentent la principale limite à la loi applicable au contrat électronique international, ce qui nécessite de traiter leur impact sur celle-ci (A). Elles sont également présentes dans les rapports impliquant des cyberconsommateurs, plusieurs ordres juridiques ont tendance à qualifier de lois de police, les règles protectrices des consommateurs (B).

A - L'appréciation des lois de police au regard du contrat électronique

Il n'est pas facile de savoir quand une loi donnée constitue une loi de police. Alors que celle-ci est une notion propre aux rapports internationaux, elle doit être toujours envisagée sous cet angle[1576]. Cette loi de police n'utilise pas la méthode conflictuelle bilatérale, mais elle applique la règle unilatérale qui consiste à déterminer son champ d'application sans se soucier de l'éventuelle application d'une autre loi, ce qui ne signifie pas non plus que toute règle unilatérale est une loi de police. Il faut encore que la loi de police se rapproche d'une réglementation directe du rapport international. La recherche de la qualification de loi de police trouve son intérêt plutôt dans le cas où la loi applicable, au fond, est une loi étrangère. Autrement dit, s'il s'agit de la loi du for, celle-ci s'applique avec ses règles impératives, mais s'il s'agit d'une loi du fond étrangère, c'est là qu'il sera possible d'invoquer l'existence d'une loi de police du for qui aura une prééminence par rapport à la loi du fond étrangère[1577].

Toutefois, ces considérations ne suffisent pas à préciser la notion de loi de police. Comment peut-on conférer à une loi la qualification de loi de police, permettant ainsi, en matière du contrat électronique international, de ne pas passer à côté d'une loi dont le non-respect pourrait entraîner l'invalidité de la relation contractuelle ?

Pour M. Vignal, la démarche consiste à définir « *un minimum de liens avec le rapport de droit envisagé* »[1578] qui est généralement, selon l'auteur, un rattachement territorial tel que le lieu d'exécution d'une activité ou d'un contrat.

[1576] Th. VIGNAL, « *Droit international privé* », *op. cit*., p. 43, n° 64.
[1577] *Ibid*., p. 43, n° 65.
[1578] *Ibid*, p. 43, n° 66.

Les auteurs M. Bureau et M. Muir Watt estiment que le juge doit, dans le cadre de la qualification des lois de police, « *déduire cette qualification de l'importance de la politique poursuivie, de la finalité de la loi, des conséquences de sa non-application…Dans cette voie, la présence de sanctions pénales pourrait constituer un fort indice d'impérativité* »[1579]. Cependant, cet indice qui revêt, selon M. Bureau et M. Muir Watt, une grande importance pour la qualification des lois de police, est exclu par le juge des référés, dans une ordonnance du 14 avril 2008, en estimant que « *la seule circonstance tenant au fait que le défaut de respect de certaines de ses dispositions soit sanctionné pénalement ne permet pas d'évidence de retenir le caractère impératif de [l'application de la loi française] à la situation considérée [...]* »[1580].

Toutefois, cette démarche de qualification qui repose sur la recherche des objectifs ou des politiques juridiques poursuivis, constitue pour certains internationalistes[1581] une solution adaptée à la nature même de la loi de police. Cela consiste à « *découper ce domaine au plus près de ce que requiert la pleine efficacité de la politique législative poursuivie* »[1582], car « *cette dépendance du facteur de rattachement par rapport à la réalisation des objectifs poursuivis par la règle substantielle qui distingue la loi de police de la règle de droit privé ordinaire* »[1583]. C'est d'ailleurs ce lien de rattachement avec l'objectif poursuivi que la chambre commerciale de la Cour de cassation française a soutenu dans un arrêt du 27 avril 2011[1584] pour annuler la décision de la juridiction inférieure[1585].

[1579] D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé* », *op.cit.,* p. 314, n° 911.
[1580] Ordonnance réf., 14 avr. 2008, *Bénédicte S c/ Google Inc., Google France*. Accessible sur le site : legalis.net
[1581] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « *Droit international privé* », *op.cit*., p. 167.
[1582] *Ibid*.
[1583] *Ibid*.
[1584] Cass., civ., ch. comm., 27 avril 2011, n° 09-13.524, Bull. 2011, IV, n° 60.
[1585] La Cour de cassation a cassé et annulé la décision de la Cour d'appel de Paris rendue le 12 février 2009 sur le fondement suivant : « *attendu que, pour dire que les cessions de créances consenties par la société CS Telecom aux banques étaient inopposables à la société Urmet en application de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 et confirmer la condamnation de la société Telecom Italia au paiement direct de la somme restant due à cette dernière, l'arrêt retient que cette loi étant une loi de protection du sous-traitant et de sauvegarde de l'organisation économique du pays, elle doit être considérée comme une loi de police ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par le texte précité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». Cass., civ., ch. comm., 27 avril 2011, *Ibid*.

M. Warusfel et M. Vivant considèrent, quant à eux, que les lois de police sont « *[des] lois qui ont pour trait d'être a priori insaisissables car un Etat pourra être très sourcilleux sur une question qui laissera indifférent un autre Etat* », ce qui nécessite d'adopter une démarche très prudente consistant à « *identifier tous les « points de contact » qu'une opération donnée peut avoir avec différents pays et de demander dans chacun de ces pays à un correspondant local de dresser un état des lieux des lois de police dudit pays ».* Ils donnent, à ce titre, l'exemple d' *« un contrat rapprochant une entreprise américaine et un groupement constitué d'une entreprise française et d'une entreprise allemande, relatif à un logiciel conçu et commercialisé pour la première fois en France, et faisant appel au financement d'un établissement bancaire suisse, peut être raisonnablement considéré des points de vue allemand, américain, français et suisse, il faudra donc demander dans chacun de ces pays à un juriste spécialisé quelles peuvent être les lois de police susceptibles de jouer* »[1586]. Même si, en matière de contrat électronique, cette démarche s'avère lourde à appliquer, car dans la plupart des cas, ce contrat se forme sans tenir compte des questions relatives aux lois de police prévisibles dans le rapport contractuel concerné, ce point de vue a, pourtant, une portée non négligeable, notamment pour le cyberprofessionnel qui dirige ses activités vers plusieurs pays et qui risque, en dehors de la loi désignée par les contrats qu'il conclut régulièrement par voie électronique, de se trouver confronter à une règle impérative d'application immédiate mettant en cause, non seulement le contrat objet de litige, mais peut être aussi tout son commerce en ligne dans le pays concerné par cette loi de police. En effet, le contrat électronique peut présenter facilement des contacts avec de multiples pays et il ne serait pas étonnant qu'il courre un risque accru d'entrer dans le champ d'une loi de police.

C'est justement pour éviter ce risque de se voir appliquer les lois de police de la terre entière, que M. Warusfel et M. Vivant invitent à s'appuyer pour le déclenchement de l'application des lois de police sur des liens particuliers de rattachement ou points de contacts. On peut prendre l'exemple des enchères à distance inversées qui consistent à mettre en concurrence par voie électronique, en l'occurrence sur une plateforme électronique, plusieurs fournisseurs invités à

[1586] B. WARUSFEL, (ss resp. de M. VIVANT), « *Titre 2 : Les contrats informatiques »*, Le Lamy droit du numérique, Mise à jour 06/2017.

enchérir à la baisse. Ces enchères à distance sont interdites en France pour les produits agricoles ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits[1587]. La Circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales indique que cette réglementation revêt le caractère de loi de police[1588]. Cette interdiction, selon la Circulaire, s'applique à tous les contrats ayant pour objet l'approvisionnement d'un acheteur qui destine ces produits à la revente en France. En présence de ces exigences, tous contrats conclus à l'issue d'enchères inversées à distance, sous le régime juridique d'une loi étrangère, sont susceptibles d'être annulés s'ils portent sur les produits interdits destinés à la revente en France. En cas de litige, et si c'est le juge français qui est saisi de l'affaire, il lui incombe l'obligation d'annuler le contrat en vertu de ses lois internes. Si le juge saisi est d'un autre Etat membre, il évaluerait certainement le cas d'espèce au regard de l'article 9, paragraphe 3 du Règlement Rome I, puisque tous les éléments de cette situation sont réunis dans ce paragraphe qui donne effet d'un côté, aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être exécutées. Dans le cas d'espèce il s'agit bien du territoire français qui rassemble aussi bien le lieu de livraison et la loi de police concernée, et, d'un autre côté, aux dispositions des lois de police qui rendent l'exécution du contrat illégale, ce qui est bien le cas de l'interdiction prévue au Code de commerce. Le point de contact de loi de police avec la France est, donc, clairement identifié dans cet exemple.

En effet, parmi les spécificités des lois de police, on note qu'elles sont qualifiées comme telles sans besoin d'être désignées par la règle de conflit qui vaut pour la situation considérée[1589]. Un lien établi entre la situation juridique considérée et les objectifs poursuivis par les lois de police suffira pour qu'une application impérative de celles-ci soit requise[1590].

[1587] Art. L. 442-10, III du Code de commerce français.

[1588] Art. 6.3, Circulaire du 8 décembre 2005 relative aux relations commerciales (JORF n°303 du 30 décembre 2005, p. 20557) « *(...) la nullité des contrats ne remplissant pas les exigences de l'article L. 442-10 du code de commerce s'impose et revêt le caractère de loi de police. Elle s'applique à tous les contrats qui ont pour objet l'approvisionnement d'un acheteur de produits destinés à la revente en France* ».

[1589] J.-M. JACQUET, S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « *Synthèse 150 : Contrats internationaux* », *op.cit.*, n° 46.

[1590] *Ibid.*

A ce titre, la définition européenne de la loi de police, consacrée par le célèbre arrêt *Arblade* de la Cour de justice du 23 novembre 1999[1591], attache cette qualification à toutes « *dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* ». Cette définition qui rappelle fortement celle donnée par Phocion Francescakis[1592], a inspiré les rédacteurs du Règlement Rome I qui ont défini une loi de police des termes suivants : « *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 règlement* »[1593]. Les lois de police apparaissent, donc, comme des dispositions internationalement impératives qui doivent être absolument distinguées de celles qui sont impératives au sens du droit interne auxquelles se réfère le troisième paragraphe de l'article 3 du Règlement et les dispositions impératives du droit de l'Union européenne auxquelles se réfère le quatrième paragraphe du même article[1594].

[1591] CJCE, *Arblade*, 23 nov. 1999, aff. Jointes C-369/96 et C-376/96. En l'espèce, il s'agissait d'examiner si les exigences posées par une réglementation nationale comportent des effets restrictifs sur la libre prestation des services et si dans le domaine considéré, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général justifient de telles restrictions à la libre prestation des servives et de vérifier, dans l'affirmative, si cet intérêt n'est déjà pas assuré par les règles de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi et que le même résultat ne peut pas être obtenu par des règles moins contraignantes. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer le sort à réserver à certaines dispositions de la loi belge concernant le salaire minimal, le versement de cotisations sociales, etc, concernant deux salariés de deux entreprises françaises étant venus travailler en Belgique. Les entreprises françaises ont refusé d'appliquer les dispostions belges, considérant qu'ils avaient déjà acquité de leurs obligations analogues en application de la loi française et que leur imposer les dispsotions belges constituent une restriction à la libre prestation de services sur le territoire européen. La Cour de justice qui n'a pas contesté le qualificatif des dispostions belges en cause de lois de police a indiqué que « *même en l'absence d'harmonisation en la matière, la libre prestation des services en tant que principe fondamental du traité ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi* ».

[1592] Selon Monsieur Phocion Francescakis, les lois de police sont celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvgarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* ». V. Ph. FRANCESCAKIS, « *V° Conflits de lois (principes généraux) », in* Répértoire droit international, Dalloz, 1968, apéc. n° 137.

[1593] Art. 9, parag. 1, Règlement Rome I.

[1594] J.-M. JACQUET et S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « *Synthèse 150 : Contrats internationaux », op.cit.*, n° 45. V. également le Consid. n° 37 du Règlement Rome I qui indique clairement que « *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* ».

Malgré cette pluralité de définition des lois de police, leur application varie selon à ce qu'on est en présence des lois de police du for ou des lois de police étrangères.

Les lois de police du for apparaissent lorsque le rapport de droit est soumis à une loi étrangère alors qu'il existe une éventuelle application d'une règle du for, qualifiée de loi de police. Dans ce cas, soit le juge évoque l'existence de loi de police du for et applique la règle impérative, soit c'est l'une des parties qui l'évoque et dans ces conditions, le juge peut choisir de retenir la qualification de loi de police, mais il ne le fera pas systématiquement[1595]. Cette primauté de la loi de police du for sur la loi étrangère normalement applicable est reconnue particulièrement par l'article 9 du Règlement Rome I.

Mais, la question est plus complexe lorsqu'on est, dans un litige à caractère international, en présence d'une loi de police étrangère. Celle-ci désigne une loi étrangère à la loi du for dont l'application est revendiquée en tant que loi de police. Cela suppose que la règle étrangère est bien une loi de police, ce qui nécessite de rechercher si la situation entre bien dans le champ d'application de la loi de police étrangère[1596], au lieu d'envisager une bilatéralisation du critère désignant la loi de police du for, laquelle est critiquée par M. Vignal, car elle « *comporte le risque d'assimiler la règle étrangère à la loi du for, qui est une loi de police, et donc de la traiter comme une loi de police alors qu'elle n'en est pas une, ce qui peut conduire à l'appliquer dans un cas où elle-même n'a pas prévu son application. Après tout, sur des questions voisines ou identiques, la règle du for peut être une loi de police alors que la règle étrangère n'en est pas une* »[1597].

En toute hypothèse, il semble que le règlement Rome I limite considérablement, dans son article 9, § 3, la possibilité de donner effet aux lois de police étrangères à celles du lieu d'exécution du contrat. Le texte enlève donc le critère du lien étroit avec la situation en cause, adopté par la Convention de Rome[1598] qui traite des lois de police étrangères sans distinction, au profit du critère

[1595] Th. VIGNAL, « *Droit international privé* », *op.cit.*, p. 45, n° 70.
[1596] *Ibid.*, p. 45, n° 73.
[1597] *Ibid.*, p. 48, n° 72.
[1598] Le premier paragraphe de l'article 7 de la convention de Rome subordonne l'application de la loi de police étrangère à l'existence d'un lien étroit entre le contrat et le pays auquel la loi appartient. Ce qui confère, en conséquence, un pouvoir d'appréciation au juge saisi dans sa démarche de qualification d'une loi à une loi de

du lieu d'exécution qui impose de ne tenir compte que des lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées[1599], et ceci uniquement dans la mesure où ces lois rendent illégale l'exécution du contrat.

La Cour de justice a eu l'occasion de clarifier les dispositions de l'article 9 §3 du Règlement Rome I dans un arrêt récent du 18 octobre 2016[1600]. La question préjudicielle posée à la Cour était de savoir si l'article 9, paragraphe 3, du Règlement Rome I doit être interprété d'une manière restrictive en ce sens que seules les lois de police de l'Etat du for ou de l'Etat d'exécution du contrat peuvent être invoquées ou s'il demeure possible de prendre indirectement en considération les lois de police d'un autre Etat membre. La Cour, après avoir rappelé la volonté du législateur européen de restreindre les perturbations des règles communes de conflit de loi par l'application des lois de police autres que celles de l'Etat du for, a affirmé que l'article 9 est d'interprétation stricte, les hypothèses d'application des lois de police énumérées par cet article sont exhaustives. Toutefois, la Cour de justice apporte une précision importante en énonçant que « *l'article 9 dudit règlement ne s'oppose pas à la prise en compte, en tant qu'élément de fait, des lois de police d'un Etat autre que l'Etat du for ou que l'Etat dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat, en vertu des dispositions du même règlement, la prévoit* »[1601]. Il convient de relever ici que cet arrêt s'est prononcé sur l'applicabilité des lois de police qui ne figurent pas parmi les restrictions de l'article 9 du Règlement, alors qu'il aurait pu faire une interprétation stricte de cet article. C'est peut-être que la Cour de justice ne voulait pas conférer aux lois de police un champ

---

police. Selon ce paragraphe de l'article 7 « *pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application* ».

[1599] La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 février 2015 a écarté l'application des lois de police américaines en adoptant un raisonnement fondé à la lettre sur les dispositions de l'article 9 du Règlement Rome I : « *considérant qu'en application de l'article 9 du Règlement 'Rome I' il ne peut être donné effet à une loi de police étrangère que s'il s'agit d'une loi de police du lieu d'exécution du contrat et si cette loi de police rend illégale l'exécution du contrat ; qu'en l'espèce, sans avoir à se prononcer sur la qualification de loi de police des dispositions du Code des Réglementations Fédérales, 'CFR', instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran, la Cour ne peut donner d'effet à la loi américaine, qui n'est ni une loi de police française, ni une loi de police iranienne* ». CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 25 Février 2015, n° 12/23757.

[1600] CJUE, Grande chambre, 18 Octobre 2016, *Republik Griechenland c/ Grigorios Nikiforidis*, Aff. C-135/15.

[1601] V. point 51, CJUE, Grande chambre, 18 Octobre 2016, Republik Griechenland c/ Grigorios Nikiforidis - n° C-135/15.

délimité, pour permettre à une juridiction saisie de rendre une décision équitable qui tient compte des intérêts légitimes des parties, ainsi que des intérêts des Etats dont le droit exerce un impact sur un rapport de droit déterminé.

Mais en dehors de cette interprétation de la Cour de justice, il convient d'observer que les dispositions du troisième paragraphe de l'article 9 du Règlement sont susceptibles de conduire à un recul de l'application des lois de police étrangères. Par ailleurs, la restriction au lieu d'exécution adoptée par l'article 9 du Règlement convient mal au contrat électronique où la localisation géographique d'une exécution en ligne n'est pas aisée. C'est toujours la loi de police dont l'application dépend de critères territoriaux qui soulève le plus de difficultés dans un environnement dématérialisé, ce qui rendra la vérification de ce critère assez périlleuse en matière du contrat électronique international.

En outre, cette restriction aux lois de police entachant la légalité de l'exécution du contrat, est là encore maladroite, car une loi de police étrangère peut viser la suspension de la prestation contractuelle, voire même conditionner son exercice, sans pour autant frapper de nullité le contrat[1602].

Mais, comme l'identification des lois de police n'est pas une tache facile, ce que relève d'ailleurs la doctrine[1603], notamment du fait que, dans la grande majorité des cas, le législateur ne se prononce pas sur leur nature[1604], il revient, en conséquence, au juge saisi de déterminer si une loi est une loi de police. Cela n'est pas toujours évident et les solutions adoptées par les juges peuvent être surprenantes. C'est le cas de l'ordonnance rendue par le tribunal de grande instance de Paris[1605] dans une affaire impliquant le géant américain Google Inc.

En l'espèce, la demanderesse a soutenu le moyen selon lequel la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[1606] était une loi de police afin de rendre son application obligatoire au litige. Le juge des réfères a

---

[1602] J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, « *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise* », *op.cit.,* p. 107.
[1603] P. MAYER, V. HEUZE, « *Droit international privé* », *op.cit*., n° 121, p. 91 ; O. CACHARD, « *Droit du commerce international* », *op.cit*., n° 415 ; B. AUDIT, « *Droit international privé* », *op.cit.,* n°115.
[1604] P. MAYER, V. HEUZE, « *Droit international privé* », *Ibid.*
[1605] Ordonnance référée, 14 avr. 2008, *Bénédicte S c/ Google Inc., Google France*. Accessible sur le site : legalis.net
[1606] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (*JORF du 7 janvier 1978 p. 227*).

rejeté cette qualification en considérant que « *pour retenir cette qualification, il faudrait considérer l'application de la loi française comme s'imposant sans contestation possible pour la sauvegarde de l'organisation socioéconomique de notre communauté nationale* » et ajoute qu'il « *n'est pas sérieusement avancé que par l'effet du défaut d'application de la loi française, résultat aujourd'hui de la transposition en droit interne de la directive européenne, aucune protection ne serait assurée aux données personnelles par la loi de l'Etat étranger* », ce qui n'est pas le cas dans en l'espèce puisque « *l'Etat de Californie érige l'impératif de cette protection en principe dans sa Constitution (article 1, § 1)* »[1607]. C'est, dans le cadre de ce raisonnement, que le juge n'a pas considéré les dispositions de la loi précitée d'application impérative, alors que la loi de 1978 est qualifiée de loi de police par la doctrine[1608], et elle est considérée même une loi qui a pour finalité de protéger la personne humaine. De toute manière, cette question de complexité particulière ne pouvait être traitée devant le juge des référés qui reste le juge d'urgence et de l'évidence.

D'une manière plus abrupte encore, la qualification de loi de police peut se révéler délicate, ce qu'on peut notamment déduire de certains arrêts de la Cour de cassation française qui se place en opposition aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Le premier cas d'espèce est lié à l'arrêt *Ingmar* du 9 novembre 2000[1609] à l'occasion duquel la Cour de justice s'est interrogée sur l'applicabilité des articles 17 et 18 de la Directive 86/653/CEE de 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants. Dans cette affaire, une société anglaise qui est un agent commercial, depuis plusieurs années, d'une société de droit californien, pour les territoires britanniques et irlandais, avait engagé une action en demande d'indemnisation suite à la résiliation du contrat d'agence, sur le fondement de la législation britannique transposant la Directive 86/653/CEE. La société américaine s'y est opposée en invoquant la

[1607] Pour plus de détails et commentaires concernant cette ordonnance, V. notamment É. A. CAPRIOLI qui regrette que la loi en question qui est destinée à assurer la défense des intérêts des citoyens français sur les rèseaux ne soit pas reconnu comme telle au même titre que les règles se rapportant à la protection de l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'Etat sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ou les règles impératives de protection du consommateur. É. A. CAPRIOLI, « *Impunité de Google en matière de vie privée sur le territoire français »,* Comm. Com. Elec. n° 10, Octobre 2008, comm. 119.

[1608] V. É. A. CAPRIOLI, « *Impunité de Google en matière de vie privée sur le territoire français », Ibid.*

[1609] CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar GB Ltd c/ Eaton Leonard Technologies Inc.,* Aff. C-381/98.

clause du contrat d'agence selon laquelle ce dernier est régi par la loi de l'Etat de Californie, législation ne prévoyant pas de protection de l'agent commercial. La Cour d'appel anglaise qui a été saisie de l'affaire, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice la question de savoir si la protection prévue par la directive était applicable pour un agent commercial qui exerce son activité dans un Etat membre, alors que le commettant est établi dans un pays tiers et que le contrat prévoit l'application de la loi de ce pays. Cette question relève essentiellement une question analogue sur l'application extraterritoriale du droit européen.

La Cour de justice, après avoir rappelé que les objectifs de la directive visent à la fois la protection de l'agent commercial après la cessation du contrat et la protection de la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur, a jugé que le régime par elle instauré revêt un caractère impératif. Elle a ensuite conclu qu' « *il est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi. La fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communautés notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat. Au vu de ces considérations, il y a lieu de répondre à la question préjudicielle que les articles 17 et 18 de la directive, qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un Etat membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays* »[1610]. Il apparaît donc clairement de cette décision que les dispositions de la directive constituent des lois de police[1611] auxquelles il ne peut être dérogé, même en présence d'un accord des parties impliquant l'application de la loi d'un Etat tiers.

[1610] *Ibid*.
[1611] V. en ce sens L. BERNARDEAU, « *Droit communautaire et lois de police - À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 13 Juin 2001, doctr. 328.

La Cour de cassation française est allée à l'encontre de cette décision en considérant que « *la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L-134-1 et suivants du Code de commerce*[1612]*, loi protectrice de l'ordre public interne […] n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international* »[1613]. Dés lors, la décision de la Cour d'appel est légalement fondée de retenir l'application de la loi étrangère, après avoir constaté que le contrat de distribution exclusive litigieux était expressément soumis à la loi de l'Etat de New-York.

Cette décision de la Cour de cassation est considérée, à juste titre, en contradiction avec le principe de primauté du droit européen et ne peut être maintenue[1614].

En tout état de cause, cette divergence entre le juge européen et le juge français dans la qualification des lois de police, ne s'arrête pas à ces décisions. La Cour de cassation se place pour la deuxième fois en opposition à l'arrêt *Unamar* de la Cour de justice du 17 octobre 2013[1615]. Ce dernier porte encore sur le contrat d'agence commerciale, mais cette fois-ci dans une hypothèse où le droit applicable au contrat est le droit d'un autre Etat membre de l'Union européenne dans lequel la protection minimale dictée par la Directive 86/653 est également mise en œuvre. La Cour de justice a estimé que « *la loi d'un Etat membre de l'Union qui satisfait à la protection minimale prescrite par la directive 86/653, choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale, peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre Etat membre, en faveur de la lex fori pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier Etat membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'Etat du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par*

[1612] Loi qui, aux termes de dans son article 12, prévoit qu'en cas de cassation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi.
[1613] Cass., ch. com., 28 Nov. 2000, n° 98-11.335, JurisData n° 2000-007123.
[1614] L. BERNARDEAU, « *Droit communautaire et lois de police - À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98* », *op.cit*.
[1615] CJUE, 3ème ch., 17 octobre 2013, *Unamar NV c/ Navigation Maritime Bulgare*, Aff. C-184/12.

ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives »[1616].

Cependant une telle qualification a été refusée par la Cour de cassation française dans un arrêt du 5 janvier 2016 en énonçant, à nouveau, que « *la loi du 25 juin 1991 , codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, (n'est) pas une loi de police applicable dans l'ordre international* »[1617].

Si cette position de la Cour de cassation s'inscrit dans la ligne de la décision antérieure marquant « *la résistance du juge français à l'égard du juge européen, quant au statut international des lois nationales de transposition de la directive sur l'agence commerciale internationale* »[1618], il convient d'observer au même titre le rejet par la Cour de cassation française de la qualification de loi de police pour des réglementations économiques dont le principe serait uniquement de protéger une catégorie précise. Mais, est ce qu'il sera le cas pour un consommateur dont le contrat se trouve soumis à la loi d'un Etat tiers ? Est ce qu'il sera le cas pour le cyberconsommateur dont la situation est fragilisée par l'échange dématérialisé sur le réseau Internet ?

A tout le moins, il apparaît clairement que la Cour de justice n'hésitera pas à adopter le même raisonnement pour un consommateur se trouvant dans une situation internationale mettant en cause sa protection. Il est très probable que toute disposition de droit européen protectrice du consommateur soit qualifiée de loi de police dans un contexte international[1619].

B - L'incidence des règles protectrices du cyberconsommateur

La détermination de la loi applicable au contrat de cyberconsommation par les règles de conflit du droit international privé subit l'influence des lois protectrices

[1616] *Ibid.*
[1617] Cass., ch. com., 5 Janvier 2016, n° 14-10.628 (Inédit), JurisData n° 2016-000020.
[1618] Chronique par G. BOURDEAUX, M. MENJUCQ et Cyril NOURISSAT, obs. NOURISSAT, « *Droit du commerce international »*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 8, 22 Février 2016, doctr. 241.
[1619] V. en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, « *Quel juge ? Quelle loi ? (Compétence juridictionnelle et loi applicable)* », Droit et Patrimoine, nº 108, 1er octobre 2002.

du consommateurs, lesquelles sont qualifiées, à plusieurs reprises, des lois de police. Ces lois de police trouvent, en principe, application quelle que soit la loi applicable désignée par les parties ou par la règle de conflit.

Dans le système européen, il semble bien que les lois de protection du consommateur trouvent à jouer dans la plupart des directives européennes qui contiennent des dispositions de droit international privé, lorsque le choix de la loi applicable au contrat se porte sur la loi d'un pays tiers à l'union européenne ou celle du professionnel établi dans un autre Etat membre. Dés lors, les consommateurs (en ligne ou non) ne doivent pas être privés de la protection accordée par les directives concernées, si le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres. C'est le cas, par exemple, de la Directive n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui prévoit dans le deuxième paragraphe de l'article 6 que « *les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres* ». C'est le cas, également, de la Directive n° 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation qui précise dans le deuxième paragraphe de son article 7 que « *les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive par le choix du droit d'un Etat non membre comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres* ». Ces directives d'harmonisation minimale du droit matériel de la consommation des Etats membres, ont nécessairement une incidence sur les règles de conflit de lois du droit international privé, au sein de l'Union européenne, qui ont tendance à s'atténuer dans la mesure où les lois nationales de transposition de ces directives sont équivalentes. De plus, les dispositions impératives de protection des consommateurs applicables aux contrats électroniques, prévues par ces directives, sont des règles contraignantes dont les consommateurs ne doivent pas être privés. Certes, cette cohérence des lois de transposition n'écarte pas l'application des règles de conflit du règlement Rome I, mais elle limite les enjeux liés à la désignation de la loi applicable au contrat, dans la mesure où des règles

semblables ou identiques dans le cas de directive d'harmonisation maximale ou totale ne laissent aucune possibilité aux Etats membres de manœuvrer dans la transposition. Le conflit de lois est susceptible d'être supprimé, si la loi de transposition du pays du cyberconsommateur et celle du cybercommerçant aboutissent à un résultat semblable, en ce qui concerne la protection des consommateurs et par voie de conséquences, le débat sur l'application impérative des lois de protection des consommateurs comme lois de police sera écarté.

La directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs assure, à son tour, la protection du cyberconsommateur, mais elle laisse au Règlement Rome I une marge de manouvre pour déterminer si le consommateur continue ou non de bénéficier de la protection garantie par la directive lorsque la loi applicable au contrat est celle d'un pays tiers. Aux termes du considérant 58 de la Directive n° 2011/83/UE « *le consommateur ne devrait pas être privé de la protection accordée par la présente directive. Si le droit applicable au contrat est celui d'un pays tiers, le règlement (CE) n° 593/2008 devrait s'appliquer afin de déterminer si le consommateur continue de bénéficier de la protection garantie par la présente directive* ».

Sur ce terrain, force est de souligner que le considérant 37 du Règlement Rome I sème le trouble dans le processus de qualification des règles protectrices des parties faibles de lois de police. En justifiant le recours aux lois de police par l'existence des « *considérations d'intérêt public* », cela remet en cause la pratique jurisprudentielle existant et fait obstacle à la protection des intérêts privés de la partie faible au contrat[1620]. Pourtant l'avis de certains auteurs[1621] sur ce sujet retient l'attention lorsqu'ils considèrent que les règles qui visent la protection des consommateurs, bien qu'elles aient un but de protection individuelle, ont aussi un caractère d'application nécessaire rationnellement déduit de ce but. Celui-ci « *n'en rend pas moins nécessaire leur application à tous les consommateurs résidant sur le territoire, nonobstant la soumission du contrat, par la volonté des parties, à une loi étrangère moins protectrice […]. Le caractère de lois de police reconnu à ces dispositions viendra donc ici corriger le trop grand libéralisme de la règle de conflit*

[1620] V. en ce sens L. D'AVOUT, *« Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I »,* D. 2008, dossier p. 2165, spéc. n° 11, p. 2167.
[1621] P. MAYER, V. HEUZE, « *Droit international privé* », *op.cit*., n° 123, p. 92.

bilatérale, qui déclare applicable aux contrats la loi choisie d'un commun accord par les parties »[1622]. A ce propos, M. Ludovic Bernardeau souligne qu'en considérant les dispositions nationales qui transposent les directives européennes protectrices du consommateur des lois de police, cela « *contribuerait indéniablement à clarifier, dans la Communauté, la position du justiciable qui conclut une transaction sur Internet, quitte à porter atteinte à l'unité fonctionnelle des règles (européennes) et conventionnelles de droit international privé : du point de vue de la protection des consommateurs, les clauses de droit applicable resteraient, indépendamment de la Convention de Rome, pratiquement sans effet - en ce sens que ces clauses ne pourraient avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection minimale que lui assurent les directives (européennes)* »[1623].

On peut continuer à penser, malgré les restrictions du Règlement Rome I, que les règles protectrices des parties faibles peuvent être qualifiées de lois de police puisqu'elles ne poursuivent pas uniquement les seuls intérêts privés mais elles cherchent à organiser la société sur le plan économique[1624]. De plus, si on constate, par exemple, comme le relève l'arrêt *Arblade* de la Cour de justice, que des dispositions protectrices du salarié peuvent être considérées comme servant un intérêt public, à savoir le bon fonctionnement du marché du travail, rien n'empêche de transposer ce constat aux dispositions protectrices du consommateur qui visent, quant à elles, à créer un équilibre économique dans la société de consommation. D'ailleurs, la finalité des dispositions protectrices des consommateurs de l'Union européenne coïncide avec les objectifs du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tout particulièrement les articles 12 et 169 qui prévoient que l'Union européenne agit aux fins de « *promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau* élevé de protection des consommateurs »[1625] et que « *les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la*

[1622] *Ibid*.

[1623] L. BERNARDEAU, « *Droit communautaire et lois de police - À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 »*, *op.cit*.

[1624] H. GAUDEMET-TALLON, « *Quel juge ? Quelle loi ? (Compétence juridictionnelle et loi applicable) », op.cit*. ; V. aussi réf. citée par l'auteur : S. FRANCQ, F. JAULT-SESEKE, *« Les lois de police, une approche de droit comparé », in* S. Corneloup et N. Joubert (ss dir.), *« Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux »,* CREDIMI-Litec 2011, spéc. p. 366-370.

[1625] Art. 169 (ex-article 153 TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JO C 326 du 26.10.2012, p. 47–390*.

définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union »[1626].

Quoi que la distinction entre intérêts privés et intérêts publics n'est jamais une tache facile, tout dépend du degré d'incidence des règles protectrices du consommateur, il faudra raisonner comme avant le Règlement Rome I, et décider au cas par cas.

On peut, également, penser que ce recentrage des lois de police, adopté par le Règlement Rome I, autour de l'intérêt publics, vise à épargner à l'article 9 du Règlement la mission de protéger une partie faible en laissant d'autres dispositions spéciales de celui-ci, limitativement énumérées, le soin d'assurer la protection de parties faibles[1627], en l'occurrence le consommateur, que ce soit sur le réseau Internet ou en dehors de ce dernier. Nous pensons aussi que la Cour de justice n'a pas notamment dévié de cet objectif, car dans son arrêt *Ingmar*, par exemple, elle n'a concédé la qualification de lois de police des dispositions protectrices d'une partie faible, qu'après avoir dûment indiquée que la finalité doit viser à protéger la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. La simple référence à un objectif de protection d'une partie faible ne suffit, donc, pas à emporter la qualification de lois de police.

Dans l'arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999, la même tendance est relevée lorsque la Cour de justice a indiqué qu'il faut écarter les lois de police en jeu, si elles entraînent des effets restrictifs sur la liberté de prestation de services, sauf à démontrer que ces restrictions correspondent à des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour ne s'arrête pas à ce niveau et ajoute que « *dans l'affirmative, il conviendra en outre de vérifier que cet intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi et que le même résultat ne peut pas être obtenu par des règles moins contraignantes* »[1628]. Ce raisonnement peut aussi s'appliquer aux contrats de consommation et les dispositions protectrices du consommateur devront donc être écartées si elles constituent une entrave

[1626] Art. 12 (ex-article 153, paragraphe 2, TCE) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JO C 326 du 26.10.2012, p. 47–390*.

[1627] L. PERREAU-SAUSSINE, « *Conflits de lois. – Contrat de sous-traitance. – Détermination de la loi applicable. –Loi de police. – Loi d'autonomie. – Loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance. – Article 3 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980. – Sous-traitant d'une société allemande. – Travaux confiés par une société de droit français. – Chantier situé en France. – Action du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage* ». Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2008, comm. 13.

[1628] V. CJCE, *Arblade*, 23 nov. 1999, aff. jointes C-369/96 et C-376/96, pt. 39.

injustifiée aux libertés de circulation prévues par le droit européen. Comme l'indique M. Fallon dans son commentaire de l'arrêt précité, il y a « *soumission de la loi de police au contrôle du droit du marché intérieur* »[1629].

Toutefois, en revenant aux règles de conflit applicables aux obligations contractuelles que prévoient le Règlement Rome I au sujet des cyberconsommateurs, et sur lesquelles reposent la Directive n° 2011/83/UE pour déterminer l'application ou non de ses règles protectrices des cyberconsommateurs dans les rapports avec un Etat tiers, force est de constater que le Règlement laisse entendre que le cyberconsommateur ne peut être privé, en cas de choix de la loi applicable au contrat, de la protection que lui assure la loi de sa résidence habituelle, alors que cette dernière n'est désignée qu'à une double condition, dont l'obligation que l'activité soit dirigée vers le pays du cyberconsommateur. Ce constat permet de conclure que la règle de conflit ne joue pas pour le cyberconsommateur contractant sur un site étranger dont l'activité n'est pas dirigée vers le pays sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle.

C'est à ce propos qu'on peut mesurer l'incidence des règles protectrices des cyberconsommateurs et leur mise en application impérative au rapport international en tant que lois de police. En d'autres termes, est ce que la loi de résidence habituelle du cyberconsommateur, au titre de loi de police, peut trouver à s'appliquer dans le cas où ce cyberconsommateur avait trouvé l'adresse de son cybercommerçant en lançant une requête sur un moteur de recherche par exemple ?

C'est ce qu'on peut relever d'un intéressant arrêt de la Cour de cassation française du 23 mai 2006[1630]. Dans cette affaire, sous l'empire de la Convention de Rome, la Cour a admis l'application de l'article L. 311-37 du Code de la consommation, en tant que loi de police, au contrat international conclu avec un consommateur français, même si les particuliers ont pris l'initiative de souscrire avec un étranger. La Cour juge que lorsque les conditions posées par l'article 5 de

[1629] Note M. FALLON, CJCE, 23 nov. 1999 : Rev. crit. DIP 2000, p. 710 et s.
[1630] Cass. 1re civ., 23 mai 2006, n° 03-15.637, Bull. 2006, I, n° 258, p. 226, *Richt Meyer c/ SA Commerzbank,* Juris-Data n° 2006-033609.

la Convention de Rome ne sont pas remplies[1631], le consommateur résidant en France peut demander le respect des lois de police françaises sur le fondement de l'article 7, relatif aux lois de police en général.

Est ce que ce raisonnement de la Cour de cassation ne semble-t-il pas pouvoir être adopté, sous l'emprise du règlement Rome I, dans les rapports entre l'article 6 qui régit le cas spécifique du contrat de consommation, et l'article 9 qui traite les lois de police en général ? Une réponse affirmative peut gagner du terrain malgré que certaine doctrine semble mettre en jeu les termes exigeants de l'article 6 du règlement qui insistent sur la direction de l'activité vers l'Etat de la résidence habituelle du consommateur[1632]. Selon un commentateur de l'arrêt précité[1633], « *la première chambre clôt ainsi la controverse visant peut-être jusqu'alors des hypothèses résiduelles, mais que le développement de l'achat en ligne sur des sites étrangers menaçait de rendre plus fréquentes. Elle anticipe sur un déficit de protection de la convention pour y pallier. Elle pose pour principe que l'existence d'une protection spéciale prévue à l'article 5 de la Convention de Rome n'exclut pas le jeu des lois de police de l'article 7, mais s'y concilie* »[1634], il s'agit, selon le même commentateur de l'arrêt, d' « *une démarche pragmatique* » que la cour de cassation a privilégié « *garantissant au consommateur français les standards de sa loi de résidence, plutôt qu'une approche stricte l'en privant au seul motif qu'il a été actif* »[1635], ce qui n'est d'ailleurs pas faux dans l'environnement numérique qui connaît de plus en plus des transactions impliquant des cyberconsommateurs européens et des cybercommerçants étrangers. En effet, une démarche qui consiste à refuser l'application des règles protectrices des cyberconsommateurs, en

---

[1631] L'article 5 de la Convention de Rome traitant les « *Contrats conclu par les consommateurs* » prévoit au 2ème paragraphe que « *nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :*
- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou - si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou - si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente ».

[1632] Chronique par M.-É. ANCEL, « *Un an de droit international privé du commerce électronique* », Comm. Com. Elec. n° 1, Janvier 2007, chron. 1.

[1633] Obs. C. CHABERT, « *Contrat à l'étranger : le consommateur « actif » est bien en Cour* », Comm. Com. Elec. n° 10, Octobre 2006, comm. 143.

[1634] *Ibid*.

[1635] *Ibid*.

tant que lois de police, ne peut que créer chez le cyberconsommateur un sentiment d'insécurité et, ainsi, un mouvement de recul. Mais, simultanément, l'application possible de cette protection ne serait-elle pas une source d'insécurité pour le cybercommerçant ? M. Vivant estime, à ce titre, qu'outre le fait que peu de consommateurs sont prêts à se lancer dans un litige transfrontière lourd et coûteux qui peut être réglé à l'amiable, « *pour un commerçant en ligne, annoncer qu'il est prêt à se soumettre aux dispositions protectrices de la loi du consommateur ne peut qu'avoir un fort "effet d'image" positif, il semble bien qu'entre risque marginal et effet d'image positif, la balance penche clairement en faveur de l'acceptation du jeu de la loi du consommateur, pour autant que nécessaire, bien sûr (car il n'est pas question de prétendre en faire une application de principe), et ce donc dans l'intérêt même du professionnel qui, bien compris, rejoint celui du consommateur* »[1636].

Force est de souligner, dans ce cadre, que la jurisprudence canadienne s'est montrée favorable à l'application de la Loi sur la protection du consommateur pour les contrats conclus entre un consommateur québécois et un commerçant résidant à l'étranger. Dans l'affaire *Qualité Plus Tickets Inc. c/ Québec (Procureur général)*[1637], le juge de la Cour supérieure a rejeté les prétentions des courtiers en revente de billets de spectacle selon lesquelles la Loi sur la protection des consommateurs ne s'applique qu'aux spectacles présentés au Québec et dont les billets sont revendus au Québec, puisqu'une loi québécoise ne saurait avoir une portée extraterritoriale, et a affirmé que la Loi sur la protection des consommateurs « *s'applique à un contrat conclu au Québec qui vise un bien qui ne s'y trouve pas et ne s'y trouvera jamais puisque la L.P.C. régit la relation contractuelle entre un consommateur et un commerçant et non l'objet de ce contrat. Pour la même raison, le fait que le cocontractant réside à l'étranger ou que son serveur s'y trouve ne peut, en soi, lui permettre d'échapper à la L.P.C., si elle s'applique* »[1638]. Ce qui

[1636] M. VIVANT, « *2453- Une approche à récuser ?* », Le Lamy droit du numérique, mise à jour du 06/2017.
[1637] Cour supérieure de Québec, *Quality Plus Tickets Inc. c/ Québec (Procureur général),* 6 août 2013, *(2013 QCCS 3780, J.E. 2013–1504).*
[1638] La décision s'appuie en ce sens sur les dispositions de l'article 3117 du Code civil de Québec qui prècise que « *le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat* ».

ne sera pas le cas en présence des dispositions protectrices semblables impératives comme ce que nous pouvons relever de l'affaire Ordre des optométristes du Québec c/ Costal contacts Inc[1639]. L'Ordre des optométristes du Québec cherche à déclarer que vendeurs de lentilles ophtalmiques, établis en Colombie-Britannique, contrevenaient à la Loi sur l'optométrie et au Code des professions puisqu'ils vendent des lentilles ophtalmiques au Québec par l'entremise de leurs sites Internet, sans être inscrits à l'Ordre du Québec. Les défendeurs, quant à eux, soutiennent qu'ils exerçaient leurs activités en conformité avec les lois de la Colombie-Britannique puisqu'il s'agit du lieu où ils sont établis et que le droit désigné par le contrat à distance est celui de cette province. La Cour Supérieure a déclaré que celle-ci ne s'applique pas aux activités en question car, selon la règle de conflit québécoise, le droit applicable est celui de la Colombie-Britannique en vertu d'une clause de choix de la loi et parce que le domaine de la loi québécoise est limité territorialement aux pouvoirs législatifs de l'Assemblée nationale. Ce qui caractérise cette affaire, c'est que la Cour, sans qualifier la loi québécoise sur l'optométrie de loi de police[1640], a relevé l'existence d'un Ordre professionnel en Colombie-Britannique chargé de mission similaire à celle de l'Ordre de Québec et des dispositions protectrices impératives semblables à celles de Québec, lesquelles auraient très bien pu accomplir cette fonction de protection[1641].

Les lois de police ont bien vocation à assurer la protection du consommateur ou tout le moins une personne dans une situation déséquilibrée au moment même de la formation du contrat[1642], mais il n'est pas certain que cette protection puisse être utilisée dans les rapports entre professionnels, lorsque l'un des deux est en situation de déséquilibre économique.

[1639] *Ordre des optométristes du Québec c. Coastal contacts inc*., 2014 QCCS 5886 (CanLII), 03 déc. 2014. Consultable *via* le lien : http://canlii.ca/t/gfk80

[1640] Alors qu'elle aurait pu le faire puisque que les règles en cause relèvent des lois de police ; V. G. GOLDSTEIN, ZHONG ZHU B.C.L., « *Chronique de droit international privé canadien (2010-2015) Droit civil québécois (1re partie)* », Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2016, chron. 11.

[1641] G. GOLDSTEIN, ZHONG ZHU B.C.L., « *Chronique de droit international privé canadien (2010-2015) Droit civil québécois (1re partie)* », *Ibid*.

[1642] P. MAYER, « *La protection de la partie faible en droit international privé* », *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ 1996, p. 513.

Conclusion de la Section II

Le contrat électronique international n'est pas doté de spécificités particulières qui lui permettent d'échapper aux règles de conflits de lois des ordres juridiques nationaux ou européens, ou mêmes aux règles matérielles internationales. Des règles, d'origine conventionnelle et exprimant des volontés étatiques communes d'harmonisation, ont vocation à s'appliquer au contrat électronique international. Outre les règles de détermination de la loi applicable issues du Règlement Rome I qui n'apparaissent pas poser de difficultés majeures quant à leur applicabilité au contrat électronique, la Convention de La Haye relative aux contrats d'intermédiaire et de représentation et la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels, trouvent également à s'appliquer. Ces deux Conventions reposent, également, sur des rattachements fixes et ne semblent pas poser de véritables difficultés d'application au contrat électronique international.

La loi applicable au contrat électronique international étant une affaire étatique, elle relève des règles de droit international privé de chaque Etat. Ces règles ne sont pas harmonisées et dépendent de chaque ordre étatique. En droit français, certains troubles des méthodes du droit international privé sont apparus avec la transposition des dispositions de l'article 3 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, qui elle-même a suscité de nombreux commentaires autour du premier paragraphe de cet article. Malgré la réponse donnée par la Cour de justice quant à son interprétation, les dispositions de l'article 17 de loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique se présentent comme une règle de conflit en matière contractuelle. Toutefois, il convient d'admettre qu'il est inutile de chercher une quelconque règle de conflit de loi dans la loi française, en présence des règles relevant de l'Union européenne applicables aux contrats électroniques internationaux. En droit comparé, plusieurs méthodes de détermination de la loi applicable sont identifiées. Aux Etats-Unis, le *Restatement of the law Second* retient comme fondement le critère du lien le plus significatif, tout en définissant les éléments de rattachement que l'on doit prendre en compte pour déterminer la loi ayant des relations plus significatives avec le contrat. Contrairement au Règlement Rome I qui met l'accent sur des critères de rattachement objectifs et fixes, le

Restatement laisse au juge un important pouvoir d'appréciation dans la détermination de la loi applicable en matière contractuelle. Mais la méthode à laquelle recourent les juridictions américaines dans la détermination de la loi applicable au litige, ne reste pas sans risque juridique. Celle-ci laisse au juge la possibilité de décider de chaque cas à la lumière des critères fondamentaux sur lesquels est fondé le droit de conflits. Cette liberté ne correspond pas à une conception civiliste du droit et particulièrement celle du Règlement Rome I, où le critère qui gouverne les modalités de désignation de la loi applicable, est principalement la résidence de l'une des parties, ce qui répond essentiellement à l'objectif d'assurer la sécurité juridique. C'est ce souci de sécurité qui a donné lieu à des clauses d'exception, comme ce que prévoit l'article 3082 du code civil de Québec en posant le principe de proximité, s'inspirant, de son côté, de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987. Celle-ci s'est remarquablement rapprochée des dispositions de la Convention de Rome de 1980. Le Règlement Rome I a renouvelé considérablement les solutions de cette Convention, sans sacrifier au principe de proximité renforcé en matière contractuelle. Le caractère exceptionnel du principe de proximité se trouve donc clairement envisagé par les textes étudiés. Cette solution fondée sur le principe de proximité est analogue dans certains pays du continent asiatique comme la loi japonaise ou la loi chinoise. Ces solutions se rapprochent également de celle proposée par la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux dont l'article 9 adopte le rattachement à la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat.

Mais quoi qu'il en soit, en présence des tendances législatives variées et entre deux approches, l'une se concentrant principalement sur les rattachements fixes et l'autre sur le principe de proximité, il convient d'admettre que, par ce souci de prévisibilité et de sécurité juridique, le principe de proximité ne doit être adopté que comme un procédé accessoire afin de suppléer à l'approche traditionnelle.

Une autre méthode, voisine du principe de proximité, dite de focalisation, s'est développée. Elle ne vise pas à localiser le contrat, mais plutôt l'activité du professionnel à travers un faisceau d'indices qui sont pris en considération pour

évaluer l'étroitesse des liens avec un Etat. Cette méthode peut aisément s'adapter au contexte contractuel numérique.

Quelle que soit la méthode de détermination de la loi applicable au contrat électronique international, cette loi désignée traite un domaine très large, malgré le fait que certains aspects peuvent y échapper. De plus, les lois de police impératives peuvent écarter l'application de la loi désignée au bénéfice d'une autre loi, ce qui représente la principale limite à la loi applicable au contrat électronique international. Une autre conception de l'impérativité s'est développée tendant à qualifier de lois de police internationalement applicables, les règles de protection du cyberconsommateur lorsqu'une politique juridique vise à protéger ce dernier.

Il résulte de ce qui précède que le contrat électronique international n'échappe pas aux règles du droit international privé, lesquelles ont pu résister aux particularités de ce contrat.

Titre II - Le rattachement juridictionnel et les modes électroniques de règlement des conflits

Les difficultés qui peuvent apparaître entre les parties sur la portée exacte de leurs obligations, les déficiences présumées dans l'exécution de celles-ci sont susceptibles d'aboutir à une situation dans laquelle elles ne disposent plus d'autres solutions que de faire appel à un tiers pour trancher leur différend. Dans le monde réel comme dans le monde virtuel, la relation contractuelle peut finir par se porter devant la justice, « *le procès est un accident dans la vie de la plupart des individus, une éventualité anormale et ennuyeuse. Quand on passe un contrat, qui suppose une confiance faite à l'autre partie, on n'envisage guère, on ne veut même pas envisager qu'un procès pourra en sortir* »[1643]. Cette éventualité d'un conflit, particulièrement dans les relations contractuelles tissées sur la toile, amène à s'interroger sur les instances et les organes qui peuvent entrer en scène dans le processus de règlement des différends.

A première vue, les pensées se dirigent vers la justice étatique et le juge compétent, sauf que pour les contrats électroniques, un particularisme lié à leur méconnaissance des frontières des Etats peut facilement présenter un élément d'extranéité avec au moins un Etat étranger et plonger une transaction électronique dans une sphère internationale. Dés lors, la question du for compètent pour connaître du contentieux susceptible de surgir à l'occasion du rapport contractuel conclu par voie électronique perde son évidence. Dans cette logique, seul un tribunal internationalement compétent pour statuer sur de pareils cas sera élu pour trancher le litige. Toutefois, ce tribunal n'a d'existence que pour des situations très limitées. La principale juridiction internationale, la Cour internationale de justice de La Haye, a un champ qui ne touche que le droit international public et les autres juridictions internationales sont destinées à certains secteurs bien encadrés, tel est le cas de la Cour de justice de l'Union européenne.

Alors, en l'absence de juridictions internationales ayant compétence de droit commun sur les litiges privés internationaux, c'est vers les tribunaux nationaux qu'il convient de se retourner, car finalement il faut bien préserver aux parties, dans un

[1643] J. CARBONNIER, note sous arrêt Cass. civ. 29 avr. 1938, *Sté des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c/ Amandric*, DP 1939, I, p. 94.

rapport international, le droit de recourir à une juridiction pour trancher leur différend.

En effet, « *le particularisme qui domaine encore le droit international privé à l'échelle mondiale se traduit dans le domaine du conflit de juridictions par le fait que chaque Etat fixe lui-même les règles qui, en cette matière, seront appliquées par ses propres tribunaux* »[1644], ce qui veut dire que les règles de conflits de juridiction différent d'un Etat à un autre et ne sont pas forcément identiques. Par ailleurs, chaque Etat est appelé à se prononcer, selon ses propres lois, sur les cas dans lesquels ses tribunaux sont compétents et ceux où ils ne le sont pas, sans donner compétence à un tribunal étranger[1645] et la raison c'est que « *le droit judiciaire, réglant l'activité des tribunaux étatiques, est très proche du droit public et que les Etats, jaloux de leur souveraineté, ne peuvent admettre que la compétence de leurs juridictions soit déterminée par une loi étrangère* »[1646].

Ce sont donc les règles de droit international privé propres à chaque Etat qui fournissent des réponses concernant le for compétent à l'échelle international. Ce sont ces mêmes règles qui sont applicables au contrat électronique international, ce qui nécessite de se pencher sur leur adaptabilité au contexte numérique. Ce qui est important d'étudier, à notre sens, ce sont plus précisément les éventuels obstacles juridiques qui peuvent surgir lors de la recherche objective du for compètent, une tache qui est confiée généralement au juge saisi d'une affaire contentieuse, mais pas uniquement, car l'élection du for compètent par une clause attributive de juridiction reste une démarche récurrente, notamment dans les contrats de commerce électronique. Cette élection par les parties peut paraître redoutable lorsque le commun accord censé donner compétence à une juridiction particulière soit redoutable dans un rapport déséquilibré, celui qui peut naître entre le cyber professionnel et le cyberconsommateur.

Si les règles de droit international privé fournissent un cadre de référence pour les questions du for compétent en matière contractuelle, même dans un environnement numérique, une difficulté d'ordre pratique se présente qui est

---

[1644] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « *Droit international privé* », *op.cit*, p. 706.
[1645] *Ibid.,* p. 700.
[1646] *Ibid.*

étroitement lié à la nature des transactions électroniques ; celles-ci se caractérisent généralement par la modestie des enjeux financiers impliquant des opérateurs du commerce électronique et des cyberconsommateurs.

Rien n'est plus facile, aujourd'hui, que de commander un objet en ligne. Si un cyberconsommateur français acquiert par voie électronique un disque dur externe sur un site allemand et que la livraison n'a pas eu lieu après acquittement du prix par les moyens paiement à distance offerts par ce site, le premier reflexe du cyberconsommateur est de tenter de chercher une solution amiable directement auprès de l'opérateur qui a encaissé le prix sans livrer le disque dur. En cas d'échec de cette démarche, le cyberconsommateur sera découragé de porter son affaire devant le tribunal compètent, à faible valeur en jeu. Personne ne décidera de saisir un tribunal dans un autre pays avec tout ce que cette démarche produira comme charge pour son auteur. Ce serait presque une mission presque impossible s'il s'agissait d'un site dans un pays tiers à l'Union européenne.

La complexité de la démarche et le coût afférent à des procédures transfrontières traditionnelles freinent l'accès au juge et militent pour la mise en place de modes alternatifs de règlement des conflits simples, rapides, accessibles et moins coûteux ; « *l'accès à la justice étatique est loin d'être un chemin sans embûche et ce, plus particulièrement, pour les parties les plus faibles au contrat. Partant, le recours à des modes de règlement extrajudiciaires s'analyse en une alternative salutaire* »[1647]. Ces modes de règlement extrajudiciaires de conflits se développent de plus en plus sous une nouvelle forme, celle en ligne ou comme on l'appelle en anglais « *Online Dispute Resolution* ». Les caractéristiques communes de ces modes « *résident, d'une part, dans leur vocation de règlement de différends par voie extrajudiciaire, c'est-à-dire sans le recours aux tribunaux étatiques et, d'autre part, dans leur nature volontaire, qui suppose le consentement des parties* »[1648].

De par leur accessibilité en ligne et leur vocation à résoudre les conflits par voie électronique, on peut se demander si ces modes de résolution des conflits en

[1647] N. CHEKLI, « *Consommation et règlements alternatifs des litiges* », Revue Lamy droit des affaires, 1er février 2007, nº 13.
[1648] R. V. GOLA, « *Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne : vers un mode approprié de résolution des conflits ?* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1er mai 2014, nº 104.

ligne peuvent occuper une place significative dans le règlement de ces conflits ? On peut, également, légitimement s'interroger sur leur efficacité et leurs apports dans la résolution des conflits issus du *cyberespace* ?

Il est, certes, important de voir, dans les modes électroniques de règlement des conflits, un nouveau moyen permettant d'éviter les difficultés pratiques relatives à l'accès à la justice étatique, mais ce recours à ces modes en ligne, malgré leur indéniables intérêts pour le contrat électronique international, spécifiquement pour les litiges de faible valeur, ne signifie pas une mise à l'écart des tribunaux étatiques. Il s'agit plutôt d'assurer un certain parallélisme entre une justice imposée et une justice alternative, acceptée par les parties. Le recours à l'une ou l'autre a des fins qui sont dessinées en fonction de la nature du conflit, son enjeu et son objet. Dans la mesure où on a besoin des juridictions étatiques pour rendre des décisions ayant vocation à être exécutoire ou pour ordonner des mesures conservatoires, on a également besoin de sauvegarder les droits des internautes incapables d'accéder à la justice publique, leur éviter de renoncer à leur recours et de leur offrir des solutions à leur litige à des coûts proportionnés à leur action.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'étudier dans un premier lieu la question du for compétent dans les litiges spécifiques au contrat électronique international (Chapitre I) avant d'aborder, dans un second temps, les modes électroniques de règlement des litiges et leurs apports pour la résolution des conflits en ligne (Chapitre II).

Chapitre I - La juridiction compétente dans le contrat électronique international

En droit international privé, la matière de la compétence relève des « *conflits de juridictions* », domaine opposé traditionnellement aux « *conflits de loi* ». Cette matière règle les conflits pouvant surgir entre les juridictions de différents Etats et comprend les règles déterminant la compétence internationale des juridictions d'un Etat et celles qui gouvernent la reconnaissance des jugements étrangers[1649].

Avec le réseau Internet, l'internationalisation des échanges se banalise. Un internaute français peut parfaitement naviguer sur un site de commerce américain et acheter en ligne. Deux professionnels de deux continents différents peuvent conclure instantanément des milliers de contrats en ligne. Les exemples sont nombreux des sites réunissant des consommateurs et des professionnels de différents coins du monde tels que amazon.com, booking.com, ebay.com ou encore des plateformes de commerce électronique tel que shopify.com qui permet à des particuliers et des professionnels de créer leurs propres magasins en ligne.

Lorsqu'un litige relatif à un contrat international conclu par voie électronique survient, il est souvent possible de parvenir à une solution amiable en entrant en contact par exemple avec le service clientèle de l'entreprise. Mais lorsqu'aucune solution amiable n'est possible, des questions liées à la compétence juridictionnelle pour connaître du litige sont fréquemment soulevées. Est ce le tribunal du domicile du demandeur ou celui du défendeur qui pourra être saisi ? Est ce qu'il est possible de contester la compétence du tribunal saisi par une partie ? Est-il possible que les parties désignent leur tribunal compétent et quelle sera la portée de ce choix ?

Naturellement, dans une relation contractuelle, chaque partie soutient que le juge de son pays de résidence est toujours compètent pour trancher le litige qui l'oppose à une partie relevant d'un pays étranger. Mais le juge compètent ne sera pas nécessairement celui que l'une des parties désire pour régir un litige issue d'un contrat électronique passé entre personnes situées dans des Etats différents. Dans ce domaine, il faut distinguer les relations contractuelles entre professionnels

[1649] N. COIPEL-CORDONNIER, préf. M. FALLON, « *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé* », L.G.D.J 1999, p. 67.

agissant pour les besoins de leurs activités et de celles qui se nouent entre un professionnel et un consommateur. Il faut également situer ces rapports dans leur contexte international, car les règles diffèrent selon qu'il s'agit d'un litige de deux ressortissants de l'Union européenne ou d'un litige hors l'Union européenne. Ces considérations s'imposent lorsque le juge saisi du litige sera appelé à déterminer objectivement sa propre compétence ou de déclarer, éventuellement, la juridiction saisie incompétente (Section II).

Toutefois, choisir la juridiction compétente est une décision qui peut être prise par les parties dès la conclusion du contrat électronique international, à travers l'insertion d'une clause attributive de juridiction. Cette clause peut être une source de difficultés et peut être inopposable dans un rapport contractuel asymétrique (Section I).

Section I - L'élection de for dans le contrat électronique international

Le choix d'une juridiction est un avantage stratégique que les contractants peuvent ne pas vouloir laisser au hasard lorsqu'ils nouent une relation internationale. Plutôt d'attendre qu'un litige ne survienne et que le demandeur choisisse arbitrairement une juridiction compétente, les parties ont tendance à sélectionner en amont une clause d'élection de for[1650].

Par une clause d'élection de for, les parties « *entendent organiser à leur guise la compétence juridictionnelle étatique* »[1651]. Il est, en principe, « *une clause par laquelle les parties déterminent et désignent, parmi les différents juges étatiques internationalement compétents, celui qui pourra connaître des litiges qui naîtront de leur relation* »[1652]. Elle constitue une manifestation de l'autonomie des contractants dans le domaine des conflits de juridictions, car « *si les justiciables s'entendent pour présenter leur litige, à venir ou déjà né, à un juge donné, il n'y a pas lieu de les en empêcher de manière systématique. Les accords d'élection de for […] sont même particulièrement prisés, et relativement bien considérés par le droit objectif, dans le contentieux international car ils permettent de simplifier notablement la détermination du ou des juges susceptibles d'être saisis* ».

[1650] S. CLAVEL, « *Droit international privé* », *op.cit.,* p. 214.
[1651] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit.*, p. 123.
[1652] S. CLAVEL, « *Droit international privé* », *op.cit*.

L'effet bénéfique paraît encore accru si on se trouve dans un rapport contractuel issu des échanges par voie électronique en raison des « *difficultés soulevées par la localisation du lieu d'exécution du contrat électronique et par l'ubiquité des activités électroniques* »[1653].

Les accords d'élection de for sont très largement admis en matière internationale[1654]. Toutefois, en l'absence de traité entre Etats, le droit commun dit des conflits de juridictions s'applique. Cela implique qu'avant d'envisager la validité d'une clause attributive de juridiction, il est indispensable de vérifier sa licéité qui suppose de savoir si la loi de l'ordre juridictionnel élu par les parties accepte un aménagement de la compétence des juridictions ainsi réalisée à son profit[1655]. Il faut pour assurer l'exécution des accords d'élection de for que « *le juge saisi (admette) une modification de la juridiction que lui attribuent les règles normales de compétence. Or il n'acceptera d'obéir à la volonté des parties que si le système juridictionnel auquel il appartient le lui impose* »[1656]. Les parties doivent s'assurer par la suite que leur clause est valable au regard de l'Etat dont elles ont sélectionné les juridictions. Par contre, en présence d'une convention internationale ou d'un instrument du droit européen, ce sont les règles spéciales d'élection de for qui s'appliquent[1657].

Dans toutes hypothèses, l'admissibilité et la validité de la clause attributive de juridiction ne sont pas identique lorsque les cocontractants sont des professionnels, qui agissent dans le cadre de leurs activités, ou lorsque l'un d'entre eux est un consommateur. Des considérations de protection de la partie faible dans la relation s'imposent à l'encontre des clauses d'élection de for dans les contrats de

---

[1653] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., n° 599, p. 371.

[1654] La première chambre civile de la Cour de cassation française a consacré le principe selon lequel « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international* », Cass. 1ère ch. civ., 17 déc. 1985, n° 84-16.328, JurisData n° 1985-703454. Un autre arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 1986 affirme, de son côté, que « *les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'elles (...) sont invoquées dans un litige de caractère international* », Cass. 1ère ch. civ., 25 nov. 1986, n° 84-17.745, Bull. 1986, I, n° 277, p. 265, JurisData n° 1986-002365.

[1655] L. CADIET, « *Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 9 Septembre 2016.

[1656] C.N. FRAGISTAS, « *La compétence internationale exclusive en droit privé* », *Studi in onore di Antonio Segni*, t. II, Ed. A. Giuffrè, Milan, 1967, p. 210.

[1657] L. CADIET, « *Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige* », *op.cit*.

consommation, considérations qui se justifient plus encore lorsque ces accords sont conclus à distance, par le biais du réseau numérique. Pour cette raison, il convient d'examiner, en premier temps, les règles régissant les clauses d'élection de for en matière du contrat électronique international (Sous-section I) avant d'entamer l'étude, dans un second temps, des clauses d'élection de for dans les contrats internationaux de consommation (Sous-section II).

Une clause d'élection de for est souvent utilisée comme notion équivalente à celle de clause attributive de juridiction. On utilisera, donc, indifféremment l'une et l'autre des expressions pour désigner une même notion, celle de la clause de choix d'un juge étatique.

Sous-section I - Les clauses attributives de juridiction dans le contrat électronique international

Les conventions d'élection de for conclues en matière internationale s'insèrent dans le système de compétence du juge saisi, « *elles sont un des éléments d'une règle déterminant la compétence du for- en l'occurrence, une règle qui, pour une matière donnée, reconnaît à la volonté des parties la possibilité d'intervenir pour désigner l'instance compétente- et par ailleurs leur efficacité dépend, au moins en partie, du respect de la cohérence de ce système* »[1658]. C'est dans un système juridique donné que ce choix des parties sera inscrit. Monsieur Jodlowski souligne dans ce cadre que « *l'autonomie ainsi reconnue aux parties ne constitue pas un fondement indépendant de la juridiction d'un Etat, mais doit plutôt être considérée comme un point de rattachement qui ne justifie la compétence internationale des tribunaux d'un Etat que dans les limites où celui-ci décide de la respecter, c'est à dire dans le cadre des règles de compétence qu'il édicte* »[1659].

Au niveau européen, l'autonomie des parties dans l'élection du for compétent trouvait son fondement dans le règlement Bruxelles I[1660], spécialement dans l'article 23 d'où il ressort que la compétence d'un tribunal d'un Etat membre peut faire l'objet d'une convention attributive de juridiction. Le nouveau Règlement Bruxelles I

[1658] N. COIPEL-CORDONNIER, préf. M. FALLON, « *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé* », L.G.D.J 1999, p. 67.
[1659] J. JODLOWSKI, « *Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compètence internationale en matière civile* », Rec. des cours, 1974-III, t. 143, p. 494.
[1660] Règlement Bruxelles I n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

bis du 12 décembre 2012[1661], entrée en vigueur en janvier 2015, modifiant le Règlement Bruxelles I a conforté l'autonomie de la volonté des parties en affirmant l'exclusivité de la juridiction désignée dans l'accord de for. L'article 25 du nouveau règlement reconnaît expressément la validité d'une clause attributive de juridiction qui désigne la juridiction ou des juridictions d'un Etat membre quel que soit le domicile des parties. C'est là l'apport du Règlement Bruxelles I bis[1662], c'est que les parties domiciliées dans un Etat membre ou dans un Etat tiers peuvent soumettre leur différend né ou à naître à une ou des juridictions d'un Etat membre. C'est dire concrètement qu'un chinois et un canadien peuvent désigner par le biais d'une clause d'élection de for une juridiction européenne. Cette juridiction sera exclusivement compétente sauf si la validité de la clause attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de la juridiction de l'Etat membre désignée dans l'accord, en ce compris les règles de conflit de lois de cet Etat[1663]. Dès lors, si une partie conteste avoir accepté une clause d'élection de for, ce qui est fort possible notamment lorsque la clause est intégrée dans les conditions générales d'un site du commerce électronique, la validité de l'accord d'élection de for doit être examinée au regard des conditions de fond de la loi de la juridiction de l'Etat membre désignée par la clause[1664]. Ce droit de cet Etat membre peut être son droit matériel ou le droit désigné par ses règles de conflit de lois[1665]. Il en résulte que le juge élu par les parties peut décliner sa compétence opposant l'absence de liens significatifs entre le litige et son for[1666].

[1661] Règlement Bruxelles I *bis* n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*JO L 351 du 20.12.2012, p. 1–32*). Ce règlement est venu modifier le Règlement Bruxelles I dans l'objectif « *d'améliorer l'application de certaines de ses dispositions, de faciliter davantage la libre circulation des décisions et de favoriser encore l'accès à la justice* », V. Consid. 1 du Règlement Bruxelles I bis.

[1662] Dans le règlement Bruxelles I, seules les parties dont l'une d'entre elles rèside dans l'Union européenne peuvent convenir d'une juridiction ou de juridictions d'un Etat membre pour connaître de différends. V. Art. 23 du Règlement.

[1663] Consid. 20 du Règlement Bruxelles I *bis*.

[1664] V. dans le même sens C. DERACHE, « *Régime juridique des clauses attributives de compétence unilatérales : état du droit* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 18 Février 2016, 1108.

[1665] G. NGOUMTSA ANOU, « *Contrats d'intermédiaire. – Intermédiaires du commerce international* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Droit international, LexisNexis, 3 Mai 2016.

[1666] C'est le cas par exemple de la Belgique. L'article 6, (spécial. parag. 2) prévoit que « *lorsque les parties, en une matière où elles disposent librement de leurs droits en vertu du droit belge, sont convenues valablement, pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit, de la compétence des juridictions belges ou de l'une d'elles, celles-ci sont seules compétentes (...) § 2. (...), le juge peut toutefois décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique* ».

Quant à la validité en la forme, la clause d'élection de for est considérée valable s'elle répond à l'une des trois formes adoptées par le règlement Bruxelles I *bis*, parmi laquelle figure la forme écrite ou accord verbal avec confirmation écrite, étant entendu qu'aux termes de deuxième alinéa de l'article 25 du règlement précité, l'écrit peut consister en une transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la clause attributive de juridiction. On sait que, dans le cadre des transactions électroniques, la clause d'élection de for figure bien souvent dans les conditions générales de vente accessibles sur le réseau Internet *via* un lien hypertexte. Ici, ce n'est pas la forme électronique qui pourrait soulever des questions de validité de la clause, mais surtout des discussions se rapportant à la validité de la technique d'insertion de cette clause dans un document autre que le contrat principal. La Cour de justice de l'Union européenne a été saisi[1667], sous l'empire du Règlement Bruxelles I, d'une question semblable portait sur l'interprétation à donner aux termes de l'article 23, paragraphe 2. Il s'agissait de savoir si la technique d'acceptation par « *clic* » des conditions générales de vente figurant sur un site Internet qui contiennent une clause d'élection de for, constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette clause et satisfait en conséquence aux exigences de l'article 23 susvisé et, partant, comme revêtant une forme écrite au sens de cette disposition. La Cour a validé la technique. Elle relève, à cet effet, dans un premier temps, que la clause a bien fait l'objet d'un consentement clair et précis entre les parties, puisque l'acheteur a accepté de manière expresse les conditions générales en cochant la case correspondante sur le site internet du vendeur concerné. La Cour a conclu ensuite, et dans un second temps, en examinant la technique d'acceptation par « *clic* » des conditions générales d'un contrat de vente conclu par voie électronique lesquelles figurant sur un site Internet en cliquant sur un hypertexte et comportant une clause attributive de juridiction, que celles-ci constituent « *une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention, au sens de (l'article 23, paragraphe 2), lorsque cette technique rend possible l'impression et la sauvegarde du texte de celles-ci avant la conclusion du contrat* »[1668].

[1667] CJUE, 21 mai 2015, aff. C-322/14, *J.E.M c/ CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, JurisData n° 2015-014228.

[1668] CJUE, 21 mai 2015, *Ibid.* ; V. également commentaire de G. LOISEAU, « *La technique du click-wrapping*

Cette interprétation « *libérale* »[1669] de la Cour de justice s'inscrit sans doute dans une démarche de favorisation des échanges électroniques dès lors que la transmission d'informations par voie électronique permet de sauvegarder et d'imprimer les conditions générales incluant une clause d'élection de for avant la conclusion du contrat[1670].

La clause attributive de juridiction dispose une autonomie sans équivoque par rapport au contrat dans lequel elle est incluse. Le dernier paragraphe de l'article 25 du Règlement Bruxelles I *bis* précise, clairement, qu'une convention attributive de juridiction incluse dans un contrat doit être considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. Cela implique que la validité d'une clause attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable. Le juge saisi doit, donc, examiner la validité d'une clause attributive de juridiction indépendamment du contrat principal, ainsi qu'en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 avril 2015[1671]. Le pourvoi a fait notamment valoir qu'une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat expiré cesse de produire effet à compter de la date d'expiration du contrat dans lequel elle était insérée, sauf aux parties à faire part de leur volonté expresse et dépourvue de tout équivoque de reconduire le contrat dans toutes ses stipulations et notamment celles relatives à la clause attributive de juridiction. Or, le pourvoi a été rejeté par la Cour qui a soutenu qu'« *en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, la clause attributive de compétence n'est pas affectée par l'inefficacité de celle-ci* »[1672]. Ainsi se concrétise le principe d'autonomie de la clause attributive de juridiction fondé sur « *la force toute particulière de la volonté des parties qui, à travers cette clause, ont voulu être sûres que si demain un litige*

---

validée », Communication Commerce électronique n° 9, Septembre 2015, comm. 67 ; V. également J. HUET, « *Conditions de validité d'une clause attributive de compétence dans les conditions générales d'un contrat conclu par voie électronique* », Revue des contrats, 01 mars 2016, n° 01, p. 43.

[1669] Comme la considère également Monsieur Loiseau, V. G. LOISEAU, « *La technique du click-wrapping validée* », Communication Commerce électronique n° 9, Septembre 2015, comm. 67.

[1670] V. en ce sens G. LOISEAU, « *La technique du click-wrapping validée* », *op.cit*.

[1671] Cass., 1ère civ., 15 Avril 2015, n° 14-11.572 (Inédit), RJDA 2015, n° 619.

[1672] La Cour de cassation estime que « *la cour d'appel en a, à bon droit, déduit, par une décision motivée et hors toute dénaturation, qu'il était indifférent que le contrat fût parvenu à son terme dès lors que l'action de la société (demandresse) visait à obtenir, d'une part, l'indemnisation du préjudice né de manquements prétendument commis par la société (défenderesse) à ses obligations contractuelles et, d'autre part, le paiement de factures impayées* ». Cass., 1ère civ., 15 Avril 2015, *op.cit*. V. également, Cass., 1ère ch. civ., 8 Juillet 2010, n° 07-17.788, Bull. 2010, I, n° 161, JurisData n° 2010-012397, affiramant qu' « *une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée, par l'inefficacité de cet acte* ».

naît entre elles, il sera bien, en toute hypothèse, de la compétence du juge qu'elles ont choisi d'un commun accord »[1673].

Cette autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat principal est consacrée également par la Convention de La Haye sur les clauses d'élection de for[1674]. Celle-ci valide en la forme la clause d'élection de for lorsqu'elle est conclue par écrit ou tout moyen de communication qui rend l'information accessible pour être consulté ultérieurement[1675]. C'est dire que la convention, au même titre que le règlement de Bruxelles I *bis*, ne s'oppose pas à une clause attributive de compétence conclue par voie électronique, même lorsque celle-ci figure dans un document de référence à l'exemple des conditions générales. Certains auteurs[1676] ajoutent, à juste titre, que la référence à la communication dans la Convention de La Haye laisse comprendre que cette formalité est prescrite *ad probationem* et que la clause par référence est elle-même valable. Quant à la validité au fond, la Convention de La Haye a adopté une solution similaire au règlement Bruxelles I *bis* et elle soumet la validité de la clause à la loi du tribunal élu ou du tribunal saisi selon les situations[1677]. C'est en quelque sorte une règle qui impose, dans le cadre de la Convention précitée, même au juge saisi non désigné par les parties « *une certaine marge de manœuvre pour apprécier la validité de la*

[1673] J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI, « *Prévention et règlement des différends économiques* », Revue Lamy droit des affaires, nº 115, 1er mai 2016.

[1674] L'article 3, d) de la convention prècise que « *un accord exclusif d'élection de for faisant partie d'un contrat est considéré comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable* ».
Pour remettre les choses dans leur contexte historique, il faut dire que les rédacteurs du Règlement Bruxelles I bis ont voulu s'aligner sur le système issu de la Convention de La Haye pour favoriser la compatibilité des deux textes. Cette convention est conclue à La Haye le 30 huin 2005 et a été signée par l'Union européenne le 1er avril 2009, puis approuvée (Cons. UE, déc. N° 2014/887/UE, 4 déc. 2014 relative à l'approbation, au nom de l'Union européenne de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for : JOUE n° L 353, 10 déc. 2014, p. 5 et s.). Cette Convention est entrée en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne le 1er oct. 2015. Elle s'applique, selon son premier article, « *dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale* ». Dans son rapprot avec le Règlement Bruxelles I bis, la convention de La Haye et au regard à son domaine matériel limité n'exclut pas l'application du règlement.

[1675] Art. 3, c) de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for.

[1676] C. KESSEDJIAN, « *La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for* », Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2006, doctr. 11, spéc. n° 21 s. ; G. NGOUMTSA ANOU, « *Contrats d'intermédiaire . – Intermédiaires du commerce international* », JurisClasseur Droit international, 3 Mai 2016.

[1677] L'article 6 de la Convention dispose que « *tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu* ».

clause, au regard de la loi du juge désigné »[1678]. Cette possibilité d'apprécier *prima facie* la validité de la clause d'élection de for est reprise en substance dans le Règlement Bruxelles I *bis*[1679].

Le droit québécois adhère, avec des termes vagues, à la liberté formelle de la clause attributive de juridiction. L'article 3148, paragraphe 4 du Code civil du Québec accorde à l'accord de volonté la primauté pour la prorogation de compétence en faveur des tribunaux québécois ou la dérogation de la compétence en faveur des juridictions étrangères. Cet accord prendra la forme d'une « *convention* », terme utilisé par le Code civil sans aucune exigence quant à cette forme. La Cour suprême de Canada a consacrée cette liberté formelle en affirmant qu' « *il y a bien longtemps qu'en règle générale, il n'y a plus d'expressions sacramentelles dans notre droit. La règle invariable, à tout le moins dans les contrats consensuels comme (celui de la clause d'élection de for et en conséquence d'une élection de domicile), c'est qu'il suffit que l'intention des parties soit suffisamment exprimée* »[1680]. Cette liberté permet de conclure que la forme électronique est admise et ne devrait pas être contestée au regard de ce droit. Pour les conditions du fond de validité de la clause d'élection de for, il convient de citer le jugement de la Cour supérieure du Québec du 7 septembre 2007[1681]. Dans cette affaire dont le jugement est marqué par sa clarté, la Cour a examiné la validité de la clause d'élection de for selon la loi applicable au contrat intégrant cette clause en vertu de la règle de conflit de loi contenue dans l'article 3112 du Code civil du Québec. La Cour, pour se prononcer sur le caractère prétendument abusif de la clause d'élection de for, a procédé à l'analyse du droit applicable au contrat en vertu de la règle de conflit québécoise pour conclure qu'il s'agissait du droit québécois qu'il s'appliquerait à la validité de cette clause. Cette analyse qui clarifie la démarche à emprunter lors de l'évaluation de la validité d'une clause d'élection

---

[1678] C. KLEINER, « *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. – Compétence. – Prorogations de compétence. – Vérification de la compétence et de la recevabilité. – Articles 25 à 28 du règlement (UE) n° 1215/2012* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Droit international, LexisNexis, 15 Mai 2015.

[1679] V. A. NUYTS, « *La refonte du règlement Bruxelles I* », Rev. crit. DIP 2013, p.1, spéc. n° 30.

[1680] Alimport (Empresa Cubana Importadora de Alimentos) c. Victoria Transport Ltd., [1977] 2 RCS 858, 1976 CanLII 206 (CSC), http://canlii.ca/t/1zfgd.

[1681] *Industries Caron (meubles) inc. c. Rich-Wood Kitchens Ltd*., 2007 QCCS 5101. Décision consultable sur le site de la Cour supèrieure du Québec à l'adresse http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/decisions-cs.htm

de for, a été adopté avant ce jugement par la Cour d'appel dans l'affaire *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau*[1682].

Plus explicite encore sur la validité de la clause d'élection de for, l'article 5 de la Loi Fédérale Suisse sur le Droit international privé « *[…] les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte* »[1683]. Cette disposition tient compte de tous les moyens de communication qui peuvent établir la preuve de l'existence de la clause attributive de juridiction, y compris celle prévue dans des transactions conclues par voie électronique. Elle se rapproche, en conséquence, de la position des différents textes étudiés plus haut et assure que la clause d'élection de for peut valablement être prévue dans un environnement numérique, en respectant les règles et conditions de sa validité au fond.

Sous-section II - Les clauses d'élection du for dans le contrat électronique international de consommation

La distance qui peut éloigner un tribunal compètent par rapport aux centres d'intérêt d'une partie, constitue souvent une source d'un certain déséquilibre. Cette difficulté devient plus inacceptable lorsque le déséquilibre procédural atteint un cyberconsommateur ayant conclu un contrat électronique d'une dimension internationale. Le risque inhérent aux contrats asymétriques est bien évidemment lié à la partie forte qui tente de profiter de sa situation de supériorité pour imposer à la partie faible une clause d'élection de for qui lui défavorable. Le risque sera plus élevé lorsqu'on sera dans une relation à distance reposant sur les techniques de communications électroniques pour former cet accord, lequel figure souvent dans les conditions générales du cyberprofessionnel. Certes, les contrats électroniques ne sont pas tous des contrats d'adhésion surtout lorsqu'ils sont issus de l'échange de courriers électroniques. Cependant, les contrats de commerce électroniques le

[1682] *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau,* [2005] J.Q. 21684 (C.A.).
[1683] Art. IV, al. 1 de la Loi Fédérale Suisse sur le droit international privé.

sont pour la plupart[1684]. Il peut s'agir des contrats de vente et de prestation de services offerts, spécialement, sur un site Internet. Il peut concerner également les contrats conclus avec une plateforme de mise en relation en ligne qui s'ouvre à des activités de réservation en ligne de billets d'avion, d'hôtels, de restaurants, etc. Pour bénéficier de ces services et pour conclure des contrats, le cyberconsommateur doit souscrire aux conditions générales de vente ou d'utilisation de services de sorte que le contrat qui l'unit à son cocontractant professionnel revêt, la forme d'un contrat d'adhésion. Cela implique que la clause d'élection de for y afférente est susceptible donc d'être déclarée abusive par le juge, justement parce que « *les contrats conclus par voie électronique sont à cet égard, comme bien d'autres, des foyers de clauses abusives* »[1685].

C'est surtout dans ce cadre qu'en France, la Commission des clauses abusives[1686] s'est intéressée aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux. A travers sa recommandation n° 2014-02 du 7 novembre 2014 relative aux « *contrats de fourniture de services de réseaux sociaux* »[1687], la Commission met en exergue de nombreuses clauses de ces contrats considérant qu'elles créent, par leur objet ou par leur effet, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Dans la liste de ses quarante six recommandations sur les clauses abusives, on trouve les clauses relatives aux litiges, entravant l'exercice d'une action en justice ou afférentes à l'application impérative d'une loi étrangère[1688]. Il convient, toutefois, de rappeler que les recommandations de la Commission n'ont pas de portée normative. La Cour de cassation a ainsi souligné que « *les recommandations de la Commission des*

[1684] G. LOISEAU, « *Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats* », Comm. Com. Elec., n° 9, Septembre 2016, étude 15.

[1685] G. LOISEAU, *Ibid*.

[1686] La Commission des clauses abusives est instituée par l'article L. 822-4 du Code de la consommation et elle est placée sous la tutelle du ministre chargé de la consommation. Elle est composée de magistrats, de représentants des consommateurs et des professionnels ainsi que de personnalités qualifiées en droit ou technique des contrats. Sa mission consiste à examiner les modèles de contrats habituellement proposés par les professionnels et de donner ses recommandations qu'il peut porter sur la supression ou la modification des clauses jugées abusives. Elle peut être également saisie par le juge à l'occasion d'une instance pour donner son avis sur le caractère abusif d'une clause contractuelle. V. le site officiel de la commission via le lien http://www.clauses-abusives.fr/qui-sommes-nous/

[1687] Recommandation accessible en ligne via le lien http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/contrats-de-fourniture-de-services-de-reseaux-sociaux-nouveau/

[1688] V. sur les commentaires de cette recommandation G. LOISEAU, « *Les maîtres du monde numérique coupables d'abus* », Comm. Com. Elec. n° 1, Décembre 2015, comm. 4 ; A.-L. FALKMAN, « *Les réseaux sociaux face à de nouvelles contraintes - Impacts de la recommandation de la Commission des clauses abusives* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 19 Mars 2015, 1136.

clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation »[1689].

La jurisprudence française, quant à elle, a marqué, à travers plusieurs décisions, sa position concernant les clauses attributives de juridiction insérées dans le contrat électronique international de consommation. Dans un arrêt en date du 23 mars 2012[1690], la Cour d'appel de Pau a dû se prononcer sur le caractère abusif d'une clause attributive de juridiction insérée dans les conditions d'utilisation de Facebook. Dans cette affaire, l'appelant qui est l'utilisateur de services du réseau social Facebook, a déclaré à la Cour que les conditions d'utilisation du site Internet de Facebook sont abusives en soutenant qu' « *elles ont pour objet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou de voies de recours par le consommateur* »[1691] et ajoute que la clause d'élection de for ne figurait pas de façon très apparente dans les conditions d'utilisation et qu'elle n'était pas rédigée en langue française ce qui constitue un obstacle à sa bonne compréhension de ses stipulations. Facebook Inc., société de droit américain, visait principalement, de son côté, a retiré le pouvoir de trancher le litige au profit des juridictions de l'Etat de Californie. Elle a ainsi réclamé à la Cour de se déclarer incompétente au profit de ces juridictions, en soutenant que son client, en s'inscrivant sur le site, a accepté les conditions d'utilisation qui prévoient que « *tous les éventuels litiges qui pourraient opposer Facebook à ses utilisateurs seront soumis, selon la nature du litige, à une juridiction arbitrale ou aux juridictions fédérales de l'Etat de Californie (Etats-Unis)* »[1692]. Facebook Inc. soutenait également que la prohibition prévue à l'article 48 du Code de procédure civile ne peut pas être applicable en matière de litiges internationaux.

La Cour d'appel, pour trancher ce litige, a confirmé d'abord le principe selon lequel les clauses prorogeant la compétence internationale sont licites lorsqu'elles sont invoquées dans un litige international, elle a imposé une exception majeure qui tient à son inopposabilité à la partie qui n'en a pas eu connaissance et qui ne l'a pas acceptée au moment de la formation du contrat.

[1689] Cass., ch. civ. 1, du 13 novembre 1996, n° 94-17.369, Bull. 1996, I, n° 399, p. 279.
[1690] CA, Pau, 1re ch., 23 mars 2012 - n° 11/03921, JurisData n° 2012-006520.
[1691] *Ibid*.
[1692] *Ibid*.

Ensuite, elle s'est référé d'abord à l'article 48 du Code de procédure civile qui impose à ce que « *toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins (...) qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* »[1693]. Tel n'était pas le cas en l'espèce, la clause d'élection de for au profit des juridictions des Etats-Unis était, selon la Cour, « *noyée dans de très nombreuses dispositions dont aucune n'est numérotée. Elle est en petits caractères et ne se distingue pas des autres stipulations* » et qu' « *arrive au terme d'une lecture complexe de douze pages format A4 pour la version papier remise à la Cour et la prise de connaissance de ces conditions peut être encore plus difficile sur un écran d'ordinateur ou de téléphone portable, pour un internaute français de compétence moyenne […]. En outre, il suffit d'une simple et unique manipulation lors de l'accès au site (clic) et non d'une signature électronique pour que le consentement de l'utilisateur soit considéré comme acquis ce qui suppose que l'attention de celui-ci soit particulièrement attirée sur la clause dont se prévaut la société Facebook ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque lors de cette manipulation la clause n'est pas facilement identifiable et lisible* ». La Cour d'appel a également relevé que la langue de la clause était l'anglais et qu'il n'y a eu aucune preuve, dont la société Facebook avait la charge d'en apporter, que son client maîtrise cette langue. Sur ces fondements, la Cour d'appel a conclu que « *(le consommateur) ne peut être considéré qu'il s'est engagé en pleine connaissance de cause et la clause attributive de compétence doit être réputée non écrite* »[1694].

Toujours dans le cadre d'un litige opposant la société Facebook à un consommateur, une ordonnance prononcée par le juge de la mise en état du Tribunal de grande instance de Paris[1695] a fait coule beaucoup d'encre[1696]. En 2011, le réseau social Facebook a suspendu le compte d'un utilisateur ayant publié une photo de la toile « *L'origine du monde* » de Gustave Courbet. L'utilisateur

[1693] *Ibid*.
[1694] V. Arrêt, *Ibid*. V. également obs. O. FLIPO, « *Compétence des juridictions françaises pour juger des litiges entre Facebook et les utilisateurs* », Dossiers d'actualité Lexis360, 03/03/2016.
[1695] TGI Paris, ord., 5 mars 2015, n° 12/12401, Frédéric c/ Facebook, JurisData n° 2015-010234.
[1696] O. FLIPO, « *Compétence des juridictions françaises pour juger des litiges entre Facebook et les utilisateurs* », Dossiers d'actualité Lexis360, 03/03/2016 ; J. Larrieu, P. Tréfigny, Droit du numérique, oct. 2015 – sept. 2016, Recueil Dalloz 2016, p.2141; Marie-Élodie ANCEL, « *Un an de droit international privé du commerce électronique* », Communication Commerce électronique n° 1, Janvier 2016, chron. 1.

assigne alors les sociétés Facebook France et Facebook Inc. au tribunal parisien au mépris d'une clause d'élection de for insérée dans les conditions d'utilisation de Facebook qui désignait le tribunal de Santa Clara en Californie et ce, pour demander la réactivation de son compte ainsi que des dommages et intérêts.

La société Facebook lui opposait ainsi l'incompétence de la juridiction française pour trancher le litige en s'appuyant sur la clause en question. Plaçant sur le terrain du droit de la consommation, en qualifiant l'utilisateur de consommateur protégé, le Tribunal de grande instance a apprécié la licéité de la clause d'élection de for au regard du régime des clauses abusives et considère que ladite clause était abusive et réputée non écrite. Elle est de nature « *à créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice* »[1697], car elle oblige le consommateur de « *saisir une juridiction particulièrement lointaine et [d'] engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux* », alors que la société Facebook Inc. a « *une agence [une filiale, plus exactement] en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises* », ce que Facebook a contesté devant la Cour d'appel.

En appel, la Cour parisienne[1698] a confirmé l'ordonnance et a apprécié la portée et la validité de la clause d'élection de for au regard du Règlement Bruxelles I dont l'article 16 permet au consommateur de saisir la juridiction du lieu de son domicile. Pour conférer au règlement une application légitime, la Cour semble considérer Facebook, bien que son siège social soit établi aux Etats-Unis, dispose une succursale dans un Etat membre. En reprenant l'analyse adoptée par le juge de la mise en état, la Cour d'appel a déclaré abusive et non écrite la clause attributive de juridiction litigieuse.

La compétence des tribunaux français dans les trois décisions précitées relevait des solutions nationales. C'est sur le recours à la législation nationale française que les juges ont fondé l'existence d'une clause abusive d'élection de for. Certes, l'aspect international du contrat électronique permet aux clauses d'élection

[1697] TGI Paris, ord., 5 mars 2015, n° 12/12401, *Frédéric c/ Facebook*, JurisData n° 2015-010234.
[1698] CA, pôle 2, ch. 2, 12 fév. 2016, n° 15/08624, *Facebook Inc.,* JurisData n° 2016-002888.

de for d'échapper à leur prohibition par l'article 48 du Code de procédure civile qui n'est pas d'ordre public[1699], mais elles demeurent soumises aux dispositions impératives du Code de la consommation sur les clauses abusives, qui est d'ordre public[1700]. Maintenant, avec l'entrée en vigueur, le 10 janvier 2015, du nouveau Règlement Bruxelles I *bis* du 12 décembre 2012, ses dispositions viennent sans équivoque utilement en renfort pour protéger le consommateur. D'un côté, parce que le régime protecteur du consommateur s'impose quand bien même le professionnel n'a pas d'établissement ni un domicile dans l'Union européenne[1701] et sans tenir compte que la clause d'élection de for désignant une juridiction d'un Etat membre ou d'un Etat tiers[1702]. D'un autre côté, parce que ce régime protecteur du consommateur européen est bien cadré dans les règles de compétence du règlement. L'article 18, paragraphe 1 du règlement confère au consommateur le droit d'intenter une action devant la juridiction où il est domicilié et ce, quelque soit le domicile de son cocontractant et l'article 19 du règlement interdit toutes clauses d'élection de for qui priveraient le consommateur de ce droit.

C'est, donc, afin de rééquilibrer la relation entre l'e-consommateur et l'e-professionnel, qu'un régime protecteur est instauré au bénéfice de la partie faible en matière de compétence. Ce privilège consiste en la mise en place d'une option de compétence réservée au cyberconsommateur européen[1703]. Cette compétence de protection remet en cause la validité des accords d'élection de for y dérogeant. Il convient de souligner que la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for n'a aucune influence sur ce régime européen protecteur du consommateur contre les clauses attributives de compétence en droit

---

[1699] Cass., 1ère civ., 17 Déc. 1985, n° 84-16.328, JurisData n° 1985-703454 ; Cass., 1ère civ., 25 Nov. 1986, n° 84-17.745, JurisData n° 1986-002365 : « *l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention et emporte renonciation à tout privilège de juridiction (...) les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'elles ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française et sont invoquées dans un litige de caractère international* ».

[1700] V. dans le même sens Chronique ERCIM- Université Montpellier I, UMR 5815 (ss resp. de N. MALLET-POUJOL), « *Droit de l'Internet* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 4, 28 Janvier 2016, 1061.

[1701] V. art. 17 du Règlement Bruxelles I *bis*, spéc. parag. 2.

[1702] Contrairement aux relations entre professionnels où l'article 25 du règlement limite les clauses d'èlection de for aux juridictions d'un Etat membre. V. en ce sens M.-É. ANCEL, « *Un an de droit international privé du commerce électronique* », Communication Commerce électronique n° 1, Janvier 2016, chron. 1.

[1703] L'article 18 prévoit cette option en indiquant que « *l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié* ».

international privé. Cette Convention exclut de son champ d'application matériel presque tous les litiges qui se prêtent à des compétences impératives[1704], il en est ainsi des accords d'élection de for auxquels l'une des parties est « *une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur)* »[1705]. Ils sont donc exclus, les contrats internationaux de consommation.

Cependant, la prohibition des accords d'élection de for pour les litiges impliquant un cyberconsommateur n'est pas générale. La protection est levée, par exemple, lorsque le contrat a déjà été conclu et le litige est né, les clauses d'élection de for postérieures à la naissance du différend sont donc admises[1706]. Sans doute, le cyberconsommateur n'a pas besoin de cette protection après la naissance du litige puisqu'il ne se trouverait plus dans la nécessité de conclure un contrat électronique en adhérant, sans avoir aucune latitude, aux clauses qui y sont incluses. Dans le même sillage, la juridiction devant lequel le cyberconsommateur comparaît peut se déclarer compétente, même s'il n'est pas le tribunal normalement compétent en vertu des règles protectrices[1707], « *puisque l'on peut considérer que la partie faible a "accepté" sa compétence alors que le différend était déjà né* »[1708].

Au stade de naissance d'un litige, les parties se placent sur un pied d'égalité. Le cyberconsommateur a, donc, toute possibilité pour refuser un accord qui serait contraire à ses intérêts. Les règles ci-dessus, ont donc sans doute, pour fonction, par transposition à l'environnement numérique, d'éliminer les clauses préétablies d'élection de for qui figurent dans les contrats d'adhésion, les conditions générales de vente du contrat électronique ou les conditions d'utilisation du site Internet. Cette prohibition constitue, à notre sens, le moyen le plus efficace pour lutter contre l'impossibilité dans laquelle peut se trouver, en pratique, le cyberconsommateur de refuser les clauses attributives de juridiction imposées par les cyberprofessionnels dans les contrats internationaux de consommation.

C'est justement pour ces mêmes raisons que l'article 1437 du Code civil du Québec accorde une protection contre les clauses abusives à la fois dans les

[1704] S. CLAVEL, « *Droit international privé* », *op.cit.,* p. 213.
[1705] Art. 2, parag. 1, a) de la Convention sur les accords d'élection de for.
[1706] Art. 19, paragr. 1 du Règlement Bruxelles I *bis*.
[1707] V. Art. 26 du Règlement Bruxelles I *bis*.
[1708] S. CLAVEL, « *Droit international privé* », *op.cit*.

contrats de consommation et dans les contrats d'adhésion. Ce texte dispose que « *la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible* » et il définit le caractère abusif d'une clause aux termes suivants : « *est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci* ». La taille du réseau numérique augmente, sans doute, le risque de se trouver devant un tribunal très éloigné. Ces règles protectrices Québécoise du consommateur viennent borner ou canaliser l'initiative du professionnel qui impose des clauses d'élection de for, bien réfléchie, qui ne servent que ses propres intérêts. C'est dans le même sens que Madame Sylvette Guillemard estime, à juste titre, qu' « *à l'occasion de relations cyberspatiales, les lieux de résidence ou de domicile de l'acheteur et du vendeur peuvent être fort éloignés en termes de kilomètres. Une clause contractuelle qui ferait du tribunal du lieu de résidence du stipulant le for contractuel, obligeant ainsi l'adhérent à se déplacer loin de chez lui, pourrait certainement être jugée abusive* »[1709].

Il y a lieu de rappeler, dans le même cadre, une analyse très intéressante de la Cour de justice de l'Union européenne qui a eu l'occasion d'interpréter la notion de clause abusive relative à l'élection de for dans un cas opposant des sociétés espagnoles, vendeurs des encyclopédies, à des consommateurs espagnols[1710]. Les contrats intervenus entre les parties comportaient une clause attribuant compétence aux juridictions de Barcelone, ville où se trouvait le siège social de la société, mais où aucun des consommateurs n'y étaient domiciliés.

Evaluant, d'abord, la clause d'élection de for et qui est insérée, sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle, dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, la Cour a été persuadé que cette clause « *réunit tous les critères pour pouvoir être qualifiée d'abusive* ». Evaluant, ensuite, la teneur de la clause attribuant compétence exclusive aux tribunaux du lieu du siège social du professionnel où aucun des consommateurs n'avaient son domicile,

[1709] S. GUILLEMARD, « *Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent* », Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2004, doctr. 100001.
[1710] CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, aff. jointes C-240/98 à C-244/98.

la Cour européenne a estimé que, d'une part, l'obligation ainsi faite au consommateur de se rendre à une juridiction exclusive « *qui peut être éloigné de son domicile* » est de nature à rendre sa comparution plus difficile et pouvait entraîner des frais « *dissuasifs* » afférents à sa comparution, ce qui est susceptible de « *conduire [le consommateur] à renoncer à tout recours judiciaire ou à toute défense* », et d'autres part, cette clause permet au professionnel de rassembler l'ensemble des litiges afférents à son activité professionnelle au sein de la juridiction dans le ressort duquel se trouve son établissement « *ce qui tout à la fois facilite l'organisation de sa comparution et rend celle-ci moins onéreuse* ».

La Cour, en suivant ce raisonnement, a conclu qu'« *une clause attributive de juridiction, qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel, doit être considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive, dans la mesure où elle crée, en dépit de l'exigence de bonne foi, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* »[1711]. C'est ainsi que la Cour de justice pose un principe général qui reflète l'évolution des règles protectrices dans les relations déséquilibrées.

A fortiori, dans des circonstances comparables, une conclusion identique s'impose lorsqu'un accord d'élection de for est conclu par voie électronique au sein d'un rapport contractuel asymétrique, où les distances sont encore plus importantes.

Mais au-delà des considérations pratiques, on peut relever par des arguments juridiques le caractère abusif de la clause, ce que soulignent, à juste titre, certains auteurs : « *il est connu que, en raison du mécanisme du droit international privé, de l'autorité saisie dépend la loi applicable au fond du litige. On peut donc supposer que, dans certains cas, le choix du tribunal imposé par*

[1711] CJCE, 27 juin 2000, *Ibid*.

l'adhérent répond à ses besoins, plus qu'à ceux de son cocontractant, en matière de droit substantiel »[1712].

Il convient, en outre, de rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne a eu également l'occasion en 2016 de se prononcer sur le caractère abusif d'une clause de choix de la loi applicable, n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle, insérée dans les conditions générales de vente d'un site Internet du professionnel, mais cette fois sur le terrain du manquement à l'information au profit du consommateur qu'il bénéficie des dispositions impératives du droit applicable dans son pays[1713]. Cette affaire est, à notre avis, transposable à la clause de juridictions compétentes élue par le professionnel.

Il y a lieu également de repenser la protection du cyberconsommateur contre les clauses d'élection de for à partir du principe général du droit d'accès à la justice. Nous savons que les contrats de cyberconsommation comportent souvent une clause attributive de juridiction que le cyberconsommateur a accepté, généralement, par « *clic* » sans l'avoir forcément négocié. En l'obligeant à se rendre à l'endroit choisi par le cyberprofessionnel pour plaider sa cause le poussera, à coup sûr, à renoncer à tout recours judiciaire du fait que le coût en serait trop élevé dans l'absolu ou en proportion avec la valeur du litige. C'est justement pour lui éviter de renoncer à ses droits que le principe du « *droit d'accès à la justice* » peut être d'un grand secours. Cette démarche paraît concevable dès lors que l'accès à la justice constitue à nos jours un droit fondamental. La Cour européenne des droits de l'homme considère que le procès équitable réside dans le droit d'accès à la justice, lequel ne peut être conçu indépendamment du droit d'obtenir un jugement[1714], car « *s'il n'y a pas d'accès à la justice, il n'y a plus*

[1712] S. GUILLEMARD, D.- E. ONGUENE ONANA, « *Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé* », Les Cahiers de droit 484 (2007), p. 661.

[1713] La Cour de justice a conclu qu' « *une clause figurant dans les conditions générales de vente d'un professionnel, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, selon laquelle la loi de l'État membre du siège de ce professionnel régit le contrat conclu par voie de commerce électronique avec un consommateur est abusive pour autant qu'elle induise ce consommateur en erreur en lui donnant l'impression que seule la loi de cet État membre s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, du règlement Rome I, de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier à la lumière de toutes les circonstances pertinentes* ». CJUE, 28 Juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformationc/ Amazon EU Sàrl*, Aff. C-191/15, JurisData n° 2016-016129.

[1714] M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le droit d'accès à la justice et au droit* », *in* Liberté et droits fondamentaux, M.-A. Frison-Roche et T. Revêt (dir.), Dalloz, 12ème éd. 2006, p. 449.

de droits fondamentaux ; ce qui justifie que l'action en justice soit elle-même un droit fondamental »[1715]. Ce droit d'accès à la justice constitue en France une liberté publique accordée sans discrimination aux Français comme aux étrangers[1716]. Dés 1974, Dominique Holleaux adoptait une démarche qui va dans le même sens. Cet auteur proposait d'assurer la protection de la partie faible en fonction de ses besoins réels, au lieu de transposer à l'ordre international des critères de compétence territoriale interne[1717]. Sa proposition consiste à adopter une attitude souple consistant à admettre l'amissibilité de la clause d'élection et tempérer ce principe par « *une application également souple de la règle qui attribue ou rend compétence au juge français lorsqu'il y a un risque de déni de justice* »[1718]. Cette idée s'inspirait du célèbre arrêt *Zapata* de la Cour suprême des Etats-Unis qui considère que celui qui cherche à écarter l'application de la clause d'élection de for « *doit montrer que le procès devant le for contractuel serait si difficile et si incommode qu'il aboutirait en pratique à le priver de son droit d'accès à la justice*»[1719].

Le cumul des positions de ces morceaux permet de conclure que la protection du cyberconsommateur dans un contexte virtuel constitue un gage de sécurité juridique et judiciaire.

Mais, il faut également reconnaître qu'un rattachement juridictionnel objectif imposant à une partie à saisir un juge très éloigné constitue aussi un obstacle au recours à la justice dans le cadre d'un contrat électronique international de

---

[1715] L. CONDE, « *Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle* », JurisClasseur Civil Code > Art. 4, 1er Septembre 2013 ; V. également les réf. Cité par l'auteur : M. BANDRAC, « *L'action en justice, droit fondamental* », *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mél. R. Perrot : Dalloz 1996, p. 1. ; PERRUCHE et LE PERE UBU, « *Observations sur le déni d'action par la loi* », *in* Justice et droitsfondamentaux, Études J. Normand : Litec 2003, p. 1 ; M. LE FRIANT, « *L'accès à la justice* », *in* Droits et libertés fondamentaux : Dalloz, 3e éd. 1996, p. 269 s.

[1716] CA Paris, 7 juill. 1954, Rev. crit. DIP 1954, p. 552, note Ph. FRANCESCAKIS « *l'accès des prétoires est ouvert aux étrangers aux mêmes conditions qu'aux nationaux* » ; JDI 1955, p. 636, note A. PONSARD.

[1717] Note D. HOLLEAUX ss Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, n° 71-40-258 et n° 71-40-360, JCP, Ed. G, 1974, II, 17881.

[1718] Note D. HOLLEAUX ss Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, n° 71-40-258 et n° 71-40-360, JCP, Ed. G, 1974, II, 17881 ; V. L. CORBION, « *Le déni de justice en droit international privé* », Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille 2004, spé. n° 213, publication sur OpenEdition Books : 15 avril 2015, accessible en ligne *via* le lien http://books.openedition.org/puam/339

[1719] A rappeler, notamment, que tet arrêt a admis l'effet dérogatoire de la clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger. Cour suprême des États-Unis, 12 juin 1972, 407 U.S. 1 (1972), *Rev. crit. DIP* 1973, p. 530. V. L. CORBION, « *Le déni de justice en droit international privé* », *op.cit.* ; J. JODLOWSKI, « *Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compètence internationale en matière civile* », Recueil des cours 1974-III, Académie de droit international, A. W. SIJTHOFF, LEYDE 1975, p. 534.

consommation. Les difficultés linguistiques et les coûts d'une procédure devant une juridiction éloignée contribuent sans doute à décourager le cyberconsommateur à faire prévaloir ses droits.

Conclusion de la Section I

Le choix d'une juridiction est un avantage stratégique. Dans toutes hypothèses, l'admissibilité et la validité de la clause attributive de juridiction ne sont pas identiques lorsque les cocontractants sont des professionnels ou lorsque l'un d'entre eux est un consommateur.

Dans les rapports entre professionnels, la forme électronique de la clause d'élection de for ne pose aucune difficulté et celle-ci peut valablement être prévue dans un environnement numérique, en respectant les règles et conditions de sa validité au fond. Dans les rapports avec les consommateurs, un régime protecteur est instauré au bénéfice de la partie faible en matière de compétence. Ce privilège consiste en la mise en place d'une option de compétence réservée au cyberconsommateur. Cette compétence de protection remet en cause la validité des accords d'élection de for y dérogeant. La jurisprudence française a marqué, à travers plusieurs décisions, sa position concernant les clauses attributives de juridiction insérées dans le contrat électronique international de consommation pour conclure, dans la plupart des cas, à l'existence d'une clause abusive d'élection de for. Le droit Québécois a également instauré des règles protectrices du consommateur pour borner l'initiative du professionnel qui impose des clauses d'élection de for, bien réfléchie, qui ne servent que ses propres intérêts. La Cour de justice de l'Union européenne a eu également l'occasion de se prononcer sur le caractère abusif d'une clause de choix de la loi applicable, n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle, insérée dans les conditions générales de vente d'un site Internet du professionnel. Plusieurs raisons ont justifié ce régime protecteur notamment la distance qui éloigne le cyberconsommateur de son cocontractant. Il y a lieu également de repenser la protection du cyberconsommateur contre les clauses d'élection de for à partir du principe général du droit d'accès à la justice.

Il en résulte que la validité de la clause d'élection de for dépend de la qualité des parties et des circonstances qui entourent la relation contractuelle. La validité de ces clauses est souvent remise en cause lorsque l'un des contractants est un consommateur, ce qui constitue un gage de sécurité juridique et judiciaire dans un contexte virtuel dont l'un de ses attributs est la distance physique entre les parties.

Section II - Les juridictions objectivement compétentes

La question de la compétence internationale des tribunaux, en matière contractuelle, n'est pas nouvelle. Ce qui apparaît une nouveauté, c'est la détermination de cette compétence dans un contexte virtuel. En l'absence de règles de compétence internationale spécifique au contrat électronique international, ce sont donc les règles classiques de compétence qui s'appliquent.

Or, les liens qui peuvent justifier la compétence des juridictions sont d'une nature matérielle. On se préoccupe de ne pas imposer au défendeur à se déplacer, en prévoyant donc la compétence des tribunaux de son domicile, de privilégier la proximité entre le for et les faits litigieux[1720] afin de faciliter l'administration des preuves, de permettre que le jugement soit rendu dans le pays où une exécution forcée paraît possible[1721], d'assurer l'accès des citoyens d'un Etat ou une catégorie d'entre eux à ses propres juridictions ou encore de mesurer le degré d'asservissement des règles de compétence à des objectifs plus larges, tel le bon fonctionnement du marché intérieur[1722].

En effet, les transformations de l'environnement international et les modes de conclusion et d'exécution des contrats conclus par voie électronique impliquent des bouleversements significatifs. La territorialité et les attachements géographiques ne peuvent pas assurer, à eux seuls, une répartition des litiges internationaux devant la dématérialisation croissante des rapports internationaux au point que « *les*

[1720] D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé/1* », T. I (Partie générale), *op.cit*., n° 117, p. 141.
[1721] P. MAYER, V. HEUZE, « *Droit international privé* », *op.cit*., n° 288, p. 201.
[1722] D. BUREAU, H. MUIR WATT, « *Droit international privé/1* », *op.cit.*

contentieux nés dans l'espace virtuel obligent à revisiter les fondements de la compétence des tribunaux du monde réel »[1723].

Alors que le droit international privé s'attache à la localisation géographique pour déterminer les règles de compétence juridictionnelle, le contrat électronique est de nature réfractaire à toute idée de matérialité ou de géographie[1724]. Toutefois, des règles de compétence spécifiques destinées à la protection du consommateur, considérées partie faible dans une relation contractuelle, peuvent contribuer à remettre le contrat électronique dans un cadre géographique limité que les professionnels, eux mêmes, ont un grand intérêt à le délimiter s'ils ne souhaitent pas se voir attraire devant toutes les juridictions de la planète. Il y a donc, dans certaine situation, une influence des règles de compétence juridictionnelle internationale sur le commerce électronique.

On observera tout de suite que, d'une part, une distinction doit être faite entre les contrats électroniques conclus entre professionnels ou cybercommerçants (Sous-section I) et les contrats électroniques dont l'une des parties est un cyberconsommateur (Sous-section II), ce qu'on a pris l'habitude, dans le contexte du commerce électronique, d'appeler respectivement *Business to Business* et *Business to Consumer*. Il convient, dans ce cadre, de savoir dans quelle mesure les règles de compétence juridictionnelle internationale sont compatibles avec les contrats électroniques ou, plus généralement, au contexte numérique.

Sous-section I - Juge comptent dans les contrats électroniques entre professionnels

L'aptitude du droit international privé à appréhender le phénomène des contrats électroniques a été discuté, jusqu'à tenter de confier leur régime à une instance de régulation ou d'autorégulation qui fonctionnent selon ses propres règles et avec ses propres instances juridictionnelles[1725]. Toutefois, comme le soutien à juste titre Monsieur Jault-Seseke, « *internet ne saurait totalement s'affranchir des*

[1723] *Ibid.*, n° 118, p. 142.
[1724] V. PIRONON, « *Les nouveau défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ?* », *in* Les nouveau défis du commerce électronique, J. ROCHFELD (dir.), LGDJ, Lextenso, 2010, p. 93et s.
[1725] F. JAULT-SESEKE, *« Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in* « *Internet et le droit international »,* Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014, p. 167.

contraintes étatiques et le droit international privé qui permet de déterminer le juge compétent conserve son utilité »[1726].

Les règles de détermination de la juridiction compétence dans le contrat électronique international relèvent de nombreuses dispositions qui se trouvent dans des textes divers. Les plus remarquables sont le fruit de la mise en place d'un espace judiciaire européen commun qui vise à instaurer des règles uniformes de compétence internationale destiné à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Ce fruit d'unification a donné lieu à l'adoption de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui s'étend à la détermination de la juridiction compétente au stade du litige ainsi qu'à l'effet des jugements au sein de l'Union européenne. Elle constituait la référence incontournable en la matière civile et commerciale en Europe[1727]. Cette intervention européenne apparaît encore plus décisive, suite au traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, avec la transformation de la Convention de Bruxelles en un instrument de droit européen dérivé. Le Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 « *Bruxelles I* » a vu donc le jour et est entrée en vigueur le 1er mars 2002. Il marque un pas important dans le développement de la circulation des jugements en Europe[1728]. Ce règlement a fait l'objet d'une révision en 2012, sur le fondement des travaux préparatoires de la Commission européenne[1729] et de deux études réalisées à la demande de la Commission[1730], ce qui a donné lieu à l'adoption le 12 décembre 2012 du Règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil « *Bruxelles I bis* » concernant la compétence judicaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Parmi les améliorations remarquables apportées dans le cadre du Règlement Bruxelles I *bis*, l'extension du champ d'application de celui-ci aux litiges impliquant des Etats tiers à l'Union européenne.

[1726] *Ibid.*

[1727] J.-F. KRIEGK, « *La gestion des conflits internationaux en matiere civile : de la communaute des sources a l'harmonisation des normes ?* », Petites affiches, 15/02/2000, n° 32, p. 10.

[1728] J.- M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », *op.cit*., n° 947, p. 735.

[1729] Livre vert sur la révision du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (COM/2009/0175 final) ; Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009 COM (2009) 174 final.

[1730] V. J.- M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, « *Droit du commerce international* », *op.cit*., n° 948, p. 736.

En dehors de l'Union européenne, hormis la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale à laquelle la France est liée, la détermination de la compétence internationale des juridictions françaises est réalisée principalement par des règles de compétence interne étendues à l'ordre international. Ce régime général de la compétence internationale tel qu'il est en vigueur en France, se compose pour l'essentiel des règles forgées par le droit commun français et celles élaborées dans un cadre européen[1731]. Ces dernières ne peuvent être employées que si les conditions de leur application sont remplies.

Il convient donc de commencer par envisager la question de la compétence juridictionnelle internationale des contrats électroniques dans l'Union européenne (I), avant de l'étudier en-dehors de celle-ci (II).

I - La compétence dans le droit international privé dans l'union européenne

Le Règlement Bruxelles I *bis* concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[1732] constitue, aujourd'hui, le doit commun de la compétence dans l'Union européenne[1733]. Les questions relatives au champ d'application des dispositions du règlement, qui déterminent la compétence juridictionnelle dans l'ordre international, sont considérées, selon la Cour de justice, d'ordre public[1734]. La juridiction saisie au sein de l'Union européenne doit donc appliquer d'office le Règlement en vigueur si

[1731] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « *Droit international privé* », *op.cit.,* p. 706.

[1732] Le règlement Bruxelles I a été remplacé à compter du 10 janvier 2015 par le règlement Bruxelles I bis. Les actions judiciaires entamées à partir de cette date seront soumises au Règlement Bruxelles I bis (Art. 66 du règlement) et celles intentées avant cette date continueront à être régies par le Règlement Bruxelles I.

[1733] C. GENTILI, « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », (Extrait) JurisClasseur Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Oct. 2015).

[1734] CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c/ TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, aff. C-89/91 : « *étant donné que les questions relatives au champ d'application des dispositions de la convention, qui déterminent la compétence juridictionnelle dans l'ordre international, doivent être considérées comme étant d'ordre public* ». Il y a lieu de préciser que toute interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne à la Convention de Bruxelles de 1968 et les règlements qui la remplacent doit être transposée aux dispositions équivalentes du Règlement Bruxelles I bis en vigueur (V. CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-189/08 et Consid. 34 du Règlement Bruxelles I bis).

les conditions d'application sont remplies[1735]. Par ailleurs, la théorie du *forum non conveniens* est exclut, ce qui en résulte qu'un juge d'un Etat membre ne peut décliner la compétence qu'il tire du règlement au motif qu'un tribunal d'un Etat tiers, également compétente, serait un for plus approprié pour connaître d'un litige[1736]. De même, l'application du Règlement Bruxelles I *bis* nécessite qu'un litige présente un élément d'extranéité[1737]. Dés lors, il revêt le caractère international le litige qui implique un Etat membre et un Etat tiers, du fait de la localisation des faits litigieux dans cet Etat tiers[1738].

Sur le terrain du contrat électronique international, le législateur européen a laissé celui-ci soumis aux mêmes règles de compétence juridictionnelles classiques sans que le mode de conclusion du contrat soit une source de création des règles spécifiques, en refusant ainsi de « *créer un îlot de "cyberlégislation"* »[1739]. ce sont donc les règles de compétence édictées par le Règlement Bruxelles I *bis* qui s'appliquent aussi bien dans le monde réel que dans le monde virtuel. La Directive européenne 2000/31/CE ne semble pas dérogée à l'application des règles communes du Règlement Bruxelles I *bis* et son article 1, paragraphe 4 est très clair sur ce point « *la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ».

Le Règlement Bruxelles I *bis* s'applique en matière civile et commerciale, donc à tous les contrats électroniques qui relèvent de ce champ et ce, quelque soit

---

[1735] Cass., 1ère civ., 3 Oct. 2006, n° 04-19.466, Bulletin 2006, I, N° 424, p. 365, JurisData n° 2006-035244 : « *il appartenait à la juridiction saisie de mettre en oeuvre même d'office le règlement communautaire susvisé et notamment d'en rechercher les conditions d'application* ».

[1736] CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c/ N. B. Jackson*, aff. C-281/02 : « *la convention de Bruxelles s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant* ».

[1737] CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c/ N. B. Jackson*, Aff. C-281/02.

[1738] CJCE, 1er mars 2005, Andrew Owusu c/ N. B. Jackson, aff. C-281/02. V. également C. GENTILI, « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », (Extrait) JurisClasseur Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Octobre 2015).

[1739] Carole AUBERT de VINCELLES, « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d' " activité dirigée"* », Revue des contrats, 01/04/2011, n° 2, p. 511.

la nature de la juridiction[1740]. La compétence juridictionnelle est déterminée par le règlement dès lors que le défendeur est domicilié dans un Etat membre[1741].

Ce for du domicile du défendeur constitue la règle de compétence générale qui peut être complétée par des règles de compétence spéciale[1742]. C'est ainsi que le principe fondamental de la compétence posé par le règlement[1743] est l'application de la règle *actor sequitur forum rei*[1744]. Il s'ensuit que « *les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre* »[1745]. La Cour de justice a rappelé clairement, à ce propos, que « *dès lors qu'un litige présentant un élément d'extranéité entre dans le champ d'application matériel du règlement […] et que le défendeur a son domicile sur le territoire d'un Etat membre […], les règles de compétence prévues par le règlement doivent, en principe, recevoir application et prévaloir sur les règles nationales de compétence* »[1746].

Ce critère du domicile du défendeur, adopté par le règlement, ne semble pas posé de difficultés d'application dans le domaine des contrats internationaux conclus par voie électronique. Le domicile est toujours quelque chose qui est lié à un lieu physique. Les personnes morales sont domiciliées et ce, conformément au règlement lui-même, au lieu de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement[1747]. Concernant les personnes physiques, la

---

[1740] Art. 1er du règlement Bruxelles I bis.

[1741] Il convient de noter que le règlement Bruxelles I bis s'applique entre tous les Etats membres, sauf le Danemark (le Danemark qui a rejoint le règlement n° 44/2001 par un protocole additionnel, ne sera pas lié par le Règlement Bruxelles I bis ; V. Consid. 41 du Règlement Bruxelles I bis « *le Danemark ne participe pas à l'adoption du présent règlement et n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application, sans préjudice de la possibilité pour le Danemark d'appliquer le contenu des modifications apportées au règlement (CE) no 44/2001 en vertu de l'article 3 de l'accord du 19 octobre 2005 entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* »).

[1742] Le Considérant n° 16 du Règlement Bruxelles I bis précise que « *le for du domicile du défendeur devrait être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter la bonne administration de la justice. L'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique et éviter la possibilité que le défendeur soit attrait devant une juridiction d'un État membre qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir* ».

[1743] V. CJCE, (6ème ch.), 13 juillet 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA c/ Universal General Insurance Company (UGIC)*, Aff. C-412/98.

[1744] Il s'agit d'une expression latine qui signifie que « *le demandeur doit porter son action devant le tribunal du lieu où demeure le défendeur* », S. GUINCHARD, T. DEBARD, « *Lexique des termes juridiques* », 21ème Ed. 2014, p. 34.

[1745] Art. 4, parag. 1 du règlement Bruxelles I *bis*.

[1746] CJUE (1ère ch.), 19 décembre 2013, *Corman-Collins SA c/ La Maison du Whisky SA,* aff. C-9/12.

[1747] Art. 63, parag. 1 du Règlement Bruxelles I *bis*.

détermination du domicile sur le territoire de l'Etat membre dont les tribunaux sont saisis revient au juge saisi qui doit appliquer les règles relevant de sa loi interne[1748]. En France, par exemple, le lieu où demeure le défendeur est celui où se trouve son domicile ou, à défaut, sa résidence. En tout état de cause, le critère de domicile ne mettra pas d'obstacles à l'applicabilité du principe du domicile du défendeur au contrat électronique international[1749], dés lors que le domicile de ce dernier peut être identifié en dehors du réseau Internet. Cela revient à préciser que ni le nom de domaine ni l'adresse électronique du défendeur ne constituent un critère sur lequel pourrait se fonder la détermination du lieu du domicile de celui-ci[1750]. Nous savons maintenant que ces adresses ne peuvent refléter un aspect réel de la chose.

Toutefois, *quid* des adresses IP ? Celles-ci sont définies comme « *un numéro d'identification attribué de façon permanente ou provisoire à chaque appareil connecté à un réseau informatique utilisant l'Internet protocol* »[1751]. Chaque machine reliée à l'internet est identifiée donc par une adresse IP[1752]. Dans un litige qui se ramène à déterminer si une adresse IP constitue une donnée à caractère personnel, la Cour d'appel de Rennes[1753] a souligné que « *l'adresse IP est constituée d'une série de chiffres, n'est pas une donnée même indirectement nominative alors qu'elle ne se rapporte qu'à un ordinateur et non à l'utilisateur* ». Monsieur Caprioli a souligné, à ce sujet, dans son commentaire de cet arrêt que *« l'adresse IP, est, au sens strict, un identifiant d'une machine lorsque celle-ci se connecte sur l'Internet et non d'une personne* »[1754]. La même solution a été également retenue, pour des motifs similaires, par la Cour d'appel de Paris en date du 15 mai 2007[1755] qui rappelle que l'adresse IP « *ne constitue en rien une donnée indirectement nominative relative à la personne dans la mesure où elle ne se rapporte qu'à une machine, et non à l'individu qui utilise l'ordinateur* ».

[1748] Art. 62, parag. 1 du Règlement Bruxelles I *bis*.
[1749] A. CAPRIOLI, « *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », *op.cit.,* p. 17.
[1750] V. en ce sens O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique »*, *op.cit*., n° 236, p. 149-150.
[1751] P. INGALL-MONTAGNIER, « *Adresses IP et protection des données à caractère personnel* », Gaz. Pal., 15/11/2016, n° 40, p. 24.
[1752] F. SARDAIN, « *Noms de domaine* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Communication, LexisNexis, 8 Avril 2009 (dernière mise à jour : 30 Avril 2014), Fasc. 4660.
[1753] CA Rennes, ch. com., 28 Avril 2015, n° 14/05708, JurisData n° 2015-020534.
[1754] V. commentaire É. A. CAPRIOLI, « *L'adresse IP n'est pas forcément une donnée à caractère personnel* », Comm. Com. Elec. n° 7, Juillet 2015, comm. 64.
[1755] CA Paris, 13ème ch., sect. A, 15 mai 2007, en ligne sur legalis.net.

Sur ce fondement, on peut conclure que l'adresse IP n'a qu'une fonction de localisation d'un ordinateur connectée à un réseau et non celle d'identification des personnes ou leur localisation sur le réseau. Cette localisation de la machine ne peut pas fournir de preuves sur le domicile exact du défendeur puisque d'une part, c'est une localisation d'un appareil susceptible de se trouver dans n'importe quel endroit de la planète autre que celui du domicile réel du défendeur et d'autre part, parce que le domicile est étroitement lié à la personne et non à la machine qu'il utilise pour se connecter à un site.

Toutefois, ce n'est pas l'approche adoptée par la Cour de cassation saisie de l'affaire portait devant la Cour d'appel de Rennes précitée. L'arrêt de la Cour de cassation retient que les adresses IP permettent d'identifier indirectement une personne physique[1756]. Cette même approche a été adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne qui a clairement statué en ce sens dans son arrêt *Scarlett extd.* du 24 novembre 2011. Selon la Cour de justice, les adresses IP sont des données à caractère personnel protégées en ce qu'elles permettent l'identification précise des utilisateurs[1757]. Dans un autre arrêt de la Cour de justice du 19 octobre 2016, les adresses IP dynamiques constituaient, autant que les adresses statiques, des données à caractère personnel lorsque le fournisseur d'accès au réseau Internet détient des informations supplémentaires qui, combinées à une adresse IP, permettent d'identifier la personne accédant au site géré par ce fournisseur. Mais l'identification d'une personne accédant à un site ne signifie pas une localisation de cette même personne, d'autant plus que l'identification elle-même d'une personne dépend de plusieurs critères et informations que le fournisseur de réseau Internet est en possession. L'adresse IP ne peut donc pas constituer un critère de fixation du domicile du défendeur, ce qui revient à dire que seule une adresse physique serait considérée dans la détermination de la compétence des juridictions d'un Etat membre de l'Union européenne.

Il y a lieu de mentionner, dans ce cadre, qu'aux Etats-Unis, les juridictions fédérales américaines ont eu l'occasion de confirmer, en matière de lutte contre le téléchargement illégal, que l'identification d'un contrefacteur par la seule adresse IP

[1756] Cass. 1ère ch. civ., 3 nov. 2016, n° 15-22595 (publié).
[1757] CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, Aff. C-70/10.

utilisée pour les téléchargements contrefaisants n'est pas un indice suffisant. Une Cour fédérale de district de l'Oregon a jugé le 18 mars 2016 que le fait que le défendeur est l'abonné de l'adresse IP utilisée pour télécharger ou distribuer le film objet de l'activité contrefaisante, ne constitue pas un fait spécifique liant ce défendeur à cette activité. Pour la Cour, bien qu'il est possible que l'abonné soit la personne qui a téléchargé le film, il est possible aussi qu'un membre de la famille, qu'un résident du foyer ou qu'une personne inconnue soit l'auteur de l'acte[1758]. Le 5 avril 2016, une Cour fédérale de district de l'Etat du New Jersey s'est également prononcé dans le même sens[1759].

Toutefois, les adresses physiques des parties, fondées généralement sur la notion de territoire, ne sont pas toujours accessibles. Les sites Internet ne comportent pas toujours des informations relatives à leurs localisations physiques. La Cour de justice de l'union européenne a eu l'occasion de se prononcer, sous l'empire du Règlement n° 44/2001 dit « *Bruxelles I* », sur le cas où la juridiction d'un Etat membre est saisi d'un recours dirigé contre un ressortissant d'un autre Etat membre dont le domicile est inconnu de cette juridiction[1760]. L'affaire litigieuse portait au fond sur la mise en ligne sur Internet des photographies sans l'accord expresse de la demanderesse. Pour pouvoir faire valoir ses droits, cette dernière a essayé en vaine de trouver une adresse du défendeur pour la signification d'un acte introductif d'instance. En effet, il a été constaté que les informations légales du site Internet du défendeur ainsi que la base de données de DENIC (registre du domaine .de) indiquent comme « *administrave contact* » le nom du défendeur avec une adresse à Dortmund en Allemagne. Toutefois, personne n'est inscrit sous ce nom dans l'annuaire téléphonique de Dortmund. En outre, le lieu où se trouve le serveur

---

[1758] *Cobbler Nevada LLC v. Gonzales (No. 3 :5-cv-00866-SB*), décision citée et commentée par P. KAMINA, « *Un an de droit anglo-américain* », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2017, chron. 3.

[1759] *Malibu Media LLC v. Fodge, No. 2 :14-cv-07611-KM-JBC* : « *la relation du défendeur à l'acte contrefaisant se fonde uniquement sur une adresse IP. Comme le demandeur l'admet, l'adresse IP est ici détenue par l'épouse du défendeur. Dans son assignation modifiée [le demandeur] n'est pas certain que le défendeur est contrefacteur, mais indique que "la phase d'instruction (discovery) démontrera que le défendeur est le contrefacteur". En réalité, le contrefacteur pourrait tout aussi bien être une autre personne, comme un membre de la famille ou, comme Malibu Media le concède, "quelquefois le contrefacteur est une autre personne que l'abonné a autorisée à utiliser son accès Internet". Ou encore, il se peut que le contrefacteur soit une personne qui utilise l'accès internet au travers d'un routeur sans fil non protégé par un mot de passe. Bien qu'il soit possible que le contrefacteur soit le défendeur, [le demandeur] n'a pas prouvé que [le défendeur] a provoqué ou est responsable de l'acte de contrefaçon allégué* ». Trad. et commentaire de P. KAMINA, « *Un an de droit anglo-américain* », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2017, chron. 3.

[1760] CJUE, (1ère ch.), 15 mars 2012, *G c/ Cornelius de Visser*, Aff. C-292/10.

qui héberge le site Internet n'est pas connu et dans les informations légales du site Internet en cause, le défendeur est inscrit en tant que propriétaire de domaine avec une adresse à Terneuzen aux Pays-Bas et une adresse postale à Venlo aux Pays-Bas. Cependant, la signification à ces adresses n'a pas été possible car chacun des envois postaux étant retourné avec la mention « *Inconnu à cette adresse* ». Suite à une demande au consulat du Royaume des Pays-Bas à Munich en Allemagne, celui-ci a affirmé que le défendeur n'était inscrit dans aucun registre de la population aux Pays-Bas.

La question préjudicielle portait par la juridiction de renvoi devant la Cour de justice était de savoir s'il faut écarter l'application du Règlement Bruxelles I en faveur de l'application des règles de compétence nationale dans le cas d'un défendeur, qui est probablement citoyen de l'Union européenne, mais dont le lieu de son domicile est inconnu de la juridiction saisie. La Cour de justice a répondu que l'éviction de l'application du règlement en cause, et en conséquence l'application des règles de compétence nationale d'un Etat membre, nécessite que le tribunal saisi dispose « *d'indices probants lui permettant de conclure que ledit défendeur est effectivement domicilié en dehors du territoire de l'Union* »[1761]. La Cour de justice a donc confié au juge national la mission de déterminer par tout indice probant le domicile réel du défendeur et de déterminer en conséquence s'il est domicilié dans l'Union européenne ou en dehors de celle-ci. En d'autres termes, le domicile inconnu du défendeur ne justifie pas l'éviction de l'application des règles de compétence du règlement européen, sauf en présence d'une preuve que le défendeur n'est pas domicilié dans l'Union européenne.

Les difficultés inhérentes à la détermination du domicile du défendeur ne constituent pas le seul souci dans les rapports contractuels issus de la toile. D'autres sont liées aux règles de compétences spéciales.

Par dérogation au principe fondamental de la compétence des juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel le défendeur a son domicile, le Règlement Bruxelles I *bis* prévoit, conformément à sa section 2, les cas limitativement énumérés dans les articles 7, 8 et 9 qui constituent des compétences spéciales.

[1761] CJUE, (1ère ch.), 15 mars 2012, *G c/ Cornelius de Visser*, Aff. C-292/10.

Lorsque la situation relève d'une règle de compétence spéciale qui soustrait la compétence aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur et attrait devant une juridiction d'un autre Etat membre, le demandeur[1762] dispose toujours une option entre ces deux Etats, à condition que ce second Etat ne soit pas un Etat tiers. Mais, il convient de souligner que l'application de ces règles spéciales nécessite que le défendeur ait son domicile dans un Etat membre, c'est à dire que le domicile du défendeur sert toujours comme fondement de l'application du Règlement Bruxelles I *bis*, « *même si le critère de localisation employé par la règle spéciale est situé dans un Etat membre (par exemple, lieu de la livraison…) les juridictions de cet Etat membre ne sont pas compétentes si le domicile du défendeur est situé dans un Etat tiers* »[1763].

Ces règles spéciales permettent, en matière contractuelle, d'intenter l'action devant la juridiction du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande[1764] a été ou doit être exécutée. Ce lieu d'exécution qui sert de base à la demande est défini à l'article 7, paragraphe 1, b) selon qu'il s'agit d'une vente de marchandises ou de prestations de services. Ainsi, la règle de compétence du for du domicile du défendeur est complétée, à l'article 7 précité, par une règle de compétence spéciale en matière contractuelle. Cette règle « *qui répond à un souci de proximité, est motivée par l'existence d'un lien de rattachement étroit entre le contrat et le tribunal appelé à en connaître* »[1765].

S'agissant d'une vente de marchandises, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est celui « *d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées* »[1766]. S'agissant de prestation de services, c'est « *le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis* »[1767]. L'application de ces critères de compétence au contrat électronique international surgisse certaines difficultés.

[1762] V. en ce sens, Cass. ch. mixte, 11 mars 2005, n° 02-41.372, Bull. 2005 MIXTE, n° 2, p. 3, JurisData n° 2005-027506.
[1763] C. GENTILI, « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », (Extrait), *in* Encyclopédie JurisClasseur : Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, LexisNexis, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Octobre 2015).
[1764] V. par exemple Cass. 1ère civ., 8 fév. 2000, n° 96-20.568, Bull. 2000, I, n° 39, p. 25, JurisData n° 2000-000514, concernant la notion de l'obligation qui sert de base à la demande.
[1765] CJCE, 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch c/ Gisela Weller-Lindhorst*, aff. C-533/07.
[1766] Art. 7, parag. 1, b) du Règlement Bruxelles I *bis*.
[1767] Art. 7, parag. 1, b) du Règlement Bruxelles I *bis*.

D'une part, la qualification de vente ou de services fait l'objet d'une interprétation autonome[1768] selon la Cour de justice, ce qui risque de créer des incertitudes sur la qualification à donner à certains contrats passés par voie électronique, d'autant plus qu'il est également « *de jurisprudence constante que lesdites règles de compétence spéciale sont d'interprétation stricte, ne permettant pas une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées de manière explicite par le règlement* »[1769]. Monsieur Cachard donne l'exemple d'un logiciel téléchargé qui ne fonctionne pas et s'interroge à ce propos s'il faut considérer que c'est bien le produit qui est défectueux, ou au contraire que ce sont les conseils donnés à l'occasion de l'installation qui n'étaient pas satisfaisants. Pour conclure que « *l'autonomie des concepts risque d'aboutir à une définition à géométrie variable de la notion de service selon le texte visé* »[1770]. Monsieur Lucas estime que « *lorsque le contrat comporte plusieurs obligations susceptibles de conduire à des qualifications différentes, il convient de rechercher quelle est " l'obligation caractéristique " »*[1771]. La Cour de justice a qualifié, par exemple, de ventes de marchandises des contrats de fourniture de systèmes d'airbags à fabriquer incluant la fourniture de services[1772]. Mais en tout état de cause, en appliquant les critères de l'article 7, paragraphe 1, b) du règlement, le problème de localisation persistera pour les contrats de vente et de prestations de service conclus et exécutés par voie électronique.

D'autre part, en matière de vente de marchandises par voie électronique, il y a deux cas de figure. En premier lieu, si le contrat électronique conclu entre professionnels exige une exécution matérielle ou porte sur de biens matériels, il y aura nécessairement un lieu d'exécution physique. La Cour de justice s'est déjà prononcée sur le lieu d'exécution dans un cas de vente à distance entre deux professionnels et a conclu que « *le lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées en vertu du contrat doit être déterminé sur la base des dispositions de*

[1768] CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-103/05, *Reisch Montage AG c/ Kiesel Baumaschinen Handels GmbH* relevant qu'« *il est de jurisprudence constante que les dispositions (du règlement Bruxelles I n°* règlement n° 44/2001 *doivent être interprétées de manière autonome, en se référant au système et aux objectifs de celui-ci* ».
[1769] CJCE, 13 juill. 2006, *Reisch Montage AG c/ Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Aff. C-103/05.
[1770] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., n° 620 , p. 383.
[1771] A. LUCAS, « *Fasc. 1912 : Droit international . – Droit commun . – Conflits de juridictions* », *op.cit*.
[1772] CJUE, 25 février 2010, *Car Trim GmbH c/ KeySafety Systems Srl*., Aff. C-381/08.

ce contrat […][1773]*. S'il est impossible de déterminer le lieu de livraison sur cette base, sans se référer au droit matériel applicable au contrat, ce lieu est celui de la remise matérielle des marchandises par laquelle l'acheteur a acquis ou aurait dû acquérir le pouvoir de disposer effectivement de ces marchandises à la destination finale de l'opération de vente* ». En second lieu, si la vente de marchandises en ligne porte sur une livraison immatérielle comme dans le cas de téléchargement d'un logiciel[1774], dans ce cas, il serait bien difficile, en référence aux dispositions de l'article 7, paragraphe 1, b) du règlement, de déterminer ce lieu d'exécution dans l'univers virtuel. Où se situe le lieu d'exécution de l'obligation servant de base pour la détermination de la juridiction compétente ? Où se trouve t-il le lieu de livraison effective ?

De même, pour une prestation de services dont l'exécution se réalise par voie électronique, la localisation du lieu où la prestation a été ou aurait dû être fournie n'est pas une mission possible. C'est le cas par exemple des contrats de publicité en ligne ou de fourniture *via* le réseau Internet d'un livre numérique[1775]. Où

[1773] La Cour de justice prècique qu' « *afin de vérifier si le lieu de livraison est déterminé «en vertu du contrat», la juridiction nationale saisie doit prendre en compte tous les termes et toutes les clauses pertinents de ce contrat qui sont de nature à désigner de manière claire ce lieu, y compris les termes et les clauses généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce international, tels que les Incoterms élaborés par la Chambre de commerce internationale, dans leur version publiée en 2000* ». CJUE, 9 juin 2011, *Electrosteel Europe SA c/ Edil Centro SpA*, Aff. C-87/10.

[1774] Les problèmes de qualification sont courants : certaine doctrine qualifie le logiciel d'un bien immatériel (V. G. BLANC-JOUVAN, « *Fourniture d'un logiciel ou d'un progiciel* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Commercial, LexisNexis, 20 Avril 2009, Fasc. 321). Il s'agit d' « *une suite de commandes écrites comprises par les ordinateurs, après diverses transformations* » (V. Ph. LE TOURNEAU, « *Contrats informatiques et électroniques* », Dalloz, 5ème Ed. 2008, n° 4.2). V. également Cass., ch. cri., 28 mars 1994, n° 93-81.061, qui qualifie le logiciel d'un bien immatériel. De même, une qualification de vente de marchandises des contrats ayant pour objet le téléchargement d'un logiciel pourrait, semble-t-il, prendre appui sur l'arrêt *UsedSoft* de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans cette affaire la Cour considère que le téléchargement d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un contrat de licence d'utilisation se rapportant à celle-ci forment un tout indivisible. Cet ensemble vise à permettre l'utilisation permanente d'une copie du logiciel moyennant le paiement d'une rémunération correspondant à la valeur économique de la copie, de sorte qu'il implique le transfert du droit de propriété de la copie du programme d'ordinateur concerné (le logiciel), sans tenir compte aux modalités de la mise à disposition (sur support matériel ou par téléchargement). V. CJUE, 3 juill. 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp*. Toutefois, la Cour de justice a adopté un autre raisonnement dans l'arrêt Falco pour conclure que « *l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'un 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'est pas un contrat de fourniture de services au sens de cette disposition* ». CJCE, 23 avril 2009, *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch c/ Gisela Weller-Lindhorst*, aff. C-533/07.

[1775] La fourniture de livres électroniques (ou numériques) est qualifiée, par la Cour de justice, de service fourni par voie électronique. Selon la Cour « *conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement d'exécution no 282/2011, constituent des services fournis par voie électronique, au sens de la directive TVA, « les services fournis sur l'internet ou sur un réseau électronique et dont la nature rend la prestation largement automatisée, accompagnée d'une intervention humaine minimale et impossible à assurer en l'absence de technologie de*

peut-on localiser le service fourni ? Pourrait-on considérer que ce lieu est celui où se trouve le serveur informatique ? Celui où se situe l'ordinateur ? Mais ce lieu n'est pas significatif pour un client qui a utilisé l'ordinateur occasionnellement pour bénéficier d'un service en ligne et peut être même en se servant d'un ordinateur localisé dans un *cybercafé*. En effet, plusieurs services peuvent être fournis partout où le client peut se connecter à Internet et cela ne permettra pas tout de même de donner compétence à toutes les juridictions en Europe où le client s'est connecté pour bénéficier d'un service particulier.

Le recours à l'Internet pour la conclusion et l'exécution des contrats complique donc l'application classique des règles de rattachement du droit international privé en raison des difficultés de localisation inhérentes à la virtualité de l'outil électronique. Convient-il donc d'établir des règles de rattachement spéciales à l'univers électronique ? Monsieur Cachard estime qu' « *un rattachement rigide risque vite de se révéler inadapté à l'évolution des modes de commercialisation sur le marché électronique et pourrait alors introduire de nouvelles difficultés d'interprétation* »[1776]. Faut-il dans ces conditions écarter l'application des règles spéciales de compétence et de revenir au principe fondamental du *forum rei* ? Madame Ancel estime, à juste titre, que le for du contrat « *ne trouve sa pleine justification que dans l'hypothèse où le juge désigné est celui où une exécution concrète a bel et bien eu lieu car ce juge est alors le mieux placé pour recueillir des preuves du déroulement de la relation contractuelle* »[1777]. Dans ce cadre, Madame Ancel présente trois solutions mais qui relèvent d'un accord contractuel préalable établi entre les parties. Cet accord peut relever d'une stipulation contractuelle dans le contrat qui définit un lieu d'exécution de prestation en appuyant cette première solution sur les dispositions du Règlement Bruxelles I (ou Bruxelles I *bis* qui le succède), lesquelles se réfèrent au lieu où les services

---

l'information ». Il convient de constater que la fourniture de livres électroniques répond à cette définition ». La commission européenne a pécisé dans le même arrêt que « *par fourniture de livres numériques ou électroniques, il y a lieu d'entendre la fourniture, à titre onéreux, par voie de téléchargement ou de diffusion en flux («streaming») à partir d'un site web, de livres au format électronique pouvant être consultés sur un ordinateur, un téléphone intelligent, un lecteur de livres électroniques ou tout autre système de lecture* ». V. CJUE, 5 mars 2015, *Commission européenne c/ République française*, Aff. C-479/13.

[1776] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., n° 620, p. 383.

[1777] Marie-Elodie ANCEL, « *Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique* », Lamyline (article consulté le 28 fév. 2017).

devraient être fournis « *en vertu du contrat* ». Les deux autres solutions consistent à prévoir soit une clause d'élection de for, soit une clause compromissoire.

Ces solutions qui supposent une volonté d'orienter la compétence juridictionnelle ou de la déterminer antérieurement à la survenance d'un litige, ne résoudront pas les problèmes qui persistent dans l'hypothèse où aucune volonté n'est exprimée par les parties pour soumettre leur litige à une juridiction déterminée.

II - La compétence dans le droit international privé en-dehors de l'Union européenne

Lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, les règles de compétences du Règlement Bruxelles I *bis* ne peuvent pas s'appliquer et la compétence sera alors déterminée dans chaque Etat membre selon ses lois internes[1778]. Cette compétence internationale relève d'abord des règles issues d'une convention internationale, bilatérale ou multilatérale, ratifiée par un Etat membre. Si, ensuite, le litige n'entre pas dans le champ d'application d'une convention internationale, la compétence internationale du juge d'un Etat membre sera alors établie selon les règles de compétence internationale de cet Etat membre.

En matière civile et commerciale, la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judicaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[1779] lie tous les Etats membres de l'union européenne[1780] ainsi que trois Etats de l'Association européenne de libre-échange (AELE) qui sont la Suisse, la Norvège et l'Islande[1781].

Cette convention s'applique en matière civile et commerciale, quelle que soit

---

[1778] Art. 6, parag. 1 Règlement Bruxelles I *bis*.

[1779] La Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*JOUE n° L 147, 10 juin 2009*).

[1780] Suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union européenne a notifié à la Suisse, l'Etat dépositaire, le 2 février 2010, qu'elle s'était substituée et avait succédé à la Communauté européenne dans ses droits et obligations au regard de la Convention de Lugano à partir du 1er décembre 2009.

[1781] La Convention de Lugano est entrée en vigueur entre l'Union européenne et la Norvége le 1er janvier 2010, entre l'Union européenne et la Confédération Suisse le 1er janvier 2011 et entre l'Union européenne et l'Islande le 1er mai 2011, conformément à l'article 69, parag. 5 de ladite Convention (*JOUE n° L 138, 26 mai 2011, p.1*). V. J.-P. BERAUDO, « *Nouvelle Convention de Lugano du 30 octobre 2007* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Europe Traité, LexisNexis, 28 Octobre 2010, (dernière mise à jour : 26 Mai 2011), Fasc. 2990 ; Veille : « *Convention de Lugano du 30 octobre 2007* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 9 Juin 2011, act. 298.

la nature de la juridiction[1782]. Le Règlement Bruxelles I *bis* n'affectera pas son application[1783]. De même, la Convention de Lugano ne préjuge pas de l'application du Règlement Bruxelles I par les Etats membres de l'Union européenne[1784] et par voie de conséquence du Règlement Bruxelles I *bis*[1785]. Ses dispositions correspondent pour l'essentiel à celles du Règlement Bruxelles I[1786]. Pour le Règlement Bruxelles I *bis*, il existe une forte ressemblance de fond sans qu'il ait de similitude parfaite avec la convention[1787].

En matière de compétence directe, la Convention de Lugano s'applique lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat lié par cette convention, quelle que soit la nationalité de ce dernier[1788]. Un juge français détermine donc la compétence internationale sur le fondement de la Convention de Lugano si le défendeur est domicilié dans un Etat qui est lié à la fois par cette convention et faisant partie de l'Association européenne de libre-échange[1789], c'est en d'autres termes, un Etat non membre de l'Union européenne. La détermination du domicile se fait selon les mêmes principes que dans le cadre du Règlement Bruxelles I *bis*[1790]. En matière du contrat électronique, ce sont donc les mêmes difficultés qui peuvent surgir pour la détermination du domicile du défendeur aussi bien dans le Règlement Bruxelles I *bis*, que dans le cadre de la Convention de Lugano.

Les options définies par les règles de compétences spéciales en matière

---

[1782] Art. 1er, parag. 1 Convention Lugano.
[1783] Art. 73, parag. 1 Règlement Bruxelles I *bis*.
[1784] Art. 64, parag. 1 de la Convention de Lugano.
[1785] C. GENTILI, « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », (Extrait), *in* Encyclopédie JurisClasseur : Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, LexisNexis, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Octobre 2015).
[1786] Puisque la Convention de Bruxelles a servi de fondement au texte de la Convention du Lugano. Il s'agissait d'un mécanisme d'extension de la Convention de Bruxelles aux pays de l'Association européenne de libre-échange et étendre les mêmes règles applicables par la Convention de Bruxelles aux litiges mettant en cause des personnes domiciliées sur le territoire d'Etats de l'Association européenne de libre-échange ou d'un Etat de l'Association européenne de libre-échange et d'un Etat de l'Union européenne. V. F. FERRAND, « *Livre 1 : Engager un procès : Chapitre préliminaire 150 – Genèse- Champ d'application- Interprétation* », ss dir. S. GUINCHARD, Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2014.
[1787] J.-P. BERAUDO, « *Nouvelle Convention de Lugano du 30 octobre 2007* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Europe Traité, LexisNexis, 28 Octobre 2010, (dernière mise à jour : 26 Mai 2011), Fasc. 2990 ; C. GENTILI, « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », (Extrait) JurisClasseur Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Octobre 2015).
[1788] Art. 4, parag. 1 Convention Lugano.
[1789] Le juge saisi détermine également cette compétence lorsqu'une règle de compétence exclusive de cette convention ou une clause attributive de juridiction désigne les juridictions de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Art. 64, parag. 2, a) Convention de Lugano.
[1790] Art. 59 Convention Lugano ; Art. 62 Règlement Bruxelles I *bis*.

contractuelle sont aussi identiques à celles du Règlement Bruxelles I bis. Elles prévoient ainsi qu' « *une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la [Convention de Lugano] peut être attraite, dans un autre Etat lié par [cette] convention* »[1791]. Il s'agit, pour la vente de marchandises, du lieu où, conformément au contrat, « *les marchandises ont été ou auraient dû être livrées* »[1792] et pour la prestation de services, le lieu où, en vertu du contrat, « *les services ont été ou auraient dû être fournis* »[1793], ce qui posera pratiquement les mêmes problèmes de détermination du lieu d'exécution d'un contrat international conclu par voie électronique. De plus, comme pour le Règlement Bruxelles I *bis*, la matière contractuelle dans la Convention de Lugano est une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant aux objectifs de celle-ci[1794].

En dehors du champ d'application de la Convention de Lugano, il appartient à chaque Etat de déterminer dans quelles circonstances ses juridictions sont compétentes pour connaître d'un litige présentant un élément d'extranéité et ce, par application des règles de compétence juridictionnelle internationale directe[1795].

Le principe de la compétence juridictionnelle directe internationale a été dégagé, en France, par la jurisprudence par extension aux règles de compétences territoriales internes[1796]. L'arrêt *Pelassa* du 19 octobre 1959 et l'arrêt *Scheffel* du 30 octobre 1962[1797] ont ainsi affirmé que « *la compétence internationale se détermine par extension des règles [françaises] de compétence territoriales interne* ». Ces règles d'origine nationale sont des règles à caractère unilatéral « *elles ne permettent de déterminer que la compétence des tribunaux français* »[1798] et elles résultent de « *l'incapacité dans laquelle se trouve la jurisprudence française d'imposer ses positions concernant la compétence internationale aux juridictions*

[1791] Art. 5 Convention de Lugano.
[1792] Art. 5, b) Convention de Lugano.
[1793] Art. 5, b) Convention de Lugano.
[1794] Ex. CA Paris, pôle 1, chambre 1, 16 Décembre 2010, n° 10/18709, JurisData n° 2010-024791.
[1795] O. CACHARD, « *Droit international privé* », 2ème Ed. Larcier 2013, p. 31.
[1796] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », 2ème Ed. 2006, LexisNexis, p. 792.
[1797] Cass., ch. civ. 1, 30 octobre 1962, Bull. civ., n° 449 ; Cass. civ., 19 oct. 1959, Rev. crit. DIP, 1960, p. 215, note Y. L.
[1798] S. S.-C. DE NERE, « *Responsabilité contractuelle et délictuelle en Droit international privé* », *in* Encyclopédie Jurisclasseur : Responsabilité civile et Assurances, (Date de fraîcheur : 15 Juin 2017).

étrangères »[1799].

Ainsi, le juge français doit se reconnaître internationalement compétent, dès lors que le domicile du défendeur est situé sur le territoire français[1800]. Ce lieu peut être celui de son domicile ou, à défaut, de sa résidence[1801]. Lorsque le défendeur est une personne morale, la juridiction compétente est celui où cette personne morale est établie, qui est donc le lieu de son siège sociale[1802].

En matière contractuelle, la règle de principe *actor sequitur forum rei* s'applique. Cependant, des règles de compétence spéciale ouvre en outre une option au demandeur. Cette option lui permet de saisir les tribunaux français lorsque le lieu de livraison effective du bien ou le lieu de l'exécution de la prestation de services se situe sur le territoire français[1803]. La Cour de cassation française retient le lieu de livraison effective et non celui où la livraison aurait dû intervenir[1804]. Quoi qu'il en soit, les rattachements prévus par les règles françaises de compétence spéciale en matière contractuelle ne sont pas opérants pour les contrats conclus et exécutés en ligne pour les mêmes raisons évoquées plus haut se rapportant aux prestations de services et de livraison de biens immatériels.

Des règles de compétence internationale privilégiées fondées sur la nationalité française sont également applicables en matière contractuelle par le juge français. Cette compétence repose sur les privilèges de juridictions prévus par les articles 14[1805] et 15[1806] du Code civil. Ces articles établissent des règles de compétence reposant sur la nationalité française d'une partie au litige, que cette partie soit en situation de demandeur ou de défendeur. Aucune condition relative au domicile des parties ou à la résidence n'est exigée. Par trois arrêts rendus le même

---

[1799] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », *op.cit*., p. 792.
[1800] Art. 42, al. 1 C. proc. civ.
[1801] Art. 43 C. proc. civ.
[1802] *Ibid.*
[1803] Art. 46 C. proc. civ.
[1804] Cass., ch. com., 3 nov. 1988, 86-19.073, Bull. 1988, IV, n° 291, p. 198.
[1805] L'article 14 du Code civil précise que *« l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* ». Sur la compétence des juridictions françaises fondées sur la nationalité franaçaise du demandeur V. Cass. 1ère civ., 13 juin 1978, n° 77-11.610, Bull. civ. I, n° 223 ; Cass. 1ère civ., 14 déc. 2004, n°01-03.285, Bull. civ. I, n° 311.
[1806] L'article 15 du Code civil dispose que « *un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger* ». Sur la portée de cet article, V. Cass. 1ère civ., 23 mai 2006, n° 04-12.177, Bull. civ. 2006, I, n° 254.

jour, la Cour de cassation a fourni un éclairage que les privilèges de juridictions prévus aux articles 14 et 15 du Code civil qui reflète une tendance générale de protection de ces privilèges aussi bien sur leur utilisation que dans leurs effets[1807]. Cette compétence n'est pas fondée sur les droits nés des actes ou des faits litigieux mais uniquement sur le critère de la nationalité française, comme cela a été affirmé par la cour de Cassation aux termes suivants « *la compétence internationale des tribunaux français résultant de l'article 14 du code civil est fondée, non sur les droits nés des actes ou faits litigieux, mais sur la nationalité française du demandeur à l'instance. Doit donc être cassé l'arrêt qui a fait droit à l'exception d'incompétence de la juridiction française par le motif que les parties au contrat étaient de nationalité américaine et que tant le lieu du contrat que celui de la livraison étaient aux Etats-Unis, sans relever que le demandeur était de nationalité française* »[1808].

Ces privilèges de juridictions peuvent constituer un grand secours, en matière contractuelle, pour le juge français saisi lorsque le lieu de livraison ou de fourniture de services s'effectue en ligne, en déclarant la compétence des juridictions françaises sur le fondement de la nationalité française. Toutefois, il convient de rappeler que ce privilège de juridictions constitue une compétence subsidiaire par rapport à la compétence internationale ordinaire. Ainsi, les articles 14 et 15 du Code civil ne peuvent être appliqués que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France[1809].

Sous-section II - Juge comptent dans le contrat électronique international de consommation

En droit international privé, favoriser le consommateur, et le cyberconsommateur en particulier, permet de conclure deux choses. D'une part, il s'agit de permettre que le contentieux puisse se dérouler dans l'Etat du domicile du cyberconsommateur et d'autre part, il s'agit de faire bénéficier ce dernier des règles

[1807] Cass., Ch. civ. 1, 30 sep. 2009, n° 08-17.587, JurisData n° 2009-049659 ; Cass., Ch. civ. 1, 30 sep. 2009, n° 08-19.793, JurisData n° 2009-049657, Cass., Ch. civ. 1, 30 sep. 2009, n° 08-16.141, JurisData n° 2009-049658.
[1808] Cass., 1ère civ., 31 janv. 1995, n° 92-20.224, Bull. 1995, I, n° 56, p. 40, JurisData n° 1995-000290.
[1809] V. Cass. 1ère civ., 19 nov. 1985, n° 84-16.001, Bull. 1985, I, n° 306, p. 271 ; Cass. 1ère civ., 7 juin 1989, n° 87-14.212, Bull. 1989, I, n° 224, p. 150 ; Cass. 1ère civ., 18 avr. 2000, n° 96-15.723, Bull. 2000, I, n° 110, p. 75.

protectrices qui lui octroie la loi de cet Etat.

Il convient, à ce titre, de se pencher sur la compétence juridictionnelle internationale dans les contrats électroniques de consommation en distinguant entre les règles de source européenne (I) et celles de source extra-européenne (II).

I - La détermination de la compétence juridictionnelle de source européenne sous l'emprise du régime protecteur du consommateur

A chaque fois que les règles européennes sont applicables, la Convention de Bruxelles de 1968[1810] et le Règlement Bruxelles I[1811] tout comme le Règlement Bruxelles I *bis*[1812] prévoient une section spécifique aux contrats de consommation. Ces contrats sont soumis à des règles protectrices dès lors qu'ils sont conclus entre celui qui contracte « *pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* »[1813] et celui « *qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* »[1814]. Si la qualité exigée des contractants pour l'application de la protection est similaire dans les trois textes précités, la formulation des actes entrant dans son champ d'application a été modifiée pour tenir compte au développement du commerce électronique[1815]. Toutefois, il n'est pas nécessaire

[1810] Section 4, art. 13 à 15 de la Convention, laquelle a été introduite en date du 1978.
[1811] Section 4 du règlement, art. 15 à 17.
[1812] Section 4 du règlement, art. 17 à 19.
[1813] Art. 17, parag. 1 Règlement Bruxelles I *bis*. La Cour de justice a dégagé une méthode d'interprétation spécifique en considérant comme consommateur, la partie au contrat « *réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant », (*CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c/ TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, Aff. C-89/91), une qualité qu'il faut établir en se référant « *à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne* », parce qu' « *une seule et même personne peut être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et un opérateur économique dans le cadre d'autres opérations* », CJCE, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c/ Dentalkit Srl*, aff. C-269/95.
[1814] Art. 17, parag. 1, c) Règlement Bruxelles I *bis*.
[1815] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 648 ; V. PIRONON, « *Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux contractuel et délictuel du commerce électronique* », Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2011, var. 4.

que le contrat ait été conclu à distance pour que la protection joue en faveur du consommateur[1816].

Le Règlement Bruxelles I *bis* rassemble les contrats pour lesquels le consommateur bénéficiera de la règle spéciale de compétence. Ces contrats portent sur une « *vente à tempérament d'objets mobiliers corporels* »[1817], ou sur le « *prêt à tempérament et autres opérations de crédit liées au financement d'une vente de tels objets* »[1818] ou enfin pour tous les cas où le contrat sera conclu avec « *une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs États, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* »[1819]. Cette dernière situation permettra de couvrir plus largement les transactions de consommation et de s'adapter spécifiquement au contexte des contrats électroniques[1820]. L'objectif poursuivi est incontestablement de protéger un consommateur, partie plus faible au contrat, qui contracte en ligne, notamment avec un professionnel qui n'est pas établi dans le pays du consommateur, en lui accordant un privilège de la compétence de la juridiction de son pays de résidence. C'est ce que rappelle d'ailleurs la Cour de justice de l'union européenne[1821] et le

---

[1816] CJUE, 6 septembre 2012, Aff. C-190/11, *JurisData n° 2012-020019*. La Cour de justice a considéré qu'il n'exclut pas la compétence des juridictions de l'Etat membre du consommateur, le fait que ce dernier se soit rendu dans l'Etat membre du professionnel pour signer le contrat.

[1817] Art. 17, parag. 1, a) Règlement Bruxelles I *bis*. La Cour de justice a eu l'occasion de définir la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels comme étant « *une transaction dans laquelle le prix s'acquitte en plusieurs versements ou qui est liée à un contrat de financement* ». CJCE, 21 June 1978, *Bertrand c/ Paul Ott KG.,* Aff. 150/77.

[1818] Art. 17, parag. 1, b) Règlement Bruxelles I *bis*.

[1819] Art. 17, parag. 1, c) Règlement Bruxelles I *bis*.

[1820] La formule employée par la convention de Bruxelles de 1968 aboutissait à ce que le consommateur « *actif* » soit exclu de la protection dans tous les contrats où il a pris l'initiative lui-même, en se déplaçant par exemple, pour conclure le contrat. Le texte imposait pour que le consommateur soit couvert par la protection que lui accordait les règles de compétence de la convention de Bruxelles (compétence du tribunal de l'Etat de résidence du consommateur) à ce que pour les contrats « *ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels (...) a) la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que b) le consommateur a accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat* ». Le Règlement Bruxelles I comme le Règlement Bruxelles I *bis*, contrairement à la Convention de Bruxelles, ont rendu le consommateur dans une situation plus adaptée à la réalité du commerce électronique. Il est devenu ni totalement actif, ni totalement passif, mais plutôt « *semi-passif* » ; M. FALLON, J. MEEUSEN, « *Le commerce électronique, la directive n° 2000/31/CE et le droit international privé* », *op.cit.,* sp. n° 22 ; V. également C. CHALAS, « *Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs (règlement Bruxelles I)* », Rev. crit. DIP 2016, p. 485.

[1821] CJCE, 20 janvier 2005, *Johann Gruber c/ Bay Wa AG*, Aff. C-464/01 : « *le régime particulier (...) a pour fonction d'assurer une protection adéquate au consommateur en tant que partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant professionnel, partie*

Règlement Bruxelles I *bis*[1822]. Toutefois, cette protection du consommateur est conditionnée au caractère « *actif* » du professionnel. Cette restriction se justifie par le souci « *d'établir un juste équilibre entre la protection des consommateurs et la réalisation du marché intérieur, nécessitant quant à lui la plus grande fluidité des transactions transfrontalières* », de sorte que « *la compétence du pays de résidence du consommateur ne peut pas être applicable pour tous les contrats de consommation au risque de décourager les professionnels. L'équilibre trouvé se manifeste dans la distinction des professionnels passifs et actifs ; ainsi, lorsque c'est le professionnel qui prend l'initiative de proposer ses produits ou ses services au consommateur dans son propre pays, le droit européen considère qu'il lui revient d'assumer les risques de son activité " susceptible d'engendrer des bénéfices supplémentaires "* »[1823].

Ce caractère « *actif* » du professionnel qui se dégage de la notion de l'« *activité dirigée* », a donné naissance à certains cas de jurisprudence[1824]. Ce critère de l'« *activité dirigée* », reprenant celui de la « *focalisation* » d'origine américaine[1825] vise directement les contrats électroniques par un critère général[1826]. Comme la méthode de la focalisation des activités électroniques repose sur l'intention de l'opérateur du site de projeter ses activités électroniques vers un marché national[1827], la notion d'activité dirigée résulte de la volonté du

---

qui ne doit pas être découragée d'agir en justice en se voyant obligée de porter l'action devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel son cocontractant a son domicile ». V. également CJCE, 20 janvier 2005, *Petra Engler c/ Janus Versand GmbH*, Aff. C-27/02.

[1822] Consid. 14 et 18 du Règlement.

[1823] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d'« activité dirigée »* », Revue des contrats, 01/04/2011, n° 2, p. 511. V ; également la référence citée par l'auteur : M. TENREIRO, « *La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Les consommateurs protégés dans la société de l'information* », *in Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1093 et s., spéc. p. 1101.

[1824] V. notamment CJUE, du 7 décembre 2010, les Aff. Jointes C-585/08, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* et Aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller* ; CJUE, 23 décembre 2015, *Rüdiger Hobohm c/ Benedikt Kampik Ltd & Co. KG e.a.,* aff. C-297/14.

[1825] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., n° 107, p. 65.

[1826] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d' « activité dirigée »* », *op.cit*.

[1827] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., n° 109, p. 66.

professionnel de se tourner vers d'autres Etats membres ou d'une activité *de facto* tournée vers ceux-ci[1828].

La simple accessibilité d'un site Internet dans des Etats membres autres que celui où le professionnel est établi, ne constitue pas une volonté de ce dernier de diriger ses activités vers ces pays[1829], ce qui est logique pour le cas du réseau Internet qui permet l'accès à n'importe quel site, sauf en cas de restrictions émanant du gestionnaire site lui-même, dans n'importe quel endroit de la planète. Il faut donc que le professionnel ait « *manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'un ou de plusieurs autres Etats membres, au nombre desquels figure celui sur le territoire duquel le consommateur a son domicile* »[1830]. Cette manifestation de la volonté peut être identifiée selon différentes catégories d'indices. Cette volonté peut être témoignée à partir d'une expression explicite du professionnel d'offrir ses services ou ses biens dans un ou plusieurs Etats membres nommément désignés ou en cas 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 Etats membres l'accès au site du commerçant* »[1831].

Toutefois, un site Internet peut bien cacher son orientation vers un ou plusieurs Etats membres, notamment lorsque l'opérateur n'a exprimé aucune volonté implicite ou explicite et n'a mis en place aucune mesure de référencement sur Internet. Monsieur Cachard estime, dans ce cadre, que « *la détermination de l'orientation ou de la focalisation de l'activité s'identifierait à la méthode de la localisation objective de Batiffol : plutôt que de rechercher une volonté hypothétique, l'autorité définirait le centre de gravité de l'activité à partir d'une série d'indices de valeur inégale* »[1832]. Dans ce cas, on va s'éloigner de la volonté du professionnel vers une appréciation discrétionnaire du juge saisi et la focalisation serait totalement contingente[1833]. Ce qui est certain, c'est que la sécurité juridique,

---

[1828] CJUE, du 7 décembre 2010, les aff. jointes C-585/08, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* et Aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*, pt 63.
[1829] *Ibid.*, pt. 94.
[1830] *Ibid.*, pt. 75.
[1831] *Ibid.*, pt. 81.
[1832] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit.*, n° 117, p. 71.
[1833] *Ibid.*

en présence d'un site Internet dont l'opérateur cherche à déceler son orientation, sera complètement remise en cause. Le critère de l'activité dirigée ne constitue pas uniquement une source de protection du consommateur, mais également un moyen d'éviter au professionnel un cumul universel des réglementations de différents Etats. Il s'ensuit que ce critère présente une protection pour le professionnel au même titre que le consommateur. De plus, un autre objectif de protection du professionnel peut être manifestée lorsqu'on constate que le commerce par voie électronique permet une compétitivité à moindre coût pour les professionnels dés lors qu'ils peuvent proposer leurs biens et services directement aux consommateurs sans qu'il ait nécessité de créer une filiale ou de passer par un intermédiaire local. Dans ces conditions, « *soumettre ces professionnels aux mêmes règles de protection que les professionnels locaux permet de rétablir une concurrence équilibrée* »[1834].

Dans un arrêt ultérieur du 17 octobre 2013[1835], la Cour de justice a précisé que l'article 15, paragraphe 1, c), n'impose pas l'existence d'un lien de causalité entre le moyen employé pour diriger l'activité vers l'Etat membre du domicile du consommateur et la conclusion du contrat avec ce dernier. Mais lorsque ce lien de causalité existe, il peut constituer l'un des indices d'une activité dirigée vers l'Etat membre dans lequel le consommateur est domicilié. La Cour de justice a écarté ce lien de causalité dans le seul objectif de protection du consommateur en soulignant que « *les difficultés liées à la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre le moyen employé pour diriger l'activité, à savoir un site Internet, et la conclusion d'un contrat, auraient tendance à dissuader les consommateurs de saisir les juridictions nationales en vertu des articles 15 et 16 du règlement n° 44/2001 et affaiblirait la protection des consommateurs poursuivie par ces dispositions* »[1836]. Le lien de causalité vient, ainsi, s'ajouter à la liste des indices établis initialement par la Cour de justice dans l'arrêt *Pammer*, ce qu'affirme l'arrêt *Lokman* précité « *l'existence d'un tel lien de causalité constitue un indice de rattachement du contrat à une telle*

[1834] C. AUBERT DE VINCELLES, « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d'« activité dirigée »* », *op.cit.* ; V. également la référence citée par l'auteur : M. TENREIRO, « *La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Les consommateurs protégés dans la société de l'information* », *in Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1093 et s., spéc. p. 1101.
[1835] CJUE, 17 octobre 2013, *Lokman Emrek c/ Vlado Sabranovic*, Aff. C-218/12.
[1836] *Ibid.*, pt 25.

activité ». En outre, l'arrêt de la Cour de justice du 6 septembre 2012[1837] a apporté certains indices qui s'ajoutent à la liste des indices non exhaustifs, de nature à établir qu'un contrat se rattache à une activité dirigée vers l'Etat membre dans lequel le consommateur est domicilié. Ces indices se rapportent à « *la prise de contact à distance* », à « *la réservation d'un bien ou d'un service à distance* » ou encore à « *la conclusion d'un contrat de consommation à distance* ».

Les règles protectrices prévues par le Règlement Bruxelles I *bis* offre au consommateur qui envisage d'intenter une action contre le professionnel[1838] une option entre la compétence des juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le professionnel ou, quel que soit le domicile du professionnel, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié[1839]. Cette possibilité apportée par le Règlement Bruxelles I *bis*[1840] d'agir « *quel que soit le domicile* » le professionnel, permettra au consommateur d'intenter son action devant la juridiction de son domicile, même lorsque le domicile du professionnel se situe dans un Etat tiers[1841]. Toutefois, le professionnel ne peut pas intenter son action contre le consommateur que devant le juge de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur[1842]. En outre, le professionnel qui a une succursale, une agence ou tout autre établissement situé dans un Etat membre et dont le domicile se trouve dans un Etat tiers est « *considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat membre* »[1843]. La protection du consommateur relève donc « *une logique très nette : privilégier la possibilité de laisser le consommateur - qui implicitement, est domicilié dans l'Union*

[1837] CJUE, 6 septembre 2012, aff. C-190/11, *JurisData n° 2012-020019.*

[1838] Il y a lieu de souligner dans ce cadre que la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser la notion de « *l'autre partie au contrat* » mentionnée à l'article 18, parag. 1 du Règlement Bruxelles I *bis*. Celle-ci peut désigner également le cocontractant de l'opérateur auprès duquel le consommateur a conclu le contrat et qui a son siège social sur le territoire de l'Etat membre du domicile de ce consommateur (CJUE, 14 nov. 2013, *Armin Maletic et Marianne Maletic c/ lastminute.com Gmbh et TUI Österreich GmbH*, Aff. C-478/12). Dans cette affaire, les époux Meletic, en qualité de consommateurs domiciliés en Autriche, ont réservé et payé leur voyage à forfait sur un site Internet (*lastminute.com*) d'une agence de voyage dont le siège social est situé en Allemagne, qui déclare sur son site agir en tant qu'agent de voyages et précise que le voyage serait organisé par TUI, société dont le siège social est situé à Vienne en Autriche.

[1839] Art. 18, parag. 1 Règlement Bruxelles I *bis*.

[1840] Le Règlement Bruxelles I ne prévoyait pas cette possibilité (V. Art. 16, parag. 1 du règlement).

[1841] V. également en ce sens C. GENTILI, « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », (Extrait), *in* Encyclopédie JurisClasseur : Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, LexisNexis, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Octobre 2015).

[1842] Art. 18, parag. 2 Règlement Bruxelles I *bis*.

[1843] Art. 17, parag. 2 Règlement Bruxelles I *bis*.

européenne- plaider chez lui »[1844]. La reconnaissance d'une décision rendue dans un Etat membre sera refusée si elle méconnait les règles de compétence protectrices du consommateur[1845].

Alors que le Règlement Bruxelles I *bis* élargit le champ d'application des règles de compétence, spécifiques aux contrats conclus par les consommateurs, au professionnel domicilié dans un Etat tiers, la Cour de justice de l'Union européenne inscrit une dynamique d'élargissement *ratione materiae* du champ d'application des règles protectrices du consommateur, précisément, dans le cadre des dispositions de l'article 17, paragraphe 1, c) du règlement précité. Par un arrêt du 23 décembre 2015[1846], la Cour de justice a étendu le champ de la notion de l'activité dirigée au contrat qui présente une liaison économique avec celui qui entre dans le cadre de l'activité commerciale du professionnel, qui a été dirigée vers le pays du consommateur. La Cour de justice estime que les dispositions de l'article 15, paragraphe 1, c) du Règlement Bruxelles I, qui sont identiques à celles de l'article 17, paragraphe 1, c) du Règlement Bruxelles I *bis*, « *peut trouver à s'appliquer à un contrat, conclu entre un consommateur et un professionnel, qui n'entre pas en tant que tel dans le domaine de l'activité commerciale ou professionnelle « dirigée » par ce professionnel « vers » l'Etat membre du domicile du consommateur, mais qui présente un lien étroit avec un contrat conclu auparavant entre les mêmes parties dans le cadre d'une telle activité* »[1847]. Cet arrêt poursuit donc l'objectif principal qui

---

[1844] M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, « *Droit des contrats internationaux* », *op.cit*., p. 654.
[1845] Art. 45, parag. 1, e) Règlement Bruxelles I *bis*.
[1846] CJUE, 23 décembre 2015, *Rüdiger Hobohm c/ Benedikt Kampik Ltd & Co. KG e.a.*, Aff. C-297/14.
[1847] L'affaire concernait les époux Hobohm, domiciliés en Allemagne, ayant conclu un contrat de courtage pour l'achat d'un appartement dans un complexe touristique situé en Espagne. Leur cocontractant est M. Kampik, un professionnel qui exerce ses activités en Espagne. Les appartements touristiques ont été commercialisés notamment en Allemagne par le biais d'un prospectus rédigé en langue allemande. En 2006, le contrat de vente a été conclu entre les époux, acheteurs, et le promoteur du complexe Kampik Immobilien KGen, vendeur. Toutefois, après l'acquittement des deux premières tranches du prix d'achat, le vendeur a rencontré en 2008 des problèmes financiers qui ont impacté négativement l'achèvement des travaux de construction du complexe. M. Kampik a donc proposé aux acheteurs de prendre en charge la réalisation des travaux de finition de leur appartement. Avec l'accord des acheteurs, un contrat de gestion d'affaires a été signé entre les époux et M. Kampik en Espagne, sous forme de procuration notariée, confiant à ce dernier la mission de défendre leurs intérêts afférents au contrat de vente. Dans le cadre de ce contrat, une partie de la troisième tranche de prix d'achet de l'appartement a été versé à M. Kampik ainsi qu'un montant supplémentaire en 2009. Après un désaccord entre les parties au contrat de gestion d'affaires, suite à la faillite du promoteur, les époux ont révoqué la procuration et ont saisi le tribunal allemand (Landgericht Stade-tribunal régional de Stade), du ressort de leur domicile pour une demande de remboursement des montants versé. le juge du premier degré de juridiction s'est déclaré incompétent et celui du second degré a confirmé l'absence de compétence territoriale au motif que le contrat de gestion dirigée ne peut pas être considéré comme directement rattaché à l'activité d'intermédiaire dirigée par M. Kampik vers l'Allemagne au sens de l'article 15, paragraphe 1, c) du Règlement

vise la protection du consommateur, ce qui n'a pas empêché la Cour de justice d'élargir le champ des dispositions protectrices du consommateur.

Par ailleurs, pour écarter toute critique sur un éventuel manquement à la garantie de prévisibilité des règles de compétence juridictionnelle[1848], la Cour de justice a adopté une approche très intéressante qui considère que le professionnel qui propose de conclure ou conclut avec le même consommateur un deuxième contrat qui est censé atteindre l'objectif essentiel poursuivi par le premier contrat « *peut raisonnablement s'attendre à ce que les deux contrats soient soumis au même régime de compétence juridictionnelle* »[1849].

Cet arrêt de portée non négligeable permet également un glissement vers la seconde condition de l'article 17, paragraphe 1, c) du Règlement Bruxelles I *bis* selon laquelle le contrat conclu entre un consommateur et un professionnel qui dirige ses activités vers l'Etat membre du domicile du premier doit entrer dans le cadre de ces activités. Cette condition fait, enfin, l'objet d'une application dans cet

---

Bruxelles I. Les époux ont formé donc un recours en révision contre cette juridiction d'appel et l'affaire litigieuse est portée alors devant la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof). Celle-ci a estimé que le contrat de courtage réponds bien aux conditions de l'article 15, paragraphe 1, c) du Règlement Bruxelles I en affirmant que « *l'activité d'intermédiaire immobilier exercée par M. Kampik en Espagne était « dirigée vers » l'Allemagne, au sens de ladite disposition, dès lors que certains indices témoignant d'une activité «dirigée vers» l'Etat membre du domicile du consommateur, tels que retenus par la Cour dans son arrêt Pammer et Hotel Alpenhof (C-585/08 et C-144/09, EU:C:2010:740), sont présents en l'occurrence, notamment la circonstance, premièrement, que M. Kampik offrait ses services sur Internet par l'intermédiaire d'un site enregistré sous un nom de domaine de premier niveau «.com» rédigé en langue allemande, deuxièmement, que ce site indiquait une adresse électronique de contact hébergée sur un serveur utilisant un nom de domaine de premier niveau «.de», troisièmement, que le service d'appui de l'activité professionnelle de M. Kampik était joignable par l'intermédiaire d'un numéro de téléphone berlinois et, quatrièmement, que M. Kampik se servait, aux fins de son activité, de prospectus rédigés en langue allemande* ». Toutefois, la Cour fédérale considère que le contrat de gestion d'affaires, sur lequel les époux fondent leurs revendications, examiné isolément, n'entre pas dans le cadre d'une telle activité et donc ne réunit pas les conditions d'application des dispositions susvisées. Par contre, la Cour fédérale « *relève qu'il existe un lien matériel décisif entre l'activité d'intermédiaire immobilier « dirigée » par M. Kampik « vers » l'Allemagne et la conclusion du contrat de gestion d'affaires* », parce que les deux contrats, de courtage et de gestion d'affaires, poursuivent le même objectif économique. La Cour fédérale de justice, pour obtenir un éclairage de la Cour de justice de l'Union européenne, a décidé de lui adresser une question préjudicielle relative à l'application combinée des article 15, parag. 1, c) et l'article 16 du Règlement Bruxelles I dans la situation présentée. La Cour était appelée à examiner d'un côté, si le contrat d'affaires entre dans le cadre de l'activité dirigée par M. Kampik vers l'Allemagne lorsqu'il vise à atteindre l'objectif économique poursuivi par un autre contrat qui est, couvert par le champ d'application des dispositions précitées et d'un autre côté, sur la nature du lien entre les deux contrats. CJUE, 23 décembre 2015, *Rüdiger Hobohm c/ Benedikt Kampik Ltd & Co. KG e.a.*, aff. C-297/14.

[1848] Principe exprimé par le Considérant 11 du Règlement Bruxelles I et que nous trouvons inscrit également, avec les mêmes termes, au Considérant 15 du Règlement Bruxelles I bis : « Les règles de compétence devraient présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compé tence de principe du domicile du défendeur. Cette compétence devrait 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 ».

[1849] CJUE, 23 décembre 2015, *Rüdiger Hobohm c/ Benedikt Kampik Ltd & Co. KG e.a.*, aff. C-297/14, pt 39.

arrêt. De plus, on peut relever certaines règles complémentaires dans la détermination des champs que la notion de l'activité dirigée peut couvrir. L'analyse poursuivie par la Cour fédérale de justice et les indices retenus par celle-ci pour dire que le premier contrat remplissait les conditions d'application de l'article 15, paragraphe 1, c) du Règlement Bruxelles I mérite une attention particulière. En effet, dans l'arrêt précité, il convient de constater, d'abord, que la Cour fédérale a fondé ses analyses sur les indices retenus par la Cour de justice dans l'arrêt *Pammer*[1850] notamment la circonstance, ce que la Cour elle-même le confirme. Elle indique, ensuite, que le professionnel établi en Espagne offrait ses services sur Internet par l'intermédiaire d'un site enregistré sous le nom de domaine « *.com* » rédigé en langue allemande. Ensuite, ce site affichait une adresse électronique de contact hébergée sur un serveur utilisant un nom de domaine « *.de* ». De plus, le service d'assistance de l'activité du professionnel était joignable à un numéro de téléphone berlinois et enfin, le professionnel utilisait, pour les besoins de son activité, de prospectus rédigés en langue allemande.

Au plan pratique, il est fort probable que les arrêts de la Cour de justice soient d'une grande utilité pour les concepteurs de sites du commerce électronique et pour les professionnels qui opèrent par voie électronique, dans la mesure où ces derniers savent désormais les critères qui risquent d'introduire le professionnel en ligne devant les juridictions du domicile du consommateur. En outre, le juge européen offre aux juridictions nationales « *un faisceau d'indices -des guidelines en bon français- qu'une définition autonome de la notion en cause, ici celle d'activités dirigées (…) si le juge vérifie la présence de ces indices, il lui devient alors possible de dire que l'activité est bien « dirigée » vers l'Etat membre du domicile du consommateur* »[1851].

[1850] CJUE, du 7 décembre 2010, les Aff. Jointes C-585/08, *Peter Pammer c/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* et Aff. C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH c/Oliver Heller*.

[1851] C. NOURISSAT, « *Utiles précisions sur la notion d'activité dirigée vers l'État membre où le consommateur a son domicile* », Procédures n° 2, Février 2011, comm. 58.

II - Régime extra-européen de compétence juridictionnelle dans le contrat électronique de consommation

Les règles de compétence spécifiques favorables au consommateur sont fixées par les articles 15 à 17 de la Convention de Lugano. Là encore, les dispositions du Règlement de Bruxelles I *bis* et de la convention sont identiques avec une nuance. En effet, il convient de rappeler que le règlement permet au consommateur de saisir la juridiction de son propre domicile quel que soit le domicile du professionnel. Au contraire, la Convention de Lugano ne prévoit pas cette possibilité et ne permet pas donc d'attraire un professionnel domicilié dans un Etat non lié par la convention, devant une juridiction liée par celle-ci.

Les mêmes conditions énoncées donc par le Règlement Bruxelles I *bis* pour l'application des règles protectrices du consommateur se retrouvent édicter par la Convention de Lugano. Ce qui permet une interprétation analogue de ses dispositions. Par ailleurs, toute juridiction appliquant et interprétant la Convention de Lugano « *tient dûment compte des principes définis par toute décision pertinente rendue par les tribunaux des Etats liés par la présente Convention et par la Cour de justice des Communautés européennes* »[1852] concernant toute disposition identique de la Convention de Bruxelles et des instruments qui lui succèdent.

Bien qu'elle soit intervenue dans un litige se rapportant à la matière délictuelle, Il est intéressant de mentionner une affaire concernant la vente, par l'intermédiaire des sites d'enchères en ligne des sociétés eBay Inc et eBay AG, des produits Dior, Guerlain, Givenchy et Kenzo, sans avoir les autorisations requises pour cette activité. Les sociétés Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy et Guerlain ont donc assigné ces deux sociétés devant le tribunal de commerce de Paris aux fins d'obtenir des dommages et intérêts.

La société eBay AG étant une société de droit Suisse, les juges des deux degrés de juridictions ont fait application de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 portant sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[1853]. Pour donner compétence aux juridictions

[1852] Art. 1 du Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention de Lugano et sur le comité permanent.
[1853] La Convention de Lugano de 1988 a été remplacée en fin 2007 par la Convention de Lugano du 30 octobre 2007.

françaises pour connaître de l'activité d'un site exploité au Royaume-Uni, l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 2012[1854] retient que le site français ebay.fr a incité à plusieurs reprises les internautes français à consulter le site anglais ebay.uk pour élargir leurs recherches ou profiter d'opérations commerciales pour réaliser des achats et qu'il existe donc une complémentarité entre ces deux sites. En l'état de ces constatations, la Cour de cassation a affirmé les conclusions de la Cour d'appel selon lesquelles le site ebay.uk s'adressait directement aux internautes français. En d'autres termes, l'activité du site était dirigée directement vers le public français.

En effet, l'indice retenu pour conclure à l'existence d'une activité dirigée par le site anglais vers les internautes français se rapporte au fait d'inciter ces internautes à consulter ce site par l'intermédiaire d'un autre site situé dans leur pays, ce qui a amené à conclure à l'existence d'une « *complémentarité entre ces deux sites* ». Cet indice pourrait bien être ajouté à la liste non exhaustive de la Cour de justice de l'Union européenne dans des situations similaires.

En droit commun français, contrairement à la Convention de Lugano, la compétence internationale ne comporte aucune règle spécifique au consommateur. Il faut, en conséquence, faire application des règles ordinaires de compétences des articles 42 et 46 du Code de procédure civile. Dans ces conditions, un cyberconsommateur français sera obligé de saisir les juridictions étrangères, en vertu de l'article 42 du Code de procédure civile, en cas de litige l'opposant à un cybercommerçant domicilié à l'étranger, pour faire valoir ses droits. Toutefois, en raison des coûts et de la complexité des procédures étrangères, il y renoncera notamment si l'enjeu financier n'est pas important. Si la juridiction de son pays est compètent, en application de l'article 46 du Code de procédure civile ou par application des compétences privilégiées des articles 14 et 15 du Code civile, il se heurtera à de graves difficultés d'exécution[1855].

Ces difficultés nous inciteront à penser à l'utilité que présente aujourd'hui les nouveaux modes électroniques de règlement des conflits et le rôle qu'ils peuvent jouer dans le cadre, notamment, des litiges issus des contrats conclus par voie électronique.

[1854] Cass., civ., ch. com., 3 mai 2012, n° 11-10.508, Bull. 2012, IV, n° 89.

[1855] E. A. CAPRIOLI, « *Droit international de l'économie numérique, les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », 2ème Ed. LexisNexis 2007, p. 21.

Conclusion de la Section II

Les règles de détermination de la juridiction compétence dans le contrat électronique international relèvent de nombreuses dispositions qui se trouvent dans des textes divers. Les plus remarquables sont le fruit de la mise en place d'un espace judiciaire européen commun qui vise à instaurer des règles uniformes de compétence internationale destinées à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Dans ce cadre, les règles de compétences spéciales du Règlement Bruxelles I *bis* se confrontent aux problèmes de localisation pour les contrats de vente et de prestations de services conclus et exécutés par voie électronique.

En dehors de l'Union européenne, les options définies par les règles de compétences spéciales de la Convention de Lugano en matière contractuelle sont identiques à celles du Règlement Bruxelles I *bis,* ce qui posera pratiquement les mêmes problèmes de détermination du lieu d'exécution d'un contrat international conclu par voie électronique. Hormis cette Convention, à laquelle la France est liée, la détermination de la compétence internationale des juridictions françaises est réalisée principalement par des règles de compétence interne étendues à l'ordre international. Toutefois, les rattachements prévus par les règles françaises de compétence spéciale en matière contractuelle ne sont pas opérants pour les contrats conclus et exécutés en ligne pour les mêmes raisons évoquées se rapportant aux prestations de services et de livraison de biens immatériels.

En matière de protection des consommateurs, le Règlement Bruxelles I *bis* rassemble les contrats pour lesquels ces derniers bénéficieront de la règle spéciale de compétence. Le critère de l'activité dirigée, condition de l'application de cette règle de compétence, permet de couvrir plus largement les transactions de consommation et de s'adapter spécifiquement au contexte des contrats électroniques, d'autant plus que les arrêts de la Cour de justice sont d'une grande utilité puisqu'ils offrent aux juridictions nationales un faisceau d'indices permettant de déterminer, selon les circonstances, si l'activité du professionnel est dirigée vers le pays du consommateur. Les mêmes conditions énoncées par le Règlement Bruxelles I *bis* pour l'application des règles protectrices du consommateur se

retrouvent édicter par la Convention de Lugano, ce qui permet une interprétation analogue de ses dispositions.

En droit commun français, la compétence internationale ne comporte aucune règle spécifique au consommateur. Il faut, en conséquence, faire application des règles ordinaires de compétences. Toutefois, celles-ci ne sont pas favorables au cyberconsommateur français.

Il résulte de ce qui précède que les règles de compétence juridictionnelle internationales des textes étudiés présentent des difficultés d'application dans le *cyberespace*. Une adaptation, donc, de ces règles est indispensable.

Chapitre II - Les modes électroniques de règlement des conflits

La spécificité des nouvelles technologies d'information et de la communication, particulièrement le réseau d'Internet, c'est qu'elles sont non seulement un procédé de communication contenant une diversité de support et de mode de diffusion mais également un moyen de transmission des réclamations, des protestations, des contestations et de négociations des solutions aux différends susceptibles de surgir sur le web. Avec l'émergence des contrats électroniques, on assiste à un phénomène qui se concrétise avec la naissance de procédures innovantes de résolution des conflits : les modes électroniques de règlement des conflits[1856] qui permet de « *juger sans le juge* »[1857].

Le développement de ce mode de règlement des conflits, spécifique à l'Internet, se fonde sur les modes existants de règlement des litiges mais s'en

[1856] Nous nous accordons avec Messieurs L. CADIET et T. CLAY sur l'usage du terme « *conflit* » au lieu de « *litige* » pour les mêmes raisons invoquées par les auteurs : « *la notion de conflit est générale et a donc vocation à englober la notion de litige, qui est une espèce de conflit en ce sens que le litige est un conflit juridiquement relevant, c'est à dire un conflit sur ce que requièrent, autorisent ou interdisent les règles de droit pertinentes, un conflit susceptible de faire l'objet d'une solution juridique, par application des règles de droit parce qu'il trouve son origine dans une situation d'incertitude juridique. Et donc juridique le litige qui naît de l'application du droit pour être résolu par application du droit (...), tout conflit n'est pas un litige, (...) un mode altérnatif peut plus aisément qu'un mode juridictionnel embrasser l'ensemble des aspects du conflit, dans ses élements juridiques aussi bien que non juridiques, et en permettre une solution durable* ». L. CADIET, T. CLAY, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits* », Dalloz 1ère Ed. 2016, p. 21-22.

[1857] Expression utilisée par Mme Soraya AMRANI MEKKI, « *Efficacité et nouvelles technologies* », Procédures n° 4, Avril 2010, dossier 5.

distingue par l'intégration de la technologie comme acteur dans le traitement des conflits.

C'est donc après les modes alternatif de règlement des conflits, apparus au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine d'« *Alternative Dispute Resolution* »[1858], voici les modes de résolution des conflits en ligne, connus dans le langage anglo-saxonne sous le nom d'« *Online Dispute Resolution* » ou « *ORD* » et qui connaissent un nouvel engouement avec les possibilités que présentent Internet pour résoudre les conflits en ligne. Ces possibilités qui permettent la mise en relation des parties sans déplacement physique, ce qui en résulte une économie des coûts et un gain du temps considérable pour obtenir un accord.

Les modes électroniques de résolution de conflits désignent tous les « *modes de résolution des conflits qui ont trait commun d'être administrés en ligne et de réunir les colitigants par voie électronique* »[1859]. L'essor de ces modes vient de l'idée que comme les conflits évoluent avec le développement des activités en ligne et comme Internet est un lieu de naissance de ces conflits, il peut être aussi une source de résolution de ceux-ci. Monsieur Ethan Katsh indique à ce propos que « *the idea for online dispute resolution emerged out of a recognition that disputes would grow as the range of online activities grew. The origins of ORD, therefore, are traceable to a very simple insight, namely that the more transactions and interactions there are online, the more disputes there will be (…). In other word, the Internet was part of the problem, in that it generated disputes, but it was also part of the solution in that resources might be found online to respond to disputes* »[1860].

[1858] L. CADIET, T. CLAY, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits* », *op.cit*., p. 27.

[1859] B. DEFFAINS, Y. GABUTHY, « *La résolution électronique des litiges favorise-t-elle le développement de nouvelles stratégies de négociation ? », Négociations* 2008/2 (n° 10), p. 16 ; V. également, D.VOILLEMOT, « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* », Gazette du Palais, 28/06/2007, n° 179, p. 101.

[1860] E. KATSH, « *Online Dispute Resolution* », *in* Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (Interdisciplinary handbook of dispute resolution), ss dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO et B. BRENNEUR, préf. G. CANIVET, CH. JAMIN, Ed. Larcier 2015, p. 343. Notre Trad. « *l'idée de la résolution des différends en ligne résulte de la reconnaissance que plus il y aurait d'expansion des activités en ligne, plus il aurait de différends. Les origines de l'ORD, par conséquent, liées à un constat très simple, à savoir que plus il y aurait de transactions et d'interactions en ligne, plus il y aurait de différends (...). En d'autres termes, Internet faisait partie du problème, dans la mesure où il a généré des différends, mais il faisait également partie de la solution dans la mesure où les ressources puissent être trouvées en ligne pour résoudre les différends* ».

Par ailleurs, le Rapport établi en 2003 par le Secrétariat de la CNUCED sur le commerce électronique et le développement a reconnu la place importante que les modes électroniques de règlement des conflits peuvent occuper pour la résolution des différends liés à des transactions en ligne en soulignant qu' « *avec l'apparition d'entreprises spécialisées dans le règlement en ligne, les pouvoirs publics et les entreprises se sont mis à considérer de plus en plus que le réseau pouvait offrir une solution à de nombreux problèmes liés aux transactions en ligne. Alors que ce n'était pas le cas il y a cinq ou six ans, on estime aujourd'hui qu'il est opportun, voire souhaitable, de recourir en premier au règlement en ligne pour les différends liés à des transactions en ligne. Il est en outre admis que les techniques qui fonctionnent pour ces différends peuvent aussi être efficaces pour le règlement des différends traditionnels* »[1861].

Ainsi, plusieurs initiatives sont apparues pour le règlement électronique des conflits avec notamment la création de *Netcase* par la Cour internationale d'arbitrage ou encore la procédure relative aux Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine dite UDRP (*Uniform domain name dispute resolution policy*), adoptés par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) le 26 août 1999[1862]. Des expériences comme celles du *Cybertribunal*[1863] dont le lancement par le centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal est intervenu le 4 juin 1998 pour résoudre les « *conflits cybernétiques* » et de *l'Online Ombuds*

[1861] Rapport sur le commerce électronique et le développement, Secrétariat de la CNUCED, New York et Genève 2003, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, p. 202. Accessible en ligne à l'adresse : http://unctad.org/fr/docs/ecdr2003_fr.pdf

[1862] La procédure UDRP est sans préjudice d'un recours devant les instances judiciares compétentes pour déterminer si l'utilisation d'un nom de domaine porte atteinte à des droits attachés à des marques mais comme l'indique le Comité consultatif sur l'application des droits de l'OMPI « *les actions en contrefaçon de marques enregistrées sont onéreuses et compte tenu du contexte international et de la nature immatérielle de l'Internet, leur application aux litiges concernant les noms de domaines se heurte à des difficultés pratiques, ne serait-ce que pour trouver un tribunal national qui soit compétent pour juger non seulement la marque concernée mais également le demandeur du nom de domaine et l'unité d'enregistrement concernés. Ainsi, en pratique, la possibilité de recourir à des expertises UDRP permet d'éviter un grand nombre de litiges de ce type relatifs aux marques enregistrées* ». Trevor Cook, *Les modes extrajudiciaires de règlement des litiges comme instrument d'application des droits de propriété intellectuelle*, (WIPO/ACE/9/3), Comité consultatif sur l'application des droits, Neuvième session, Genève, 3 – 5 mars 2014. Consultable en ligne : www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/wipo_ace_9/wipo_ace_9_3.docx

[1863] V. GAUTRAIS, K. BENYEKHLEF, P. TRUDEL, « *Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du « CyberTribunal »* », DIT, 1998/4, p. 46 s.

Office[1864] né aux Etats-Unis en 1996 à l'initiative de l'Université du Massachusetts, ont confirmé la faisabilité et l'utilité du recours aux technologies de l'information et de la communication dans la mise en place d'un climat de confiance sur Internet grâce aux mécanismes électroniques de règlement des conflits.

Aussi, il convient de citer le projet ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution*) datant du 26 octobre 2001 et soutenu par la Commission européenne, dont l'objectif était de mettre en place une plate-forme électronique de résolution des conflits qui peuvent naître sur le réseau Internet entre cyberconsommateurs et cybercommerçants suite à la réalisation d'une transaction par Internet, qui est le résultat des efforts déployés par le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal et *eResolution* avec d'autres partenaires européens à savoir l'université de Namur, *University College Bublin et CNRS*. Dans le cadre de ce projet, une plate-forme de négociation et de médiation fut mise à la disposition des parties depuis octobre 2001, mais faute de soutiens financiers lors de sa phase de développement, le projet n'a jamais fonctionné[1865].

Le projet ECODIR peut en rappeler celui de la société *SquareTrade*. Celle-ci offre aux parties un outil permettant de négocier directement entre elles pour essayer de régler leur différend[1866]. Cet outil est gratuit pour les consommateurs. A l'échec de cette démarche, le litige entre en phase de médiation. A ce propos, lors d'une Conférence sur le règlement des litiges en ligne entre entreprises et consommateurs, tenue en décembre 2000 à La Haye, Madame Lisco, le Directeur du réseau de règlement des litiges en ligne de *SquareTrade*, a indiqué que « *lorsque SquareTrade a lancé ce système, 30% des affaires seulement*

[1864] Cet organisme offre, depuis 1996, des services de médiation concernant certains conflits nés sur l'Internet, notamment entre les membres d'un groupe de discussions, entre fournisseurs d'accès Internet et leurs abonnés, entre concurrents et touchant des questions de propriété intellectuelle. V. à ce propos, K. BENYEKHLEF et GÉLINAS, « *Règlement des conflits liés au droit d'auteur* », Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXXV no 4, octobre-décembre 2001 Ed. UNESCO, p. 12. V. également les sites :
http://www.umass.edu/dispute/ncair/katsh.htm et http://www.ombuds.org/center/ombuds.html

[1865] R. V. GOLA, « *Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce* », Ed. Lextenso 2013, n° 677. V. également K. BENYEKHLEF, G. CANIVET, « *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* », Ed. Romillat 2003, p. 22.

[1866] *V. Compte rendu de la Conférence sur le règlement en ligne des litiges entre entreprises e consommateurs, organisait conjointement par l'OCDE, la Conférence de La Haye de droit international privé et la Chambre de Commerce Internationale les 11 et 12 décembre 2000 à La Haye*, Protection de la vie privée en ligne: orientations politiques et pratiques de l'OCDE, Ed. OCDE 2003, p. 195.

aboutissaient à un règlement mais, grâce aux progrès techniques, le taux de règlement des litiges atteint aujourd'hui 80% »[1867].

D'autres mécanismes de résolution des conflits en ligne sont apparus, à travers le monde, avec *AnOliveBranch*, *Hill* et *Modria*. Que le *Modria* solutionne chaque année pour *eBay* près de trente millions de petits litiges sans intervention humaine[1868]. La justice étatique n'a pas échappé aux nouvelles technologies, certains pays ont mis en place des plateformes dédiées à la résolution des litiges en ligne. C'est le cas de la *Civil Resolution Tribunal* de la Colombie-Britannique qui constitue le premier tribunal en ligne au Canada et résout les conflits de petites valeurs de 5000 dollars et moins[1869].

En raison de ces expériences et autres à travers le monde, les modes électroniques de règlement des conflits trouvent leur place sur la toile et ils sont « *sur le point de devenir un outil dominant pour le règlement des petits et moyens litiges* »[1870], d'où l'importance de mener cette étude d'une part, sur les spécificités du recours à ces modes électroniques et s'ils trouvent leur fondement dans les textes juridiques actuellement en vigueur (Section I) et d'autre part, sur les aménagements adoptés pour permettre l'émergence de ces modes de résolution des conflits dans un environnement numérique (Section II).

Section I - Les spécificités du recours aux modes électroniques de règlement des conflits

Le recours aux modes électroniques de règlement des conflits est loin d'être un simple phénomène de mode. Ce règlement des conflits en ligne s'affirme comme un véritable besoin pour les litiges de commerce électronique à faible valeur et un moyen de déplacer le contentieux vers d'autres sphères moins encombrées que celles de la justice des tribunaux. Il exprime une nécessité de répondre aux attentes légitimes des internautes qui souhaitent une résolution de leur conflit à un

[1867] Mme Cara Cherry Lisco, Directeur du réseau de règlement des litiges en ligne de Square Trade, *V. Compte rendu de la Conférence sur le règlement en ligne des litiges entre entreprises e consommateurs, organisait conjointement par l'OCDE, la Conférence de La Haye de droit international privé et la Chambre de Commerce Internationale les 11 et 12 décembre 2000 à La Haye*, Protection de la vie privée en ligne: orientations politiques et pratiques de l'OCDE, Ed. OCDE 2003, p. 195.
[1868] Suite à un rapport établi par Monsieur Thierry Wickers lors d'un colloque en mai 2015 déroulait à Standford aux Etats-Unis. V. D. BORDE, « *Tendances, frissons et réflexions. Justice et avocats 2.0* », Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 1, Mars 2017, dossier 4.
[1869] V. site web du tribunal à l'adresse électronique : https://civilresolutionbc.ca/
[1870] D. BORDE, « *Tendances, frissons et réflexions. Justice et avocats 2.0* », *op.cit.*

coût proportionné à l'action, dans un délai aussi adapté au contexte numérique (Sous-section I).

Aussi bien pour les acteurs économiques que pour les consommateurs, la voie privilégiée dans la recherche de solutions aux différends qui les opposent ne serait autre que celles qui répondent à la fois à un certain réalisme et pragmatisme. Les systèmes juridiques étatiques ne cessent de s'évoluer et de s'adapter à l'environnement numérique et se sont activement s'engager sur cette voie qui vise à promouvoir une justice hors du juge faite de conciliation, de négociations, de transactions et de médiation. Séduit par cette forme de justice, le législateur a mis en place déférentes réformes pour garantir un climat de confiance et un cadre juridique propre aux modes de résolution des conflits en ligne, « *car ce qui séduit avant tout c'est la très grande flexibilité de ces formes conventionnelles de règlement des litiges »* [1871](Sous-section II).

Sous-section I - Les avantages escomptés

Au même moment que les justiciables qualifient les procédures judiciaires de lentes, onéreuses et complexes, les professionnels du droit, quant à eux, les juges en particulier, se plaignent de la surabondance des affaires à traiter[1872].

Dans ces conditions, le recours au règlement amiable des conflits apparaît comme sorte de refuge, un recours alternatif qui « *s'inscrit dans une crise profonde de nos systèmes judiciaires de régulation des litiges, […] l'institution judiciaire en raison de son formalisme, de sa lenteur, de son coût, de sa distance, connaît de plus en plus de difficultés pour réguler l'ensemble des conflits et prendre en compte l'évolution et la complexité des rapports sociaux* »[1873], constat valable également pour les différends issus de l'environnement numérique.

Toutefois, partir uniquement de l'idée d'une justice encombrée pour justifier

---

[1871] E. CAMOUS, « *Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité ?* », Gaz. Pal., 30/10/2003, n° 303, p. 5.

[1872] B. DEFFAINS, « *Les modes alternatifs de règlement des litiges- analyse économique* », *in* Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (Interdisciplinary handbook of dispute resolution), ss dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO et B. BRENNEUR, préf. G. CANIVET, CH. JAMIN, Ed. Larcier 2015, p. 64.

[1873] J.-P. BONAFE-SCHMITT, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits- approche sociologique* », Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (*Interdisciplinary handbook of dispute resolution*), ss dir. P. CECCHI-DIMEGLIO et B. BRENNEUR, préf. G. CANIVET, CH. JAMIN, Ed. Larcier 2015, p. 82.

le recours aux modes amiables de règlement des conflits dans le monde numérique ne suffit pas. Ce recours pose d'autres questions qu'il est nécessaire d'aborder pour savoir dans quelle mesure les modes électroniques de règlement des conflits peuvent constituer un outil par excellence de résolution des conflits en ligne et ce, à travers l'évaluation de leur efficacité et la connaissance des effets qui peuvent avoir sur le comportement des parties et sur le commerce électronique tout entier.

En effet, le développement des modes électroniques de règlement des conflits traduit en quelque sorte une volonté de gérer différemment les différends, ce qui « *ne signifie pas nécessairement une crise des modes traditionnels, judiciaires, de règlement des conflits, mais plutôt l'existence d'une certaine complémentarité entre droit imposé et droit négocié* »[1874]. Mais la nécessité à l'ère numérique de recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits avec l'assistance des nouvelles technologies d'information et de la communication s'accrue en raison des particularités du réseau Internet et de la nature des transactions numériques. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a rappelé, à ce propos, dans les Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne que celui-ci « *peut aider à faire face à une difficulté découlant des opérations internationales de commerce électronique, à savoir que les mécanismes de recours judiciaires classiques n'offrent pas nécessairement de solution adéquate pour les litiges survenant dans le cadre de telles opérations* »[1875].

C'est justement ce besoin d'une solution adéquate pour les opérations de commerce électronique qui favorise son développement. Cela donne lieu à une réflexion sur les bénéfices escomptés des modes électroniques de règlement des conflits au regard des inconvénients qui se relieraient à une issue judiciaire du différend et de faire le lien entre une justice imposée par le juge et une justice acceptée par les parties, car en en toute logique, « *ce sont deux parties soucieuses de leurs intérêts qui s'affrontent ; elles se livrent en conséquence à un calcul sans doute approximatif, des bénéfices escomptés de la négociation entreprise au regard des inconvénients qui s'attacheraient à une issue judiciaire du différend. Se*

[1874] B. DEFFAINS, « *Les modes alternatifs de règlement des litiges- analyse économique* », *op.cit*, p. 66.
[1875] CNUDCI Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne, Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, New York, 2017. En ligne : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/odr/V1700383-1_French_Technical_Notes_on_ODR.pdf

construisent alors en toute légitimité, des stratégies d'intimidation- faites de prétentions excessives- de faux- semblants- mélanges d'allégations discrètes et d'affirmations péremptoires- et c'est en fonction de l'appréciation de leur valeur par l'une et l'autre partie que se dessine ou non une perspective transactionnelle. D'un mot, ce sont moins les bons sentiments qui favorisent l'accord, mais bien plutôt un mélange d'âpreté et de réalisme »[1876].

En quelque sorte, à l'image d'une justice intransigeante que renvoient les instances judiciaires se substitue une image conciliatrice qui veut qu'un mauvais arrangement soit toujours mieux qu'un bon procès. Mais est ce que le choix des modes électroniques de règlement des conflits qui sont le fruit d'un accord commun des parties, a forcément une issue moins favorable que celle que la justice peut donner à une partie ? Un non affirmatif s'impose.

Le sens véritable à donner à l'émergence des règlements extrajudiciaires des conflits est « *bien plutôt que l'on parvienne à introduire davantage de justice dans les rapports et transactions dans lesquels les individus sont engagés* »[1877]. L'expérience du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI adoptant les principes directeurs de l'ICANN ainsi que l'expérience de la nouvelle plate-forme de résolution des litiges de l'Union européenne approuvent que les modes électroniques de règlement des conflits ont réussis à prendre place dans ce système de résolution à l'amiable.

La question est comment peut-on répondre à une justice en ligne par des moyens en ligne ?

Les modes électroniques de règlement des conflits peuvent répondre à des objectifs variés. Ceux-ci sont spécifiques au contexte numérique des transactions et étroitement liés au monde immatériel. Les conflits qui apparaissent sur le réseau de l'internet, revêtent des particularités liées d'abord à la technologie utilisée et pour laquelle les juges se trouvent confronter, sans avoir nécessairement les outils pour bien la métriser car « *les économies modernes présentent des produits et des services de plus en plus complexes, dépassant, parfois, les connaissances*

[1876] X. LAGARDE, « *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation* », Rev. arb., 2000, n° 3, p. 390.
[1877] M. GALANTER, « *La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux* », *in*, M. CAPPELLETTI, R. GARTH, *Accès à la justice et Etat-providence*, ECONOMICA, 1984, p. 166.

techniques du juge »[1878].

Il y a ensuite le caractère international des transactions, cela peut aboutir, dans le cadre de la justice traditionnelle particulièrement en matière de conflit de juridictions, à la désignation d'un for compétent qui convient au lieu de résidence d'une partie mais pas de l'autre, alors que les modes électroniques de règlement des conflits offrent aux parties la possibilité de faire économie des déplacements et des audiences par le suivi d'un processus s'appuyant exclusivement sur des documents électroniques. Les parties ne seraient pas contraintes de se déplacer pour aller devant un tribunal siégeant dans un lieu éloigné et les procédures seraient ainsi accélérées dans la mesure où l'échange des documents, pièces et preuves pourrait se faire de manière quasi instantanée.

Il y a aussi l'enjeu financier qui est souvent assez faible pour les contrats de vente ou de service conclus au moyen de communications électroniques. En raison de ce faible enjeu du litige, recourir au juge n'est pas la solution favorisée pour régler un litige de faible valeur avec un professionnel. Le cyberconsommateur préfère souvent ne pas agir à cause de l'inaccessibilité à la justice[1879] : le coût de la consultation juridique et de la représentation, les frais de justice, les frais de consultation d'experts et d'huissiers de justice s'il envisage argumenté son dossier à l'avance, les délais souvent longs de traitement des dossiers au niveau des tribunaux, le formalisme judiciaire souvent complexe, sont autant de facteurs qui contribuent à l'affaiblissement de la position du cyberconsommateur et l'encouragent à renoncer à ses droits au recours, ce qui mène à une certaine forme d'impunité du professionnel et incitera ce dernier à ne pas abandonner un comportement répréhensible. Dans ces conditions, « *le juge judiciaire n'est pas la meilleure garantie de l'effectivité des droits du consommateur lésé* »[1880].

Ces obstacles séparant le cyberconsommateur du juge peuvent être surmontés avec les modes électroniques de règlement des conflits, lesquels sont accessibles dans les micro-litiges du commerce électronique. De plus, les coûts des

---

[1878] S. BERNHEIM-DESVAUX, « *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Concurrence – Consommation, LexisNexis, 8 Avril 2014, Fasc. 1230.
[1879] V. K. BENYEKHLEF, G. CANIVET, « *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* », *op.cit.,* p. 26.
[1880] O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit*., n° 552, p. 338.

modes électroniques de résolution des conflits sont parfois pris en charge par le cybercommerçant ou dans le cadre de sa participation à un programme de labellisation[1881].

Par ailleurs, le recours à la justice n'est pas une solution adaptée aux litiges de masse, qui constituent une part importante dans le commerce électronique. Ces litiges « *se caractérisent par leur faible ampleur mesurée au coût global d'une action en justice, et par leur caractère collectif en ce qu'ils concernent de nombreux consommateurs. En l'absence d'action de groupe, de tels litiges ne sont généralement pas portés en justice* »[1882].

Certaine doctrine estime que « *les progrès dont témoigne l'expansion des règlements non-juridictionnelle des litiges n'ont de sens que si les rapports entre les parties sont équilibrés et que celles-ci sont en mesure de s'engager en pleine connaissance de cause* »[1883]. A notre avis, si un rapport équilibré ne peut être garanti dans une relation impliquant des consommateurs vis-à-vis des professionnels, on peut tout le moins considérer les modes électroniques de règlement des conflits, en présence d'un contentieux de la consommation qui reste souvent irrésolu, comme un moyen de rééquilibrer ces rapports et de créer une sorte de pression, si ce n'est que psychologique, sur le cyberprofessionnel qui se croit libre d'imposer ses règles de jeu en se servant de la distance qui l'éloigne de son client et du faible valeur du commerce conclu.

Le recours aux modes amiables de résolution des conflits en ligne comme hors ligne ne tire pas des avantages que pour les consommateurs. Une enquête américaine menée en 2003 sur le développement des modes alternatifs de résolution des conflits a conclue que ces modes sont encouragés aux Etats-Unis en raison de la judiciarisation des affaires, la longueur et la lourdeur des procédures ainsi que par l'augmentation des coûts de celles-ci[1884].

Il paraît logique, dans ces conditions, que l'on opte pour les modes alternatifs

---

[1881] O. CACHARD, « *Les Modes électroniques de règlement des litiges (MERL)* », Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2003, chron. 30.
[1882] S. BERNHEIM-DESVAUX, « *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation* », *op.cit*.
[1883] E. CAMOUS, « *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation, Contribution critique à l'analyse des modes altérnatifs de règlement des conflits* », *op.cit*., p. 7.
[1884] I. VAUGON, M. DARY, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises* », Cahiers de l'arbitrage, 01/01/2010, n° 1, p. 65.

de règlement des conflits en les rendant plus accessible avec les technologies d'information et de la communication. La complexité de résoudre les litiges récurrents qui surviennent à cause de l'émergence des transactions électroniques d'ampleur international et pas uniquement national, le risque de voir un cyberconsommateur renonçant à chaque fois à ses droits en raison de déséquilibre entre les droits réclamés et les coûts d'une action en justice, tout cela favorise la recherche de solutions non-juridictionnelles des litiges. Ces solutions permettent non seulement de pallier les problèmes d'accès du cyberconsommateur à la justice, mais contribuent, en outre, à rétablir le dialogue entre les parties, maintenir leurs relations, améliorer la qualité de la justice, ramener la paix sociale et surtout participer au développement du commerce électronique dans un climat de confiance et de transparence. Le règlement amiable des conflits est souvent un facteur de pérennité des relations commerciales et « *satisfait également aux besoins et aux préoccupations des professionnels, désireux d'éviter des procès judiciaires, de maintenir leur clientèle et de traiter rapidement et efficacement les litiges. La résolution extrajudiciaire des litiges permet ainsi d'offrir une solution simple, rapide et peu onéreuse aux litiges entre professionnels et consommateurs sans qu'ils aient à intenter une action en justice* »[1885]. Selon l'étude réalisait et publiait en 2009 par le cabinet FIDAL et l'*American Arbitration Association*[1886], l'un des bénéfices majeurs que les entreprises françaises et américaines tirent de la médiation, par exemple, résulte dans la pérennité de la relation contractuelle après la résolution du conflit par ce processus. L'étude démontre également que les entreprises françaises constatent une amélioration des relations commerciale à l'issue d'une médiation[1887].

Toutefois, il ne faut pas non plus voir dans les modes électroniques de règlement des conflits un moyen de d'écarter la justice mais plutôt comme une

---

[1885] S. BERNHEIM-DESVAUX, « *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation* », *op.cit.* ; V. également L. CADIET, « *Une justice contractuelle : l'autre », in « le contrat au XXIe siècle »*, Mélanges Ghestin, L.G.D.J 2004, p. 189 ; J.-P. VIENNOIS, « *L'amiable »*, RGDP oct./dec. 1999, p. 471 ; M. DARMON, « *La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement de litiges »*, La Semaine Juridique Edition Générale, 20 Novembre 1996, n° 47.

[1886] L'enquête du Cabinet FIDAL/ American Arbitration Association est disponible en ligne sur le site fidal.fr, rubrique « *Actualités* », « *La vie du Cabinet* » : Enquête : Vers un management optimisé des litiges Jeudi 11 Juin 2009, *via* le lien :
file:///Users/meryem/Downloads/FIDAL_cabinet_Brochure_enquete_MARC_VV%20(1).pdf

[1887] I. VAUGON, M. DARY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises*, Cahiers de l'arbitrage, 01/01/2010, n° 1, p. 65.

approche complémentaire nécessaire pour répondre à un besoin justifié. Il ne s'agit pas d'un remède miracle à la crise de la justice ou d'un moyen qu'on peut prétendre qu'il va se substituer au système judiciaire, mais une solution que l'on doit envisager qui permet « *l'évolution de nos sociétés vers un plus grand pluralisme des systèmes de régulation sociale. Ainsi, à côté des modes juridictionnels de règlement des conflits, coexisteront les différentes formes de médiation, de conciliation, de médiation-arbitrage…* »[1888].

Les modes électroniques de règlement des conflits peuvent présenter aussi des inconvénients, comme le risque d'une justice au rabais ou de mécanismes non transparents, ce qui nécessite de s'interroger sur le rôle que peut jouer le cadre légal pour garantir une bonne justice.

Sous-section II - Le cadre juridique des modes électroniques de règlement des conflits

Le recours aux modes électroniques de règlement des conflits est de plus en plus favorisé, tant par l'Union européenne que par les autorités nationales et instances internationales.

Avant toute chose, il convient de rappeler que ces modes électroniques se ressourcent des modes existants communément appelés les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), lesquels constituent des moyens économiquement simples de résolution à l'amiable des conflits. Ces modes électroniques peuvent même être considérés comme une variante des modes alternatifs de règlement des litiges, mais leur originalité réside dans la gestion par voie électronique des processus de règlement des conflits grâce à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication. Ceci dit, force est de rappeler que les différends du commerce électronique n'ont pas vocation exclusive à être réglés en ligne, la saisine d'une juridiction étatique ou d'un organe classique de règlement extrajudiciaire des litiges reste l'une des voies parmi d'autres offertes aux internautes, comme aux cyberprofessionnels pour régler leurs conflits.

Les systèmes juridiques actuels ne sont pas en retrait sur cette question des solutions amiables des conflits. Dans la plupart de ces systèmes, le droit civil prévoit la possibilité de transiger à l'amiable avant tous recours à la justice étatique.

[1888] J.-P. BONAFE-SCHMITT, « *La médiation ; une justice douce* », Syros-Alternatives 1992, p. 176.

Qu'il s'agisse de l'article 1965 du Code civil italien[1889], de l'article 2044 du Code civil français, de l'article 2044 du Code civil belge[1890], de l'article 1809 du Code civil espagnol[1891], de l'article 1248 du Code civil portugais[1892], la transaction est remarquablement présente en droit privé.

Au niveau de l'Union européenne, cette volonté de promouvoir les modes amiables de résolution des conflits que ce soit en ligne ou hors ligne s'est traduite par plusieurs textes. En 1999, à l'issue du sommet européen des 15 et 16 octobre, le Conseil européen avait invité à mettre en place des règles de procédure spéciales en vue de faciliter et d'accélérer la résolution des litiges transfrontaliers concernant les demandes de faible importance en matière civile et commerciale et avait indiqué que les Etats membres devraient créer des procédures de substitution extrajudiciaires[1893]. Cette volonté s'est renforcée, en premier temps, avec l'adoption de la Directive n°2008/52/CE en date du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale[1894], laquelle vise à encourager le recours aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits, particulièrement la médiation et entend garantir une articulation entre la médiation et les procédures judiciaires et de « *faire en sorte que les parties qui y recourent puissent se fonder sur un cadre juridique prévisible* »[1895]. Dans un second temps, par l'adoption de la Directive n° 2013/11/UE[1896] et le Règlement n° 524/2013[1897], tous deux du 21 mai

---

[1889] Art. 1965 Codice civile (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262) : « *La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.*
Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti ».

[1890] Code civil du 21 mars 1804.

[1891] Artículo 1809. Código Civil (aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889) : « *La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado* ».

[1892] Art.º 1248º - Código Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, e alterado pela Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12/12) : « *1. Transacção é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões* ».

[1893] V. Conclusions de la Présidence, Conseil européen : réunion spéciale de Tampere les 15 et 16 oct. 1999 sur la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne. En ligne : http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm

[1894] Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JO L 136 du 24.5.2008, p. 3–8*.

[1895] Consid. 7, Directive 2008/52/CE.

[1896] Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), *JO L 165 du 18.6.2013, p. 63–79*.

2013. La directive vise à permettre d'introduire des plaintes par des consommateurs contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables. Le Règlement s'attache plus particulièrement à mettre en place une plateforme européenne de règlement en ligne des litiges par voie extrajudiciaire pour les mêmes finalités. Son champ de compétence est limité aux contrats de ventes et de services en ligne.

Ces initiatives européennes peuvent également s'inscrire dans le prolongement de l'article 17 de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique qui prévoit, au premier paragraphe, que « *les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés* ». A souligner également qu'à l'occasion de l'adoption du Règlement Bruxelles I, le Conseil et la Commission européenne ont appuyé sur le rôle complémentaire utile que constituent les modes alternatifs de règlement des litiges en matière civile et commerciale, principalement au regard du commerce électronique[1898].

En France, le mouvement de promotion des modes alternatifs de règlement des différends est de plus en plus puissant. La Cour de cassation, avant même que les autorités européennes encouragent le recours aux modes de règlement amiable des conflits, elle contrôlait très strictement le respect des clauses de conciliation préalable[1899]. Dans un arrêt du 12 décembre 2014[1900], la chambre mixte a rejeté le

---

[1897] Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), *JO L 165 du 18.6.2013, p. 1–12*.

[1898] Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative aux articles 15 et 73 du Règlement n° 44/2001, disponible en ligne (en version anglaise) *via* le lien : http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf: « *the Council and the Commission accordingly wish to reiterate how important it is that work on alternative methods of dispute settlement in civil and commercial matters should continue at European Community level, in keeping with the Council's conclusions of 29 May 2000. They are aware of the great significance of this work and stress the useful complementary role represented by alternative methods of dispute settlement in civil and commercial matters, in particular with regard to electronic commerce* ».

[1899] S. LATASTE, A.-F. CASSASSOLLES, « *Les clauses de conciliation préalable dans les contrats* », Gaz. Pal., 22/09/2015, n° 265, p. 3.

[1900] Cass., ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, Bull. 2014, ch. mixte, n° 3.

pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Montpellier du 30 mai 2013 qui a jugé que « *la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en oeuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en oeuvre de la clause en cours d'instance* ». Les tendances législatives française apparaîssent prégnantes pour encourager le recours aux modes amiables de règlement des litiges qu'ils soient en ligne ou hors ligne. Pour prendre que des exemples, on peut citer le décret du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends[1901] aux fins de promouvoir la résolution amiable des différends et qui incite fortement sur la conciliation préalable à un procès ou encore la Loi de modernisation de la Justice du XXIème siècle[1902] du 19 novembre 2016 prévoyant des réformes majeures du système judiciaire français et dans laquelle y figure un objectif énoncé dés le Titre II de « *Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends* », leur promotion et extension ce qui constituaient les facteurs ayant animés, prioritairement, les auteurs de cette réforme[1903], en plus de l'Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015[1904] et le décret n°2015-1382 du 30 octobre 2015 relative à la médiation des litiges de la consommation[1905] qui transposent la Directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges en insérant un nouveau titre V dans le livre 1er du Code de la consommation « *Médiation des litiges de consommation* »[1906]. Il convient également de citer la réforme du droit des contrats, entrée en vigueur le 1er octobre 2016, notamment les dispositions de l'article 1230

[1901] Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, *JORF n°0062 du 14 mars 2015, p. 4851*.

[1902] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

[1903] V. Th. CLAY, « *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXIsiècle » - . - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 28 Novembre 2016, doctr. 1295 ; V. également B. MALLET-BRICOUT, « *Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi « Justice du XXIesiècle » : un nouveau souffle* », RTD civ. 2017. 221.

[1904] Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JORF n° 0192 du 21 août 2015, p. 14721*.

[1905] Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, *JORF n° 0253 du 31 octobre 2015, p. 20408*.

[1906] Avec la recodification du Code de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, le Titre V du 1er Livre est remplacé par le Livre VI « *Règlement des litiges* » où il y figure la médiation des litiges de la consommation.

du Code civil qui pose le principe d'autonomie des clauses du règlement des différends en cas de résolution du contrat.

Au Canada, le nouveau Code de procédure civile de Québec[1907], entré en vigueur le 1er janvier 2016, impose aux parties prises avec un différend de tenter de s'entendre par le recours à tous moyens ou modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser au juge[1908]. Ces modes privés sont principalement, comme l'énonce le deuxième alinéa du premier article du nouveau Code de procédure civil de Québec, « *la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes* ».

Aux Etats-Unis, la plupart des Etats ne se contentent pas d'une simple proposition de négociation, mais exigent aux parties la recherche d'une solution à transiger avant tout procès[1909].

Par ailleurs, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté le 13 décembre 2016, à sa quarante-neuvième session, les Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne[1910]. Un document qui, selon la CNUDCI, revêt un caractère non contraignant de nature descriptive, qui reflète les divers éléments du processus de règlement des conflits en ligne. Ces Notes ont pour objet de « *favoriser le développement du règlement des litiges en ligne et d'aider les administrateurs, les plates-formes, les tiers neutres et les parties à ce type de procédure* », ce qui témoigne que cette faveur pour une justice contractuelle n'est pas seulement l'apanage des Etats mais aussi de la Commission

---

[1907] Code accessible en ligne à l'adresse électronique : http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/C-25.01

[1908] Art. 1, al. 3 du Nouveau Code de procèdure civile de Québec.

[1909] Y. REPIQUET, « *Ouverture et réalisme dans la gestion des modes alternatifs de règlement des conflits* », Gazette du Palais, 30/08/2015, n° 242, p. 37. Exemple donné de l'Etat de Maine, qui exige aux parties le recours à une solution négociée en matière civile (Maine Rules of Civil Procedure, Rule 16b. Alternative Dispute Resolution : « *All parties to any civil action filed in or removed to the Superior Court, except actions exempt in accordance with subsection (b) of this rule, shall, within 60 days of the date of the Rule 16(a) scheduling order, schedule an alternative dispute resolution conference which conference shall be held and completed within 120 days of the date of the Rule 16(a) scheduling order. By agreement of all parties, reported to the court in writing within 120 days of the date of the Rule 16(a) scheduling order, the time for the completion of the alternative dispute resolution conference shall be extended for a period not to exceed 180 days from the date of the Rule 16(a) scheduling order* ».

[1910] CNUDCI, Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne, New York, 2017. Accessible à l'adresse : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/odr/V1700383-1_French_Technical_Notes_on_ODR.pdf

des Nations Unis qui désire mettre en valeur les modes de règlement des conflits en ligne. Certes, ce n'est pas le même message qu'une convention ou des règles uniformes peuvent transmettre, mais il demeure un message important émanant du principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, qui n'est pas autant lié à son contenu qu'à son existence.

Conclusion de la Section I

Avec l'émergence des contrats électroniques, on assiste à un phénomène qui se concrétise avec la naissance de procédures innovantes de résolution des conflits : les modes électroniques de règlement des conflits. Ces modes, spécifiques à l'Internet, se fondent sur les modes existants de règlement des litiges mais s'en distinguent par l'intégration de la technologie comme acteur dans le traitement des conflits. Le besoin d'une solution adéquate pour les opérations de commerce électronique favorise son développement.

Les modes électroniques de règlement des conflits peuvent répondre à des objectifs variés puisqu'ils sont spécifiques au contexte numérique des transactions et étroitement liés au monde immatériel. Toutefois, il ne faut pas les considérer comme un moyen de d'écarter la justice, mais plutôt comme une approche complémentaire nécessaire pour répondre à un besoin justifié. Il ne s'agit pas d'un remède miracle à la crise de la justice étatique ou une manière de se substituer à celle-ci, mais une solution que l'on doit envisager pour avoir des systèmes de règlement des conflits rapides, efficaces et en adéquation avec la nature des conflits qui surgissent en ligne.

Le recours aux modes électroniques de règlement des conflits est de plus en plus favorisé tant par les ordres juridiques étatiques que par l'Union européenne et les instances internationales. Le mouvement de promotion de ces modes est de plus en plus puissant.

Section II - Les modes de résolution des conflits aménagés pour le contexte numérique

L'Internet a révolutionné le monde du droit et a forcé les systèmes juridiques

à s'adapter au contexte numérique sur tous les terrains qui nécessitent l'intervention du législateur. Cette révolution du droit s'étend à celle de la justice et Internet peut avoir un impact sur les modes traditionnels de résolutions des conflits. Celui qui se plaint du droit violé sur le réseau est en bonne situation de recourir à ce même réseau pour régler ses différends.

Ce réseau, ne souhaitant pas décevoir ses internautes, a accueilli, en raison de toutes les possibilités que la technologie offre aujourd'hui, les modes électroniques de résolution des conflits. Le consultant britannique Richard Susskind considère, à ce sujet, qu'avec le développement des modes alternatifs de résolution des conflits en ligne « *c'est tout le mécanisme de résolution des litiges qui va changer* » par le recours notamment aux dispositifs d'e-médiation et d'e-négociation et prédit que « *à long terme, je m'attends à ce que cela devienne le principal mode de résolution de tous les litiges, hormis les plus complexe et ceux qui présentent les plus gros enjeux financiers* »[1911].

Or, cette justice dont les principaux traits se dessinent à travers les parties qui ont fait de tel ou tel mode de résolution des conflits un moyen pour trancher leur différend, cette justice qui ne verrait pas le jour si le consentement de l'une des parties n'est pas donné pour son déclenchement, présente ses limites. Certaines de ces limites tiennent au défaut de consentement car il suffit d'un simple clic de déconnexion pour cesser une procédure de règlement électronique des conflits. D'autres, et là une des limites fondamentales, cette justice ne peut pas remplir l'office du juge parce qu'elle n'a pas l'autorité nécessaire[1912]. Certains sites Internet tiennent leur autorité de leur mode de fonctionnement, l'exécution des sanctions qui résultent d'une quelconque résolution de conflit en ligne appartient au site concerné et ne porte pas sur des dommages-intérêts. L'ICANN, par exemple, ne s'applique qu'aux cas de fraude ; en cas d'atteinte aux marques, l'action doit porter devant les tribunaux pour contrefaçon, concurrence déloyale, etc. Il n'y a pas d'octroie de dommages-intérêts, ni de condamnation d'une partie au remboursement des frais, les sanctions se limitent soit au transfert, soit à la radiation du nom de domaine.

[1911] Point de vue exprimé par l'auteur à travers la deuxième édition de son livre « *Tomorrow's Lawyers »,* V. M. LARTIGUE (Rédaction Lextenso), « *Le monde du droit, demain : les derniers pronostics de Richard Susskind* », Gaz. Pal., 20/06/2017, n° 23, p. 14.
[1912] B. FAGES, « *Justice en ligne, justice de demain ? »*, Lamy Droit et Patrimoine, nº 103, 1er avril 2002.

Une dernière limite, il n'y a aucune compétence exclusive et le différend peut, à tout moment, porter devant les tribunaux ; si l'une des parties fait un recours au juge alors que la procédure de règlement à l'amiable des conflits en ligne est déjà engagée, elle doit céder la place à la procédure engagée devant le juge.

A côté de ces limites, il se pose également la question de savoir si une justice négociée en ligne, ne risque pas de basculer, comme par un retour de balancier, vers une justice imposée en présence des parties qui ne sont pas forcément égales ? Une justice qui ne sera pas imposée par le juge mais par le rapport de force qui s'instaure et par le déséquilibre des relations que nourrissent les parties en ligne. On est légitimement en mesure de craindre que les fonctions recherchées par les modes électroniques de résolution des conflits soient déformées et déviées de leur objectif et de constituer une source d'éloignement de la justice qu'ils sont censés promouvoir.

Aujourd'hui, on peut trouver sur le réseau Internet des procédures de résolution de conflits adaptées au contexte numérique, qui sont spécialement mises en place pour trancher les litiges liés aux activités des internautes et au fonctionnement de l'Internet. Certains sites de commerce électronique adoptent aussi bien des techniques de prévention que de résolution des conflits, lesquelles sont adaptées aux besoins des internautes et permettent un consentement éclairé et un règlement propice de leur différend. La société américaine *eBay*, par exemple, qui est l'un des sites d'enchères le plus important du *cyberespace*, a longtemps utilisé la plateforme *SquareTrade* dans l'objectif d'assurer une gestion des réputations sur son site. Chaque contractant qu'il soit vendeur ou acheteur en ligne, est invité au terme du rapport contractuel à donner une note à son partenaire, ce qui permet d'instaurer un historique des comportements des participants. En fonction du nombre de commentaires positifs ou négatifs, chaque participant dispose un nombre de point qui lui est attribué. Cet historique constitue un moyen permettant avant de s'engager contractuellement de consulter la note du partenaire et d'éviter certains partenaires à risque, ce qui constitue une véritable réputation électronique. Outre le système de prévention, tout litige pouvant surgir relatif à l'échange d'un bien sur la plateforme peut être résolu par le recours à une médiation grâce au partenaire du site *SquareTrade*. Mieux encore, en cas de non

paiement des enchères remportées par l'acheteur, une procédure contraignante est mise en place qui peut aboutir, en cas d'échec de règlement amiable de conflit, d'interdire à l'acheteur l'utilisation du site pendant un certain délai et, si récidive, pour un temps indéfini. D'autres sites pratiquent des méthodes similaires, inventées ou inspirées, mais qui restent généralement des moyens répondant à des besoins particuliers des internautes. Il convient de citer notamment Amazone.fr, booking.com, etc. Ces expériences peuvent permettre de conclure que « *la justice en ligne se donne des allures de justice en dur* »[1913].

Parce qu'ils forment une justice acceptée par les parties et puisqu'ils substituent à une justice imposée par le juge, les modes de résolution des conflits en ligne peuvent être conçus comme une solution idéale à condition que les parties en litige soient réellement motivées par le souci de trouver une entente pour régler leur différend. Ils englobent une grande diversité d'approches qui « *permet de recourir à des procédures hybrides combinant des éléments en ligne et hors ligne. Il(s) offre(ent) donc aux acheteurs et aux vendeurs qui effectuent des opérations commerciales internationales de nombreuses possibilités d'accéder à des moyens de règlement des litiges, tant dans les pays développés que dans les pays en développement* »[1914]. Ces approches ont donné naissance à plusieurs mécanismes innovateurs de résolution des conflits en ligne dont les plus connus sont la négociation automatisée, la médiation opérant par voie électronique et l'arbitrage en ligne.

Nous limitons cette étude à ces trois modes électroniques de résolutions de conflits les plus fréquemment rencontrés en pratique[1915], en se focalisant en premier temps sur la négociation automatisée dont la solution est générée par un logiciel informatique et la médiation en ligne qui mobilise un tiers pour proposer des compromis aux parties (Sous-section I), et en second temps, sur l'arbitrage électronique pour lequel le tiers prend la décision (Sous- section II). Ces modes font

[1913] B. FAGES, « *Justice en ligne, justice de demain ?* », *Ibid.*
[1914] CNUDCI : Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne, COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, New York, 2017. En ligne : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/odr/V1700383-1_French_Technical_Notes_on_ODR.pdf
[1915] Th. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une approche critique* », Bruxelles, Bruylant 2005, p. 183 et s.

tous appel à des procédures sur Internet ainsi qu'à des outils technologiques de l'information et de la communication[1916].

Sous-section I - Les mécanismes innovateurs de résolution des conflits en ligne : négociation électronique et médiation en ligne

La multiplication des transactions électroniques, notamment, de consommation et l'émergence de nouvelles techniques de vente et de fourniture de services en ligne augmentent le risque des conflits entre les parties au contrat électronique. Ces conflits se compliquent davantage lorsque le contrat électronique dépasse les frontières d'un Etat et devient international.

Les modes électroniques de règlement des conflits en ligne tendent à encourager la conclusion d'un accord entre les parties quelque soit le lieu de résidence de celles-ci. Tel est le cas de la négociation électronique s'opérant par l'intermédiaire d'un logiciel, lorsque le conflit porte sur la fixation d'un montant. Cette négociation est déclenchée par les parties suite à un consentement exprimant la volonté de négocier (I). Tel est le cas également de la médiation en ligne qui repose sur l'intervention d'un tiers qui rapprochent les parties en vue de parvenir à une solution à leur conflit (II).

I - Cliquer pour négocier

Les parties peuvent, dans l'objectif de parvenir à un accord pour résoudre leur différend, recourir au processus de négociation électronique. La négociation constitue « *un processus, le plus souvent informel, par lequel les parties, les négociateurs, avec l'aide ou non d'un tiers, tentent de parvenir à un accord pour construire des relations ou mettre fin à un conflit* »[1917]. C'est un processus qui est confidentiel et volontaire, permettant aux parties de se retirer à toute étape.

A l'ère du commerce électronique, le terme négociation est associé à l'électronique pour désigner « *un processus informatisé qui a pour principal objectif de résoudre les litiges portant sur des montants d'argent. Il repose sur un système d'enchères à l'aveugle, dans lequel chaque partie fait des offres successives afin de parvenir à un accord, sans savoir ce qu'a proposé l'autre partie. Le processus arrive*

[1916] Guide pour le développement des politiques de consommation, Ed. OECD, 24 nov. 2010, p. 112.
[1917] J.-P. BONAFE-SCHMITT, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits- approche sociologique* », *op.cit.,* p. 84.

à son terme lorsque les offres sont suffisamment proches et que l'ordinateur propose une solution »[1918]. Il cache « *un ensemble polymorphe de procédures qui varient selon les modalités exactes de la transaction, le déroulement de la négociation ou encore le fonctionnement du mécanisme de résolution du litige. Néanmoins, l'élément commun à l'ensemble de ces procédures est l'intégration de la technologie comme acteur dans le traitement des litiges* »[1919]. Le livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial souligne, en ce sens, que les systèmes de négociation automatisée ne constituent pas « *des procédures de résolution des conflits conduites par des tiers mais des instruments techniques destinées à faciliter la négociation entre les parties en conflit* »[1920].

La négociation électronique ou automatisée, comme moyen de règlement des différends, se distingue donc par l'absence d'intervention humaine et par le recours aux outils technologiques pour parvenir à un accord définitif. Elle « *repose sur la recherche d'une transaction extrajudiciaire sans l'intervention d'un tiers humain, par offres chiffrées, successives et comparées* »[1921]. Elle est notamment utilisée pour les réclamations pécuniaires[1922], lorsque les parties se sont entendues sur les questions de la responsabilité et que demeure la question de l'étendue de celle-ci et le montant de l'indemnité au titre de réparation[1923]. Chaque partie fait donc une proposition chiffrée et différents *rounds* peuvent se succéder jusqu'à ce que les propositions des parties soient conciliables[1924].

[1918] Protection de la vie privée en ligne : orientations politiques et pratiques de l'OCDE, Ed. OCDE 18 nov. 2003, p. 248.

[1919] B. DEFFAINS, Y. GABUTHY, « *La résolution électronique des litiges favorise-t- elle le développement de nouvelles stratégies de négociation ?* », *op.cit.*, p. 18.

[1920] Document de la Commission COM (2002) 196 final du 19 avril 2002, Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial.

[1921] D. VOILLEMOT, « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* », *op.cit*.

[1922] P. CORTÉS, « *The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism* », juillet 2007, p. 7 et 8, en ligne à l'adresse web : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=998865

[1923] V. D. VOILLEMOT, « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* », *op.cit*. ; V. également K. BENYEKHLEF, G. CANIVET, « *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* », *op.cit*., p. 67 ; P. CORTÉS, « *The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism* », *op.cit*.

[1924] D. VOILLEMOT, « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* », *op.cit*.

Ce processus de négociation électronique, appelé « *la négociation indemnitaire automatisée* »[1925] ou « *blind-bidding* »[1926] ou bien « *automated online négociation* »[1927] commence lorsqu'une partie contacte un centre de négociation électronique, un organisme privé spécialisé dans la résolution des litiges[1928], auprès duquel elle établie un descriptif succinct du conflit et présente trois prix, celui du montant qu'il souhaite obtenir c'est le *claimant bid*, ensuite le montant la valeur estimée du préjudice par l'initiateur de ce processus ou *claimant value* et enfin le seuil en dessous duquel il rejettera la proposition de la partie adverse c'est à dire le *claimant bidding limit*[1929]. Par la suite, le logiciel informe immédiatement l'autre partie de cette volonté de résoudre le conflit *via* la négociation automatisée. Le système informatique transmet également à la partie adverse un identifiant et un mot de passe que ce dernier peut modifier lors de son premier accès sur le site et demande son accord pour ce processus de résolution du conflit. Il est en outre invité à établir trois propositions comme pour l'initiateur du processus[1930].

Les propositions monétaires de chacune des parties qui sont faites au système informatique, en l'occurrence un logiciel, avec lequel on communique via un site web, ne sont pas révélées à l'autre partie ; car il s'agit bien d'un processus reposant sur une succession de propositions simultanées « *à l'aveugle* » [1931], qui peut « *déboucher sur une décision contraignante avec accord préalable des parties* »[1932].

Le logiciel informatique auquel les propositions monétaires sont transmises de manière confidentielle effectue une comparaison arithmétique des deux offres et si celles-ci sont suffisamment proche, le logiciel calcule la moyenne entre les deux et une entente peut alors se fixer par transaction extrajudiciaire à la hauteur de

---

[1925] *Ibid.*
[1926] K. BENYEKHLEF, G. CANIVET, « *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* », *op.cit*., p. 67 ; D. VOILLEMOT, « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* », *op.cit*.
[1927] D. VOILLEMOT, *Ibid*.
[1928] B. DEFFAINS, Y. GABUTHY, « *La résolution électronique des litiges favorise-t- elle le développement de nouvelles stratégies de négociation ?* », *op.cit,* p. 18.
[1929] D. VOILLEMOT, *op.cit.*
[1930] B. DEFFAINS, Y. GABUTHY, « *La résolution électronique des litiges favorise-t- elle le développement de nouvelles stratégies de négociation ?* », *op.cit*.
[1931] K. BENYEKHLEF, G. CANIVET, « *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* », *op.cit.,* p. 67.
[1932] D. VOILLEMOT, *op.cit*.

cette somme moyenne, dés lors que la *bidding limit* demeure respectée. Par contre, si les deux propositions sont trop éloignées, les parties passent au round suivant jusqu'à concurrence, en principe[1933], de trois tours[1934]. Les parties communiquent une nouvelle proposition sans jamais connaître la proposition de l'autre partie. Dominique VOILLEMOT indique à ce propos que « *l'avantage de ce processus résulte de ce que si les offres ne sont pas dans une marge de règlement, elles demeurent confidentielles, ce qui permet aux participants de continuer des négociations sans avoir compromis leur position. L'échec ne compromet pas des négociations futures* »[1935].

Parmi les sites Internet de négociation automatisée les plus connus celui de *Cybersettle*, un leader américain de la résolution en ligne des litiges[1936]. Le centre de négociation de *Cybersettle* est spécialisé dans le règlement des litiges liés au droit des assurances afin de faciliter notamment les négociations entre les compagnies d'assurance et les assurés[1937]. Depuis son lancement en 1998, *Cybersettle* revendique la résolution de 200 000 litiges[1938] et a réglé des différends pour plus de 1,2 milliard de dollars américains[1939]. *Cybersettle* est, en outre, entrée en alliance stratégique avec *l'American Arbitration Association* pour permettre à leurs clients respectifs d'utiliser les services de règlement des conflits des deux entités. Les clients peuvent utiliser en premier lieu la négociation automatisée de Cybersettle et en cas d'échec de celle-ci, ils seront invités à utiliser les services de conciliation, de médiation et d'arbitrage de *l'American Arbitration Association*[1940]. Monsieur Thierry Wickers, ancien Président du conseil national des barreaux en France prédit, à ce propos, que « *un site Internet, comme cybersettle.com parvient aujourd'hui à régler en ligne, sans intervention humaine, des conflits portant sur la*

[1933] Il est limité généralement à trois *rounds* mais certains sites ne prévoient pas de limites. V. pour cette question : Th. SCHULTZ, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une approche critique* », *op.cit.,* p. 184.
[1934] C. IAVARONE-TURCOTTE, « *Et s'il était possible d'obtenir justice en ligne ?* », Lex Electronica, vol. 17.2 (Automne/Fall 2012), p. 3, accessible en ligne *via* le lien : http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/17-2_iavarone-turcotte.pdf ; D. VOILLEMOT, *op.cit*.
[1935] D. VOILLEMOT, *op.cit*.
[1936] M. BENICHOU, (Rédaction Lextenso), « *L'accès à la justice, un droit menacé* », Gazette du Palais, 13/09/2014, n° 256, p. 9.
[1937] Y. GABUTHY, N. JACQUEMET, « *Une évaluation expérimentale des modes électroniques de résolution des litiges* »**,** Revue économique 2007/6 (Vol. 58).
[1938] M. BENICHOU, (Rédaction Lextenso), « *L'accès à la justice, un droit menacé* », *op.cit.*
[1939] P. CORTÉS, « *The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism* », *op.cit*.
[1940] P. CORTÉS, « *The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism* », *op.cit.*

fixation de dommages et intérêts. A la fin de cette décennie, n'importe quel ordinateur de bureau disposera de la capacité de calcul d'un cerveau humain. En 2050, cette puissance de calcul sera celle de l'humanité toute entière ! »[1941].

ADRoit3 est un autre système de négociation automatisée à travers lequel les parties sont invitées à répondre à une série de questions sur le montant et la faisabilité d'une entente et sur la base d'algorithmes et de formules mathématiques, le système en question fourni une recommandation sur le montant qui donnerait lieu à une entente. Les parties restent donc libres de l'accepter ou de la refuser[1942].

En effet, le principal avantage de la négociation automatisée est qu'il a le potentiel d'économiser le temps et l'argent pour les parties en conflit. Toutefois, le principal inconvénient réside dans son d'application très étroit[1943] ; la négociation automatisée ne traite que les conflits bilatéraux[1944] et monétaires[1945]. Ces restrictions limitent le recours à la négociation automatisée, ce qui n'est pas le cas pour la médiation en ligne.

II - Cliquer pour solliciter un tiers

La démarche amiable est un mode adapté de règlement des différends qui s'inscrit dans une visée plus globale tendant à envisager la situation conflictuelle au-delà de la question posée vers une résolution durable du différend, car dans le cadre du règlement judiciaire d'un conflit « *le reliquat du différend qui peut subsister lorsque la décision est rendue, risque de se trouver dans la phase d'exécution et générer un nouveau contentieux* »[1946].

[1941] E. BOCCARA, « *Entretien avec Thierry Wickers et Christophe Jamin* », Gazette du Palais, 10/05/2011, n° 130, p. 9.
[1942] A. THIBEAULT, A. GUILMAIN, « *Initiatives ODR : compilation, évaluation et classement* », Les travaux du Laboratoire de cyberjustice, 28 août 2013, en ligne via le lien : http://www.cyberjustice.ca/files/sites/102/WP007_ODR-_Evaluation_fr.pdf
[1943] Dominique VOILLEMOT, « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution* », Gaz. Pal., 28/06/2007, n° 179, p. 101.
[1944] D. VOILLEMOT, *op.cit*.
[1945] P. CORTÉS, « *The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism* », *op.cit.*; D. VOILLEMOT, *op.cit*.
[1946] M. FOULON, Y. STRICKLER, « *Modes alternatifs de resolution des litiges. – Conciliation. – Procédure participative. –Médiation »*, *in* Encyclopédie JurisClasseur : Procédure civile, LexisNexis, 12 Février 2014 (mise à jour : 30 Mai 2017), Fasc. 1000.

La médiation s'inscrit dans cette démarche amiable pas uniquement comme un moyen de désengorger les tribunaux mais comme une voie qui nécessite des acteurs responsables qui ne comptent pas sur les oracles du juge mais de l'intérêt bien pensé d'un dialogue constructif avec la partie adverse[1947]. Le premier pas vers un consensus sur le choix de la médiation suppose que les parties ont dépassé le sentiment de culpabilité et celui de récusation qui tend à faire peser l'entière responsabilité sur les autres. Certains auteurs le résument bien aux termes suivants : « *quand nous prenons nos responsabilités pour résoudre au mieux un conflit, nous apprenons à franchir la barrière de nos peurs. Nous osons […]* »[1948].

La médiation désigne « *un processus le plus souvent formel par lequel un tiers impartial, le médiateur, tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de leur permettre de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au litige qui les oppose* » [1949]. En droit français, la médiation apparaît avec des termes plus généraux et désigne « *tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence, diligence* »[1950]. Au niveau européen, la Directive n° 2008/52/CE sur la médiation définit à l'article 3 celle-ci comme étant « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre* ».

[1947] J. GAUTIER, « *Blocages culturels et pratiques : à la recherche de l'état d'esprit nécessaire à la médiation en droit privé après la loi Justice du XXIe siècle* », Extraits d'acte de colloque Université Lille 2, Lexbase Habdo n° 453, Ed. Publique, 23 mars 2017.

[1948] M. MARANDOLA et G. LEFEBVRE, « *L'intimité ou comment être vrai avec soi et l'autre* », Marabout, p. 261.

[1949] J.-P. BONAFE-SCHMITT, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits- approche sociologique* », *op.cit.,* p. 86. La médiation peut être définie également comme « *un mode de résolution des conflits consistant, pour la personne choisie, à proposer aux parties au litige une solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de la leur imposer, à la différence de la juridiction étatique et de l'arbitrage* », V. S. BERNHEIM-DESVAUX, « *Fasc. 1230 : Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation* », JurisClasseur Concurrence – Consommation, 8 Avril 2014 .

[1950] Art. 1530 du Code de procèdure civile tel que modifié par le Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

Le trait commun de ces différentes définitions tient à ce que le recours à la médiation dépend de la seule volonté des parties ; le rôle du médiateur consiste à les aider à parvenir à un accord pour la résolution de leur conflit. Ce mode de règlement des conflits s'est aussi développé avec les acteurs économiques, notamment les sociétés d'assurances qui l'ont utilisé pour régler les conflits qui les opposent à leurs clients[1951]. Il y a également certains processus de médiation qui ont été mis en place par des entreprises de transport comme à la RATP et la SNCF en France. Ce recours repose sur une logique visant à éviter les recours en justice des consommateurs en cas de litige et aussi de les fidéliser pour qu'ils ne partent pas chez leurs concurrents[1952].

Avec la croissance de l'utilisation de l'Internet pour réaliser des transactions de toutes natures, des conflits de toutes natures se sont aussi générés sur le réseau comme en dehors de celui-ci. Comme conséquence à cette croissance, la médiation s'est vue comme une nouvelle forme de résolution des conflits sur le réseau ; elle s'est développée en ligne avec des plateformes, à l'affût de ce phénomène, qui proposent des médiations *via* le réseau Internet et qui sont capables de lever des fonds importants[1953].

La médiation est un mode que les autorités de l'Union européenne cherchent à favoriser en la qualifiant d'une justice facile et d'accès facile pour les consommateurs, notamment en ligne[1954]. Une faveur qui s'est manifestée par l'adoption du règlement n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, modifié par le règlement n°2015/2421 du 16 décembre 2015 qui s'applique en matière civile et commerciale dans les litiges transfrontières lorsque la demande porte sur un montant ne dépassant 5000 euros. Ce règlement prévoit notamment une procédure simplifiée et un formulaire

---

[1951] J.-P. BONAFE-SCHMITT, « *Les modes alternatifs de règlement des conflits- approche sociologique* », *in* Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (*Interdisciplinary handbook of dispute resolution*), ss dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO et B. BRENNEUR, préf. G. CANIVET, CH. JAMIN, Ed. Larcier 2015, p. 99.
[1952] *Ibid.*
[1953] N. FRICERO, « *Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ?* », *in* C. Blery et L. Raschel (dir.), « *40 ans après… Une nouvelle ère pour la procèdure civile* », Dalloz 2016, p. 12.
[1954] H. CLARET, *« Synthèse - Institutions et litiges de consommation »,* JCl. Concurrence – Consommation, 20/12/2016.

de demande unique[1955], mais il n'a pas connu de grand succès[1956]. Les efforts sont poursuivis par l'adoption de la Directive 2008/52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale mais celle-ci ne fut pas à la hauteur des résultats escomptés[1957], ensuite par la Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, qui devait être transposé avant le 9 juillet 2015, et le Règlement n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation qui devait être transposé, quant à lui, dans les six mois suivant, soit le 9 janvier 2016. La Directive 2013/11/UE vise à permettre aux consommateurs de déposer des plaintes contre des professionnels auprès des entités appliquant des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges. Les Centres européens de consommateurs dont l'une des missions est d'assister ces derniers dans leurs contacts avec les professionnels en cas de conflits participe à la même vision. Ces Centres sont des témoins du développement du commerce électronique ; leur rapport fêtant dix ans de leurs services « *The European Consumer Centres Network 10 years serving Europe's consumers Anniversary Report 2005-2015* » indique que les plaintes concernant le commerce électronique transfrontalier ont dépassé les plaintes concernant d'autres formes de commerce transfrontalier et qu'en 2014, plus des deux tiers des plaintes concernaient des transactions de commerce électroniques[1958]. Le rapport souligne, également, que les Centres européens de consommateurs ont eu plus de 650 000 contacts directs

---

[1955] F. PICOD, « *Protection des consommateurs* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Europe Traité, Lexis360, 01/01/2017.

[1956] B. MALLET-BRICOUT, « *Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges* », RTD civ. 2015. 952.

[1957] Il a été remarqué que les Etats membres n'avaient pas mis en place des procédés de règlement extrajudiciares de manière équivalente et que dans ceux où les procèdures de médiation existaient, l'information ne parvenait pas toujours aux consommateurs et professionnels. En consèquence « une faible proportion des conflits de consommation était réglée par ces procédés ». S. BERNHEIM-DESVAUX, « *La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015* », Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2015, étude 11.

[1958] *The European Consumer Centres Network 10 years serving Europe's consumers Anniversary Report 2005-2015,* p. 10. Le rapport indique en ces termes que « *More than half of all consumers buy some form of goods and services on line. Thirty per cent buy clothing and sports goods on line. One in five buy tickets for events on line. Nearly one in six now buy online from another EU Member State. The number of consumers buying on line from another Member State has risen by half since 2011. These trends have shown up clearly in the pattern of complaints to ECCs. Complaints involving cross-border e-commerce overtook complaints about other forms of cross-border shopping (for example mail order or while on holiday) for the first time in 2007. That year, they accounted for 54% of the total. By 2014, more than two thirds of the complaints involved e-commerce transactions* ». Rapport en ligne : http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/ecc-net/docs/ecc_net_-_anniversary_report_2015_en.pdf

avec les consommateurs entre 2005 et 2014[1959]. Ceux-ci cherchent le plus souvent des renseignements sur leurs droits. La grande partie des conflits concernait la livraison et la non conformité par rapport à la commande[1960]. Ces conflits s'éteignent généralement par un accord amiable entre le consommateur et le professionnel par voie de négociation, qui constitue le premier des modes privilégiés de règlement des conflits et par la médiation en cas d'échec de celle-ci[1961].

Par ailleurs, les Centres européens de consommateurs travaillent en étroite collaboration avec les médiateurs existants, parmi lesquels le « *Médiateur en ligne du BadeWurtemberg* » qui a pour objectif de « *régler à l'amiable les litiges relatifs au commerce électronique entre les consommateurs et les professionnels du Bade-Wurtemberg* »[1962]. Crée depuis 2009 par le Centre Européen de la consommation[1963] et soutenu initialement par le Ministère de la consommation du *Bade-Wurtemberg*, le Centre bénéficie également depuis 2011 de la confiance de plusieurs Ministères tels que le Ministère de l'Environnement et des Consommateurs du Land de Hesse. Suite au succès du « *Médiateur en ligne allemand* », ses compétences sont élargies à de nouveaux Länder comme le Land de Berlin en décembre 2012 et la Rhénanie-Palatinat en mars 2013. Il bénéficie également d'un partenariat de la société allemande de labels de confiance Trusted Shops en 2012 et du BDD (Association allemande de la vente directe) en avril 2013[1964]. Depuis sa création, le système a reçu un taux de satisfaction de 66%,

---

[1959] *The European Consumer Centres Network 10 years serving Europe's consumers Anniversary Report 2005-2015,* p. 8.

[1960] R. V. GOLA, « *Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne : vers un mode approprié de résolution des conflits ?* », *op.cit.*

[1961] *Ibid.*

[1962] V. le site web du centre à l'adresse électronique : https://www.cec-zev.eu/fr/nous-connaitre/qui-sommes-nous/

[1963] V. la présentation du Centre européen de la consommation sur le site web du centre à l'adresse électronique :
https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/cec-zev/PDF/nous_connaitre/Presentation_ZEV_FR.pdf
Le Centre européen de la consommation qui se trouve Kehl en Allemagne est « *une association franco-allemande d'information et de conseils aux consommateurs située dans l'agglomération de Kehl / Strasbourg, créée en 1993 à l'occasion de la mise en place du Marché intérieur. Déclarée d'utilité publique, il bénéficie de subventions publiques de la France, de l'Allemagne et de l'Union européenne. Le Centre Européen de la Consommation a pour objet social de « garantir et promouvoir les droits des consommateurs en Europe* ».

[1964] Pour des informations complèmentaire sur le « Médiateur en ligne allemand », consulter le site web https://www.cec-zev.eu/fr/nous-connaitre/qui-sommes-nous/

avec une durée moyenne de traitement d'un mois et demi[1965]. Les solutions proposées par le médiateur en ligne sont souvent acceptées par les parties et plus de 130.000 visiteurs sont enregistrés sur le site web du Médiateur en ligne *www.online-schlichter.de* en 2012[1966].

Suite à une coopération étroite entre le Centre européen des consommateurs France et le Centre européen des consommateurs Allemagne et le médiateur en ligne allemand, ce système de médiation peut aussi servir les cyberconsommateurs français en litige avec un cyberprofessionnel situé dans le *Bade-Wurtemberg*, en Hesse, Bavière ou à Berlin[1967].

L'Union européenne a finalement tiré les conséquences des mouvements de ses Etats membres, suite à l'adoption du Règlement n° 524/2013 du 21 mai 2013 qui s'attache particulièrement à mettre en place une plateformes européenne de règlement en ligne des litiges par voie extrajudiciaire pour les contrats de vente et de services en ligne, par le lancement d'une plateforme de règlement en ligne des litiges de la consommation accessible depuis le 15 février 2016 *via* le lien *http://ec.europa.eu/consumers/odr*[1968]. La plateforme de règlement en ligne des litiges vise uniquement les contrats de vente et prestation de services conclus en ligne entre un cyberconsommateur résidant dans l'Union européenne et un cybermarçhant établi dans l'Union[1969]. Ils sont exclus donc les contrats entre professionnels et les contrats entre particuliers ainsi que les contrats entre consommateurs et professionnels conclus hors ligne[1970].

[1965] Selon les données du Centre européen de la consommation datant d'avril 2013. V. lien https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/cec-zev/PDF/presse/Dossiers_presse/presentation_mediateur_net.pdf

[1966] Selon les données du Centre européen de la consommation. V. lien https://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/cec-zev/PDF/presse/Dossiers_presse/presentation_mediateur_net.pdf

[1967] R. V. GOLA, « *Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne : vers un mode approprié de résolution des conflits ?* », *op.cit*.

[1968] Un Règlement d'exécution n° 2015/1051 de la Commission du 1er juillet 2015 est venu pour définir « *les modalités d'exercice des fonctions de la plate-forme de règlement en ligne des litiges, les modalités du formulaire de plainte électronique et les modalités de la coopération entre les points de contact prévues au titre du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation* », JO L 171 du 2.7.2015, p. 1–4.

[1969] Art. 2 du Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC).

[1970] Le Considèrant 15 du Règlement (UE) n° 524/2013 prècise que « *le présent règlement ne devrait pas s'appliquer aux litiges entre consommateurs et professionnels résultant de contrats de vente ou de service conclus hors ligne, ni aux litiges entre professionnels* ».

Le site présente une liste complète des organismes de règlement des litiges en ligne, agrées par les autorités nationales de leurs pays respectifs, dans tous les pays de l'Union européenne à l'exception de l'Espagne et de la Roumanie[1971] et environ cent dix sept organismes de règlement extrajudiciaires des litiges de dix sept Etats membres sont connectés à la plateforme de règlement en ligne des litiges[1972], « *c'est dire tout est fait, au niveau européen, pour que le recours à la médiation en matière de consommation soit simplifié* »[1973]. Cette simplification est fort recherchée par l'Union européenne qui considère que « *les consommateurs et les professionnels devraient pouvoir réaliser des transactions en ligne en toute confiance, c'est pourquoi il est essentiel de supprimer les obstacles existants et de stimuler la confiance des consommateurs. Un système fiable et efficace de règlement en ligne des litiges (RLL) pourrait apporter une contribution notable à la réalisation de cet objectif* »[1974]. L'introduction d'une réclamation sur la plateforme de RLL commence par le remplissage d'un formulaire de réclamation électronique, disponible sur le site de la plateforme. A ce formulaire, il est possible de joindre tout document électronique comme moyen de preuve. La plateforme communique en conséquence les informations sur l'organisme, ou les organismes de règlement électronique de litiges identifiés comme compétents. Le consommateur et le professionnel disposent d'un délai de trente jours pour se mettre d'accord sur l'organisme qui se chargera de régler leur différend. Le dossier se transmet, enfin, par voie électronique à l'organisme choisi, lequel dispose un délai maximum de quatre-vingt dix jours à compter du dépôt du dossier complet pour trancher le litige[1975].

[1971] La plateforme a mis en ligne la liste des entités de règlement extrajudiciare des litiges, V. https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.adr.printFullADRAsPdf

[1972] Communiqué de presse de la Commission européenne IP/16/297, « *Résolution des litiges en ligne: Nouvelle plateforme pour les consommateurs et les commerçants Bruxelles* », 15 février 2016. Accessible en ligne *via* le lien : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-297_fr.htm

[1973] L. CADIET, T. CLAY, « *Les modes alternatifs de règlement des c*onflits », *op.cit.*, p. 70.

[1974] Considèrant n° 6 du Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC).

[1975] S. PIEDELIEVRE, « *Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation* », Gaz. Pal., 21/09/2013, n° 264.

La France, et ses voisins européens comme la Belgique[1976], ont transposé par l'Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015[1977] la Directive n° 2013/11/UE du 21 mai 2013. Par cette transposition, désormais un nouvel article L. 612-1[1978] est inséré dans le Code de la consommation qui pose le principe du droit à la médiation par les termes suivants « *Tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel. A cet effet, le professionnel garantit au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation* ». Le numérique est pleinement intégré dans la réflexion et dans le processus de médiation de la consommation car la nouvelle législation française doit être comprise aussi bien en regard de la Directive n° 2013/11/UE que du Règlement n° 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation[1979]. En outre, le Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015[1980]impose au professionnel de communiquer au consommateur « *les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation dont il relève, en inscrivant ces informations de manière visible et lisible sur son site internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou, en l'absence de tels supports, par tout autre moyen approprié. Il y mentionne également l'adresse du site internet du ou de ces médiateurs* »[1981]. Les médiateurs, quant à eux, sont tenus de mettre en place un site Internet dédié à la médiation et fournissant un accès direct aux informations concernant la procédure de médiation[1982]. Ils sont tenus également de fournir sur leur site Internet un lien électronique vers la plateforme européenne de résolution

[1976] En Belgique, un nouveau livre XVI est inséré dès 2014 dans le Code de droit économique par la Loi du 4 avril 2014 portant insertion du Livre XVI, « Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation » dans le Code de droit économique et un nouvel arrêté est adopté le 16 février 2015 précisant les conditions auxquelles doit rèpondre l'entité qualifiée visée au Livre XVI du code de droit économique. La Belgique a créé également un site web http://www.mediationconsommateur.be/fr offrant un service de médiation en ligne pour le consommateur.
[1977] Ordonnance publiée au journal officiel du 21 août 2015, p. 14721.
[1978] Ancien article L. 152-1 du Code de la consommation.
[1979] B. MALLET-BRICOUT, « *Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges* », *op.cit*.
[1980] Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, JORF n° 0253 du 31 octobre 2015 p. 20408.
[1981] Art. R616-1 du Code de la consommation (ancien art. R156-1 C. consom.).
[1982] Art. L614-1 du Code de la consommation (ancien art. L154-1, al. 1).

en ligne des litiges[1983], « *la nouvelle médiation de la consommation n'est donc tout simplement pas envisageable hors le contexte des nouvelles technologies* »[1984]. Toutefois, un point important reste à relever concernant la restriction à l'utilisation du règlement amiable, posée par l'Ordonnance du 20 août 2015, aux litiges nationaux et transfrontaliers portant uniquement sur « *l'exécution* » du contrat de vente ou de prestation de services[1985]. Un point qui laisse la question ouverte sur les conflits relatifs à la formation ou à l'obligation précontractuelle d'information, alors que la Directive 2013/11/UE ne prévoit aucune restriction et ouvre la procédure de règlement amiable à tous litiges découlant du contrat[1986].

Il convient de souligner qu'en France le mouvement de plusieurs secteurs se tourne, avant même toute réglementation européenne dans ce domaine, vers la médiation proposée aux consommateurs insatisfaits afin de promouvoir la résolution des petits conflits en évitant la saisine du tribunal[1987]. Il en est ainsi dans plusieurs domaines comme le médiateur des communications électroniques, le médiateur du Groupe EDF, le médiateur de l'Education national et de l'Enseignement supérieur, le médiateur de GDF SUEZ, etc. Tous ces médiateurs et autres sont regroupés dans le club des médiateurs[1988]. Leur particularité c'est qu'ils imposent aux consommateurs avant leur saisine de passer par une tentative de

---

[1983] Art. L614-2 du Code de la consommation (ancien art. L154-1, alinéa 4). Pour des informations complèmentaires, V. G. RAYMOND, « *Entreprise et consommateur : Litiges de consommation* », JCI. Commercial, (Date de fraîcheur : 1 Juin 2017).

[1984] B. MALLET-BRICOUT, « *Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges* », *op.cit*.

[1985] Art. L 611-1 du Code de la consommation.

[1986] L'article 2 de la directive, qui traite son Champ d'application, souligne que « *la présente directive s'applique aux procédures de règlement extrajudiciaire des litiges nationaux et transfrontaliers concernant les obligations contractuelles découlant de contrats de vente ou de service conclus entre un professionnel établi dans l'Union et un consommateur résidant dans l'Union, qui font intervenir une entité de REL, laquelle propose ou impose une solution, ou réunit les parties en vue de faciliter la recherche d'une solution amiable* ».

[1987] Il convient de noter également que l'ancien Forum des droits sur l'Intenet et la Cour de Paris ont conclu un protocole d'accors en matière de règlement des litiges liés à l'Internet le 7 avril 2009. Un partenariat qui visait de favoriser l'information des particuliers sur le cadre juridique et de développer la médiation en ligne. Le recours à la médiation du Forum des droits sur l'Internet était possible avant toute action en justice ou au cours d'une instance. L'accord prévoyait la possibilité pour le juge de désigner le service du forum « Médiateur Du Net » si les parties seraient d'accord. Dossier de presse, « *Protocole d'accord entre le Forum des droits sur l'Internet et la cour d'appel de Paris pour développer la médiation en ligne »*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 16-17, 15 Avril 2009, act. 205. On sait, toutefois, que le 7 décembre 2010 le Forum des droits sur l'Internet est disparu faute de subventions publiques.
Pour une vision critique de ce partenariat, V. *J. HUET, T. TONNELLIER « L'Accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'État dans les litiges relatifs au numérique », Comm. Com. Elec. n° 1, Janvier 2010, étude 2.*

[1988] Le Club des Médiateurs du service public a été crée en 2002 et rassemble des Médiateurs des organisations de toutes natures (entreprises, administrations, collectivité).V. le site via le lien : https://clubdesmediateurs.fr/qui-sommes-nous/

règlement amiable interne qui doit vouer à l'échec pour la recevabilité d'une demande de médiation.

Cette obligation est bien mentionnée dans la charte du Club des Médiateurs précise que « *ces médiations, gratuites pour les demandeurs et d'un accès direct, dès que les recours internes ont été respectés, s'exercent conformément aux principes fixés par la présente Charte des Médiateurs de Services au Public* »[1989]. C'est dire que le consommateur est tenu de tenter un règlement amiable avec le professionnel avant de se diriger vers un tiers pour résoudre de manière médiate son conflit et sans, toutefois, justifier de la conclusion avec le professionnel d'un accord insatisfaisant[1990].

Cette exigence apparaît également dans la Directive n° 2013/11/UE mais avec des termes moins contraignants. Le quatrième alinéa de l'article 5 de celle-ci prévoit que « *les Etats membres peuvent, s'ils le souhaitent, autoriser les entités de REL à maintenir et introduire des règles de procédure qui leur permettent de refuser de traiter un litige donné, au motif que : a) le consommateur n'a pas tenté de contacter le professionnel concerné afin de discuter de sa plainte et de chercher, dans un premier temps, à résoudre le problème directement avec celui-ci* ».

La France a choisi, lors de la transposition de cette directive, de faire d'un tel préalable la règle dans tout règlement amiable. C'est ainsi que l'article L 612-2[1991] du Code de la consommation exige qu' « *un litige ne peut être examiné par le médiateur de la consommation lorsque : 1° Le consommateur ne justifie pas avoir tenté, au préalable, de résoudre son litige directement auprès du professionnel par une réclamation écrite selon les modalités prévues, le cas échéant, dans le contrat* ».

Il convient de souligner que le recours à la médiation elle-même semble susceptible de constituer par les Etats membres une obligation à la charge du consommateur avant la saisine du juge. L'article premier de la directive précitée précise que « *la présente directive est sans préjudice d'une législation nationale rendant obligatoire la participation à de telles procédures, pour autant qu'une telle*

[1989] https://clubdesmediateurs.fr/wp-content/uploads/2013/02/PDF-Charte-du-CMSP-26-05-2016.pdf
[1990] S. BERNHEIM-DESVAUX, « *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation* », in Encyclopédie JurisClasseur : Concurrence - Consommation, LexisNexis, 8 Avril 2014, Fasc. 1230.
[1991] Ancien art. 152-2 C. consom.

législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès à la justice ». Cette disposition a soulevé une question préjudicielle posée par une juridiction italienne qui demandait à la Cour de justice de l'Union Européenne de déterminer si la procédure de médiation mise en place par le droit italien, qui rendait cette procédure obligatoire et conditionne la recevabilité postérieure d'une demande en justice par sa mise en œuvre, était compatible avec cette directive. La Cour de justice a répondu, par un arrêt du 14 juin 2017[1992], favorablement à cette interrogation « *dans la mesure où une telle exigence n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système juridictionnel* ». C'est à dire qu'une réglementation nationale peut exiger aux consommateurs le recours à la médiation afin de trouver une solution au litige issu de la relation contractuelle[1993] sans toutefois que *« la réglementation d'un Etat qui élève le recours à la médiation comme condition de recevabilité d'une action judiciaire ne doit pas : - rendre contraignante la solution émise dans le cadre de cette procédure. Les parties doivent restées libres de l'accepter, la refuser ou de la suivre ; - entraîner de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel ; - suspendre la prescription des droits concernés ; - générer de frais, ou des frais peu importants, pour les parties* »[1994].

Le domaine de la médiation en ligne est laissé à la liberté d'entreprendre puisqu'il n'existe pas de monopole professionnel[1995]. En conséquence, différents acteurs proposent des services de règlement des conflits en ligne par le biais de la médiation. Il peut s'agir des sites intermédiaires de résolution des conflits en ligne, comme il peut s'agir des sites web de commerce électronique qui proposent eux-mêmes des moyens de résoudre des conflits. Ces services offerts *via* les plateformes consistent à proposer aux cyberconsommateurs des solutions à leur différends à bas coût et dans des délais courts. A cet égard, et en dehors de l'Union

---

[1992] CJUE, 14 juin 2017, *Menini et Maria Antonia Rampanelli c/ Banco Popolare Società Cooperativa*, Aff. C-75/16.

[1993] V. aussi F. MELIN, « *Litiges de consommation et médiation* », Dalloz actualité 4 juillet 2017. V. également Communique de presse de la CJUE n° 62/17 Luxembourg, le 14 juin 2017, intitulé « *Le droit de l'Union ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit, dans les litiges impliquant des consommateurs, qu'une médiation obligatoire soit menée avant tout recours juridictionnel* », accessible en ligne à l'adresse web : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-06/cp170062fr.pdf

[1994] Etude Cahier pratique rédigé par : Inforeg, « *Recours à la médiation par les consommateurs - . - Un droit ou une obligation ?* », Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2017, prat. 17.

[1995] N. FRICERO, « *Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ?* », *op.cit.*, p. 11.

européenne, il est bon de mentionner *Square Trade*, société américaine fondée en 1999, qui a noué un partenariat avec *eBay* pour aider les consommateurs à régler les différends survenant suite, notamment, à l'achat intervenus sur le site d'*eBay. Square Trade* offre deux services : la négociation directe et la médiation[1996]. Dans un premier temps, l'une des parties, acheteur ou vendeur, soumet une plainte à *Square Trade via* un formulaire électronique. A cette étape, la partie adverse est informée par courrier électronique. Une fois une réponse est donnée, Square trade facilite aux parties l'accès aux formulaires sur un site sécurisé pour tenter de résoudre leur différend à l'amiable. En cas d'échec de cette étape, les parties peuvent demander à *Square Tr*ade de leur mandater un médiateur, en contre partie de paiement d'un honoraire qui reste modeste[1997]. Lorsqu'un accord est conclu entre les parties, avec ou sans le concoure d'un médiateur, le différend est réglé et un document faisant état de résolution du conflit est notifié aux parties[1998]. Toutefois, depuis 2008, *Square Trade* ne propose plus de services de règlement en ligne des conflits pour les biens achetés sur *ebay*[1999].

La liste des sites web qui ont ouverts leurs portes à la médiation en ligne est longue. *Modria* par exemple propose une médiation en ligne et se vante d'être en mesure de régler n'importe quel litige et il permet de recourir à tous les modes alternatifs de règlement[2000]. Selon les travaux du Laboratoire de cyberjustice, le service de Modria de résolution en ligne des litiges n'est pas accessible directement aux utilisateurs et qu'il est plutôt intégré aux plateformes de résolution des litiges de ses partenaires[2001]. *Modria* fournit des services aux organismes publics tels que l'Agence de protection des consommateurs au Canada, *Tax essessor counties throughout* aux Etats-Unis, *Legal air boards* aux Pays-Bas, Royaume-Uni et au

---

[1996] K. BENYEKHLEF et F. GÉLINAS, « *L'expérience internationale des modalités de règlement des conflits liés au droit d'auteur dans l'environnement numérique* », Bulletin du droit d'auteur, Vol. XXXV, n° 4, octobre-décembre 2001, ÉD. UNESCO, p. 13. Accessible en ligne à l'adresse : http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125514f.pdf
[1997] *Ibid*.
[1998] *Ibid.*
[1999] A. THIBEAULT, A. GUILMAIN, « *Initiatives ODR : compilation, évaluation et classement* », *op.cit.*
[2000] Th. WICKERS, « *La grande transformation des avocats* », ESSAI oct. 2014, 1ère Ed. Dalloz, p. 167.
[2001] A. THIBEAULT, AGUILMAIN, « *Initiatives ODR : compilation, évaluation et classement* », *op.cit*.

Canada ainsi qu'aux entreprises privées qui opèrent principalement le cadre du commerce électronique[2002].

On peut citer également le *National Centre for Technologie and Dispute Resolution*[2003] qui est aussi un Centre tiers fournissant une multitude d'informations sur la résolution des litiges en ligne à l'échelle nationale et internationale et recense une variété de fournisseurs ODR aux Etats-Unis comme ailleurs[2004].

AnOliveBranche[2005] est un autre exemple intéressant d'une plateforme lancée en 2016 et conçu pour proposer un procédé de médiation en trois étapes facultatives utilisables en ligne ou hors ligne. C'est un service adressé aux particuliers, aux entreprises et aux professionnels de règlement des conflits, lesquels peuvent l'utiliser pour régler des différends civils, personnels et commerciaux[2006].

Toutes ces expériences et d'autres montrent que la liberté de création n'a pas de limites. La médiation en ligne continue à gagner sa place parmi les modes électronique de règlement des conflits notamment que les procédures y afférentes sont dans la plupart des cas gratuites pour le consommateur. Avec la Directive 2013/11/UE, le choix de la gratuité est laissé à la discrétion des Etats-membres, tout en exprimant une certaine préférence pour la gratuité du service[2007]. La France a, à cet égard, opté pour un système gratuit pour les consommateurs désirant

---

[2002] M. PHILIPPE, « *We walked on the moon but justice is not yet online ! Technology revolution and Online Dispute Resolution (ODR) - . - Nous avons marché sur la Lune mais la justice n'est pas encore en ligne! Révolution technologique et résolution de litiges en ligne* », Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 1, Mars 2017, dossier 8.

[2003] Site web : http://odr.info/

[2004] J.-J. BARBIERI, M. BLANQUET, S. POILLOT-PERUZZETTO, J. RAIBAUT, B. STEINMANN, « *Construction européenne : approche pratique: Application du droit européen, Droit international privé, Modes altérnatifs de règlement des conflits* », Ed. Lamy, Wolters Kluwer France, 28 jui. 2012, n° 385.

[2005] V. leur site http://www.anolivebranch.com/

[2006] M. PHILIPPE, « *We walked on the moon but justice is not yet online ! Technology revolution and Online Dispute Resolution (ODR) - . - Nous avons marché sur la Lune mais la justice n'est pas encore en ligne! Révolution technologique et résolution de litiges en ligne* », *op.cit*.

[2007] Le considérant n° 41 de la directive prècise que « *les procédures de REL devraient de préférence être gratuites pour le consommateur. Si des frais sont appliqués, la procédure de REL devrait être accessible, attrayante et peu onéreuse pour les consommateurs. Dans cette optique, le coût ne devrait pas dépasser une somme modique* ». L'article 8, c) de la directive ajoute que « *les États membres veillent à ce que les procédures de REL soient efficaces et satisfassent aux exigences suivantes : (...) c) la procédure de REL est gratuite ou disponible à un coût modique pour les consommateurs* ».

recourir à la médiation en ligne[2008], un choix qui est jugé pertinent « *afin de permettre de trouver une solution au conflit entre un professionnel et un consommateur, sans que l'incidence financière ne soit un frein* »[2009].

Cependant, la médiation en ligne donne lieu à un rapport triangulaire entre le médiateur et les deux parties afin d'aboutir à un accord. Ce rapport peut donner lieu dans certains cas à des échanges longues et peut rendre l'obtention d'un accord une mission délicate. Dans l'arbitrage, par contre, la décision finale dépend de l'arbitre qui tranche le litige en analysant l'affaire et en appliquant le droit, ce qui peut influencer la tendance et faire tomber les parties sous le charme d'un arbitrage opérant par voie électronique.

Sous-section II - L'arbitrage électronique : cliquer pour se soumettre à la décision d'un tiers

Qu'est ce qu'il nous réserve le futur en matière de règlement électronique des conflits ? La question est d'autant plus fascinante lorsqu'on se trouve en présence d'un mode de résolution des litiges très anciens que nous adaptons, à nos jours, aux techniques de communication électronique. L'arbitrage, un mode privilégié de règlement des litiges, considéré par le Livre vert comme « *un mode de résolution des litiges qui s'apparente plus aux procédures juridictionnelles qu'aux modes alternatifs dans la mesure où la sentence arbitrale vise à remplacer la décision de justice* »[2010] et qualifié par certaine doctrine de « *justice privé* »[2011], a dépassé le cadre classique qui lui est attribué en franchissant le pas vers une nouvelle forme adaptée au contexte numérique « *l'arbitrage en ligne* ». Le professeur Sanders souligne en ce sens que « *international commercial arbitration*

[2008] Art. L 612-1 du Code de la consommation dispose que « *Tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel* ».

[2009] S. BERNHEIM-DESVAUX, « *La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015* », *op.cit*.

[2010] Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM/2002/0196 final.

[2011] E. CAMOUS, « *Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité ?* », *op.cit ;* M. BOITTELLE-COUSSAU, « *Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?* », Gaz. Pal., 13/06/2015, n° 164, p. 9.

is as lively as international business. When new types of business contracts arise, arbitration has to follow the trend »[2012].

L'arbitrage est connu comme « *un mode conventionnel de règlement des litiges par des particuliers choisis directement ou indirectement par les parties et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant des effets analogues à ceux d'un jugement* »[2013]. Deux dimensions peuvent être tirées de cette définition ayant trait au caractère conventionnel et juridictionnel de l'arbitrage. Par sa dimension conventionnelle, l'arbitrage constitue « *une justice volontaire et privée* »[2014] qui repose sur un accord entre les parties, par lequel celles-ci donnent mission à l'arbitre de trancher leur litige. Cet accord peut prendre deux formes : « *une clause compromissoire, par laquelle les parties à un contrat décident, avant l'apparition de tout différend, de soumettre les litiges qui pourraient à l'avenir naître entre elles, à l'arbitrage ; ou un compromis, par lequel les parties décident de soumettre un litige déjà né à l'arbitrage* »[2015]. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international définie la convention d'arbitrage comme étant « *une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* »[2016].

Quant à sa dimension juridictionnelle, elle tient, d'une part, au contrôle de la procédure arbitrale par le juge d'exequatur qui opère « *un contrôle de régularité de la sentence au regard d'un certain nombre d'exigence posées par son droit pour que la sentence puisse être intégrée dans son ordre juridique et y produire des effets contraignants* »[2017], et, d'autre part, au contrôle des principes fondamentaux

---

[2012] Trad. « *l'arbitrage commercial international est aussi animé que les affaires internationales. Lorsque de nouveaux types de contrats commerciaux se produisent, l'arbitrage doit suivre la tendance* » ; P. SANDERS, « *Trends in the Field of International Commercial Arbitration* », *RCADI*, 1975, tome 145, p. 218.
[2013] J.-F. POUDRET, S. BESSON, « *Droit comparé de l'arbitrage international* », Bruylant, 2002, n° 3, p. 3 ; pour d'autres définitions, V. J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », *op.cit.,* p. 950.
[2014] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », *Ibid.*, p. 951.
[2015] *Ibid.*
[2016] Art. 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006.
[2017] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, *op.cit.*, p. 954.

de procédure qui doivent être respectés comme le principe de la contradiction, de l'égalité des parties, ou des droits de la défense[2018].

Ces deux dimensions sont confrontées à l'électronique. L'arbitrage en ligne se caractérise par l'élimination des rencontres physiques et par le remplacement des papiers par des documents électroniques. Cette particularité qui réside dans l'innovation d'une forme électronique pour assurer le déroulement de la procédure d'arbitrage dans un cadre purement dématérialisé, suscite certains débats[2019]. En effet, la transposition de la procédure d'arbitrage traditionnelle dans l'environnement numérique est un réel défi. Mais cette transposition ne doit pas constituer une simple utilisation des moyens technologiques de communication pour garantir un déroulement de la procédure arbitrale. Il ne doit pas échapper aux esprits que l'objectif recherché est d'obtenir une sentence arbitrale qui aspire à être exécutée et qu'elle ne peut se former en dehors des systèmes judiciaires nationaux ou pour le moins, le système judiciaire du juge d'*exequatur*, tout en assurant un respect total des principes fondamentaux de l'arbitrage. C'est pour cette raison qu'il est inéluctable que la sentence arbitrale, issue d'un arbitrage en ligne ou par voie électronique, soit en conformité avec les exigences imposées à l'arbitrage traditionnel ou hors ligne.

Mais, la qualité de la procédure arbitrage ne peut pas se passer du consentement, c'est à dire, de la volonté de se soumettre à l'arbitrage. L'existence même de l'arbitrage repose sur le consentement des parties. Ainsi, la clause compromissoire ou son pendant, le compromis d'arbitrage, constituent la forme exprimée de l'accord des parties. Ce principe de consentement qui préside à la recevabilité et à la validité de l'arbitrage, est bouleversé par l'immatérialité des échanges sur le réseau de l'Internet. Ce consentement à l'arbitrage particulièrement par le biais d'une clause compromissoire[2020] suscite des interrogations dans le cadre du contrat électronique international, lesquelles se rapportent à certaines techniques de consentement à la clause compromissoire et à l'inégalité entre les

[2018] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », *op.cit.*, p. 955.
[2019] V. O. CACHARD, préf. Ph. Fouchard, « *La régulation internationale du marché électronique* », *op.cit.*, n° 534, p. 329 ; V. également S. VALMACHINO, « *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international* », Gaz. Pal., 11/01/2000, n° 011, p. 6.
[2020] A notre avis le problème ne se pose pas pour les compomis d'arbitrage qui interviennent après la naissance du conflit et qu'ils peuvent revétir la forme et la signature électronique des parties selon les exigences légales de l'ordre judiciaire de l'Etat concerné ou du juge d'*exequatur*.

parties qui peut faire douter de la réalité de cet accord donné par la partie réputée faible. Comment s'assurer de la réalité et de la fiabilité d'un consentement donné par des uns et des autres, avant la naissance même du conflit, dans un environnement immatériel marqué par l'instantanéité des échanges électroniques ? Lorsque l'*instrumentum* change, les expressions de la volonté indispensables à la validité de l'arbitrage doivent être vérifiées pour garantir les objectifs connus depuis longtemps de l'arbitrage notamment celui d'un procès équitable.

L'arbitrage en ligne cumule donc les exigences de consentement et du respect des règles de procédure. Celles-ci viennent après la soumission volontaire des parties à l'arbitrage en ligne. Ce n'est qu'une fois que le consentement est régulier que l'on doit s'intéresser à la procédure arbitrale[2021]. Le professeur Rozas souligne à ce sujet que le contrôle du juge étatique de la sentence « *commence par le début même de la procédure : la convention arbitrale et sa mise en œuvre. Ensuite, on examine la régularité de la désignation du tribunal d'arbitrage et des notifications de la demande et de la reconvention, le cas échéant. Ensuite, l'intérêt se porte sur la conformité aux principes essentiels d'audition et de contradiction de la procédure d'arbitrage* »[2022].

Nous concentrons, à cet effet, notre étude sur la validité des clauses compromissoires dans le contrat électronique international (I) avant d'aborder la procédure arbitrale électronique eu regard aux expériences pratiques des plateformes de résolution des conflits par le biais de l'arbitrage en ligne (II).

I - Les clauses compromissoires dans les contrats électroniques internationaux

Le consentement des parties à soumettre leur litige à l'arbitrage en ligne constitue le fondement de la compétence de tout tribunal arbitral, « *si une procédure arbitrale ne peut se fonder sur un acte d'une autorité légitime, elle ne pourra reposer que sur le consentement des parties qui auront accepté de se soumettre à la justice de leurs pairs. Seule l'exigence du consentement assure*

[2021] V. l'article V de la convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Pour une recherche approfondie, V. également O. DIALLO, « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », Ed. Graduate Institut Publications, Genève 2010, Publication sur *OpenEdition Books* : 10 novembre 2015. En ligne : http://books.openedition.org/iheid/956

[2022] J. C. FERNANDEZ ROZAS, « *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international* », RCADI, T. 290, 2001, p. 200.

l'égalité des parties (équilibre horizontal ou interne) et leur évite la sujétion aux arbitres (équilibre vertical ou externe) »[2023]. Ce consentement peut s'avérer difficile à prouver dans le cadre d'une clause compromissoire insérée dans un contrat conclu par voie électronique (A) et il est susceptible d'être remis en cause dans une relation contractuelle déséquilibrée (B).

A - Le consentement à une clause compromissoire dans un contrat électronique international

La technique de formation de la clause compromissoire dans un contrat électronique suit le même sort des autres clauses composant les conditions générales et particulières de ce même contrat. Sans revenir sur les questions de consentement par voie électronique, développées plus haut, il est, toutefois, nécessaire de signaler l'impact que peut avoir la forme électronique d'une clause compromissoire intégrée dans un contrat électronique sur le consentement des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage. Certes, comme l'affirme, à juste titre, Monsieur Diallo « *l'arbitrage perdant […] son caractère de procédure exceptionnelle soumise à un consentement spécifique des parties, pour occuper, dans les relations envisagées, la position privilégiée de procédure de droit commun* », mais est ce que cela remet en cause le principe d'indépendance de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal[2024] et remet l'institution d'arbitrage dans son régime indépendant ? En effet, comme l'explique clairement certains auteurs, ce principe d'indépendance « *n'implique nullement que la convention d'arbitrage doive faire l'objet d'un consentement distinct de celui exprimé pour le*

[2023] O. DIALLO, « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », *op.cit*.

[2024] V. P. MAYER, « *Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire* », Rev. arb. 1998, p. 359 ; V. également J.-P. ANCEL, « *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire* », Travaux comité français de DIP 1991-92, Ed. PEDONE, Paris 1994, p. 75. La Cour de cassation française a consacré le principe en admettant qu' « *en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* ». Cass. Civ. 7 mai 1963, Rev.crit DIP, 1963. P. 615, note H. Motulsky. En outre, la Cour suprême des Etats-Unis a décidé que « *arbitration clauses, as a matter of federal law, are "separable" from the contracts in which they are embedded* ». Notre Trad. « *les clauses d'arbitrage, en droit fédéral, sont « séparables » des contrats dans lesquels elles sont intégrées* », Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967), accessible en ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/case.html ; Cette autonomie semble constituer un principe universel, V. par exemple l'art. 357 du Code de procèdure suisse qui dispose que « *la validité de la convention ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable* ».

contrat principal »[2025], car « *la principale conséquence du principe d'indépendance est que la clause d'arbitrage international ne peut être affectée par l'invalidité éventuelle ou avérée du contrat principal* »[2026].

A ce titre, se pose la question du consentement à une clause compromissoire dans un contrat électronique international intervenu par le biais d'acceptation des conditions générales figurant sur un site web ou accessible par une clique sur un lien hypertexte.

En effet, dans la pratique courante des sites de commerce électronique, la clause compromissoire est incluse dans les conditions générales de vente et est acceptée par une simple clique sur une icône. Il s'agit souvent d'une incorporation par référence des conditions générales contenant une clause compromissoire lors de l'achat en ligne. Cette méthode d'incorporation par référence des conditions générales et en conséquence de la convention d'arbitrage a acquis l'accord de la doctrine[2027]. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 adopte la même solution et affirme que « *l'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle est incorporée par référence dans un message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence* »[2028]. Au même titre, la Loi type de la CNUDCI du 21 juin 1985 sur l'arbitrage commercial international avec les amendements adoptés en 2006, s'inspirant de la Loi type précitée sur le commerce électronique et de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, a reconnu que « *la référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat* ». Mais est-ce que la forme écrite de la convention d'arbitrage international est requise ? Par référence à l'article 1507 du Code de procédure civile français, inclus au livre IV au sein du premier chapitre sur

---

[2025] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », 2ème Ed. 2006, LexisNexis, p. 1002.
[2026] *Ibid*.
[2027] B. OPPETIT, « *La clause arbitrale par référence* », Rev. arb., 1990. 551 ; C. REYMOND, « *La clause arbitrale par référence* », Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich, 1984. 85 ; J.-F. POUDRET, « *La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage* », Etudes FLATTET, 1985, p. 523 et s.
[2028] Art. 5 bis. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

la convention d'arbitrage international, celui-ci pose clairement le principe selon lequel « *la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme* ». De même, la Cour d'appel de Paris a rappelé que « *la convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme, mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté des parties* »[2029]. Aucune condition de forme n'est, donc, requise « *il suffit d'un accord de volonté des parties quel que soit son mode d'expression* » [2030]. La clause d'arbitrage est valable par principe en matière internationale. D'ailleurs, certains auteurs estiment que l'article 1507 précité est considéré lui seul une règle matérielle internationale[2031].

Mais, si l'écrit n'est pas une condition *ad validitem* pour l'arbitrage international selon le droit français, il convient d'admettre qu'il reste difficile d'apporter la preuve du consentement par d'autres moyens, notamment dans un contexte numérique, sans ignorer que l'*exequatur* de la sentence nécessite la production de la convention d'arbitrage. Les dispositions de la Loi type de la CNUDCI du 21 juin 1985 sur l'arbitrage commercial international comporte certaines exigences qui tiennent à la fois à l'écrit et à la forme électronique de la Convention d'arbitrage. Le deuxième paragraphe de l'article 7 dispose que « *la convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite* », et ajoute qu' « *une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement* ». Par ailleurs, le deuxième paragraphe de l'article II de la Convention de New York exige que la convention d'arbitrage soit sous une forme écrite. Que ce soit alors *ad probationem* ou *ad validitem*, « *il est donc désormais de plus en plus acquis qu'en matière d'arbitrage, interne ou international, la clause compromissoire pourra être consentie et élaborée par le biais d'un écrit électronique sans risque majeur d'hypothèque* »[2032].

[2029] CA Paris, 24 février 2005, 1ère chambre, section C, n° 60, Rev. arb. 2006, p. 210.

[2030] J.-B. RACINE, « *Arbitrage Commercial International.-Convention d'arbitrage. – Forme et preuve* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Droit international, Lexis360, 24 Avril 2017, Fasc. 750.

[2031] V. E. LOQUIN, *« La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage »,* RTD com. 2011, *p. 255, spéc. n° 21, p. 260 ;* J.-B. RACINE, « *Arbitrage Commercial International.-Convention d'arbitrage. – Forme et preuve* », *op.cit*.

[2032] E. A. CAPRIOLI, I. CHOUKRI, « *La clause compromissoire électronique : l'imperium renouvelé de la volonté des parties* », article consultable sur le site de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris (CAIP) *via* le lien suivant http://www.arbitrage.org/newsletter/newsletter-CAIP-2015-10-long.html

Outre la forme de la clause compromissoire, encore faut-il que le choix de l'arbitrage par les parties comme étant le seul mode de résolution de leur différend soit clairement exprimé d'où l'importance accrue de vérifier le sens des stipulations contractuelles. La Cour de cassation française[2033] a indiqué, à ce propos, que la clause par laquelle les parties s'engagent à se consulter pour soumettre leur différend à un arbitrage ou pour refuser l'arbitrage ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire. En d'autres termes, si une partie décide de recourir à la justice étatique sans préalablement consulter l'autre partie sur le choix ou non de l'arbitrage comme moyen de règlement de leur différend, cela ne constitue pas une raison d'irrecevabilité de la demande devant le tribunal. Ceci va plutôt dans le sens d'un refus implicite de recourir à l'arbitrage pour la partie qui a déclenché la procédure judiciaire, ce qui consolide, à notre avis, la nécessité de vérifier les stipulations contractuelles et la volonté expresse des parties de recourir à l'arbitrage par l'insertion d'une clause compromissoire dont les termes ne prêtent pas à une quelconque confusion.

C'est qu'une fois que ces stipulations désignent sans équivoque l'arbitrage, que son acceptation par les parties formera le consentement de donner à un tiers-arbitre le pouvoir de juger en lieu et place du juge étatique. La Cour de cassation française a consacré, à ce propos, comme règle matérielle du droit de l'arbitrage international le principe selon lequel « *seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* »[2034].

Mais cette volonté commune suppose que les deux parties ont eu suffisamment connaissance de l'existence et de la teneur de la clause compromissoire, car ce qui semble plus déterminant, lors de la conclusion du contrat électronique, c'est l'information que les parties avaient ou étaient en mesure d'avoir avant de cliquer sur le bouton acceptant l'ensemble des clauses contractuelles incluant la clause compromissoire dans le document de référence aux conditions générales ou dans les conditions particulières.

Cette nécessité de la connaissance par les parties de la clause compromissoire par référence au moment de la conclusion du contrat pour

[2033] Cass., 1ère civ., 6 février 2007, n° 05-17.573, Bull. Civ. 2007, I, n° 55, p. 50, JurisData n° 2007-037225.
[2034] Cass. 1ère civ., 19 mars 2002, n° 99-19.878, Bull. 2002 I N° 94 p. 73, JurisData n° 2002-013592.

admettre son efficacité est confirmée par la Cour de cassation française. Celle-ci a confirmé, avec des termes généraux en formulant une règle matérielle internationale qu' « *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* »[2035].

Par ailleurs, la Cour de cassation a cassé et annulé un arrêt de la Cour d'appel de Limoges qui a écarté la compétence d'une juridiction arbitrale roumaine en vertu d'une clause compromissoire [2036] et déclare qu' « *en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence* »[2037]. Par ailleurs, dans un intéressant arrêt du 11 février 2014, la Cour d'appel de Paris[2038], qui a été appelé à statuer sur une demande d'annulation d'une sentence arbitrale opposant deux sociétés italiennes, a rappelé qu' « *en vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, applicable à un arbitrage dont le siège est fixé en France, la clause compromissoire est juridiquement indépendante du contrat principal qui la contient ; que, dès lors, son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ; qu'il n'y a donc pas lieu, pour apprécier la validité de la stipulation litigieuse, de prendre en considération la loi italienne* ». Sur ces fondements, la Cour a conclu qu' « *au regard du contrat signé et adressé par (la défenderesse) et du courrier électronique envoyé par (la recourante)*[2039] *se référant explicitement au*

[2035] Cass., 1ère civ., 9 novembre 1993, n° 91-15.194, Bull. 1993, I, n° 313, p. 218.

[2036] Au motif, comme l'annonce la Cour de cassation, que la clause compromissoire est stipulée « *dans un contrat du 21 avril 1989 conclu entre la société française FMT Productions et la société roumaine Prodexport, à propos de la livraison de produits congelés commandés à la société française par deux télex des 10 janvier et 9 février 1990* » et que « *seul le premier télex "fait référence au contrat initial et encore de manière imprécise", puisqu'il fait mention "d'un dernier contrat en 1989, sans plus de précision* ».

[2037] Cass., 1ère civ., du 20 décembre 2000, n° 98-21.548 (Inédit).

[2038] CA, Paris, Pôle 1, chambre 1, 11 Février 2014, n° 12/19130, *société Pezzullo Molini Pastifici Mangimifici SPA c/ Société F.LLI Polisi SPA*.

[2039] La recourante, la société italienne Pezzullo, a soutenu en ces termes qu'« *en l'absence d'acceptation explicite ainsi que le prévoit le droit italien, la clause d'arbitrage est inexistante alors qu'il n'y a pas de contrat*

contrat et contenant ses coordonnées bancaires, la clause compromissoire par référence au règlement (Incograin) a été valablement convenue entre les parties ; Que ce moyen d'annulation ne peut qu'être écarté ».

Dans un autre arrêt de la Cour de cassation, le juge français a considéré la confirmation d'une commande comportant une référence aux conditions générales de vente qui stipulent une clause compromissoire comme une acceptation de cette référence, même en cas de silence[2040]. Comme le juge français, la *High Court* d'Angleterre et du Pays de Galles a rappelé dans un arrêt récent du 30 mars 2016 la validité d'une clause compromissoire par référence contenue dans les conditions générales[2041].

Le cumul de ces positions permet de conclure que la clause compromissoire est opposable dans la mesure où les parties ont eu connaissance de son existence. En accord avec M. Ghazouani il convient d'admettre que « *la référence à une convention d'arbitrage prévue dans des conditions générales accessibles par le biais d'un lien hypertexte est licite en matière de contrats internationaux. Cette solution est transposable à l'arbitrage électronique* »[2042]. Cette référence engage donc la partie qui a valablement accepté le contrat principal.

---

liant les parties, en l'état d'une offre à laquelle l'acheteur n'a pas répondu, le renvoi d'un mail assorti d'un relevé d'identité bancaire par un salarié non habilité à négocier ne pouvant valoir acceptation. Elle ajoute qu'en tout état de cause, l'offre qui lui a été adressée faisant référence au règlement Incograin N° 12 CIF Maritime, ne comporte pas de clause compromissoire, la licéité de la clause par référence n'étant pas reconnue en droit italien. Elle en conclut que le tribunal arbitral s'est à tort reconnu compétent ». Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 1, 11 Février 2014, n° 12/19130, *société Pezzullo Molini Pastifici Mangimifici SPA c/ Société F.LLI Polisi SPA*.

[2040] Pour la Cour « *Attendu que, pour refuser de donner effet à la clause d'arbitrage figurant aux conditions générales de vente, dont l'existence est mentionnée dans la confirmation de commande de la société Ekato Ruhr Und Mischtechnik Gmbh, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, qu'il n'est pas démontré que la société Ajinomoto ait eu connaissance de l'existence de la clause compromissoire au moment de la conclusion du contrat, la référence à cette clause, fondue dans des conditions générales séparées, rédigées en langue anglaise et en caractères à peine visible, n'apparaissant pas clairement au recto de la confirmation de commande ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressort de l'arrêt attaqué que la confirmation de commande de la société Ekato Ruhr Und Mischtechnik Gmbh comporte une référence aux conditions générales de vente qui stipulent une clause compromissoire portée à la connaissance de la société Ajinomoto qui a, fût-ce par son silence, accepté cette référence, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Cass., 1ère civ., 11 mai 2012, n° 10-25.620 (Inédit).

[2041] *Barrier Limited v Redhall Marine Limited*, 30 March 2016, [2016] EWHC 381 (QB). Accessible en ligne : https://actuarbitragealtana.files.wordpress.com/2016/10/barrier-ltd-v-redhall-marine-ltd-_-westlaw-uk.pdf

[2042] C. GHAZOUANI, « *Le Contrat de commerce électronique International* », *op.cit*., p. 400.

Cependant, le principe n'est pas absolu. Certaines considérations doivent être prises en compte. Aux Etats-Unis, une *District Court* de la Californie[2043]en accueillant favorablement l'opposabilité d'une clause compromissoire insérée dans les conditions générales dont l'acceptation s'effectue par une clique sur le bouton « *Yes, I agree* » à côté du lien hypertexte renvoyant à ces conditions générales, elle a, toutefois, jugé que cette clause compromissoire incluse dans le contrat de licence et de service en ligne opposant la société américaine *Uber* à deux de ses chauffeurs était déraisonnable et ainsi inapplicable[2044]. Parmi les raisons, on peut relever notamment l'insertion d'une clause permettant aux chauffeurs d'écarter le recours à l'arbitrage « *Opt-out clause* », laquelle est considérée par la *District Court*, en analysant deux versions du contrat électronique, peu visible et excessivement onéreuse à appliquer pour la version 2013 du contrat et n'attirant pas suffisamment l'attention de ses chauffeurs sur les conditions spécifiques de la clause d'*opt-out* dans la version 2014.

Ces considérations suscitent de se demander si les clauses compromissoires peuvent être abusives ? La Conférence de La Haye avait, depuis

---

[2043] *District Court Northern District of California, ABDUL KADIR MOHAMED v. UBER TECHNOLOGIES, INC./ RONALD GILLETTE v. UBER TECHNOLOGIES*, n°. C-14-5200 EMC No. C-14-5241 EMC, 9 juin 2015. Accessible en ligne : https://actuarbitragealtana.files.wordpress.com/2015/09/uber-arbitration-order.pdf

[2044] En ces termes la *District Court* a conclu que « *The 2013 Agreement's arbitration provision is unenforceable. The contract is clearly procedurally unconscionable because it contained no meaningful opt-out right and was presented to drivers on an adhesive basis. Moreover, the arbitration provision itself was highly inconspicuous.*
The provision is also substantively unconscionable. First, the provision is substantively unconscionable because it contains a PAGA waiver in violation of public policy. And because the 2013 Agreement expressly provides that the PAGA waiver "shall not be severable from this Arbitration Provision," the entire arbitration provision fails. 2013 Agreement at § 14.3 (v)(c). Alternatively, the Court determines that the 2013 Agreement's arbitration provision is permeated with substantively unconscionable terms, in addition to the invalid PAGA waiver. Namely, the provision contains substantively unconscionable clauses regarding arbitration fees and arbitration confidentiality, an unconscionable term exempting Uber's most favored claims from arbitration while forcing drivers to arbitrate those claims that they are most likely to bring, and at least a moderately unconscionable clause permitting Uber to unilaterally modify the terms of thearbitration agreement at any time. Even without the PAGA waiver, the Court would invalidate the arbitration provision in light of these four unconscionable clauses. The PAGA waiver bolsters the Court's conclusion that the 2013 Agreement's arbitration provision is unenforceable. Both procedural and substantive unconscionability are substantial. Uber's motion to compel Gillette's case to individual arbitration pursuant to the 2013 Agreement is DENIED ». Elle ajoute pour les accords de 2014 que « *the 2014 Agreement and 2014 Rasier Agreement contain arbitration provisions that are at least somewhat procedurally unconscionable under Gentry. And because the 2014 agreements contain non-severable PAGA waivers, the Court finds that the arbitration provisions in those contracts are unenforceable in their entirety. Hence, Uber's motion to compel Mohamed's claims to arbitration pursuant to the 2014 agreements is DENIED* ». District Court Northern District of California, ABDUL KADIR MOHAMED v. UBER TECHNOLOGIES, INC. / RONALD GILLETTE v. UBER TECHNOLOGIES, n°. C-14-5200 EMC No. C-14-5241 EMC, 9 juin 2015. Accessible en ligne : https://actuarbitragealtana.files.wordpress.com/2015/09/uber-arbitration-order.pdf

très longtemps, envisagé cette situation. La Convention du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for avait prévu à l'article 4 que « *l'accord d'élection de for n'est pas valable s'il a été obtenu par un abus de puissance économique ou autres moyens déloyaux* ». L'Union européenne s'était positionnée depuis la Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs et avait incluse dans la liste de clauses qui peuvent être déclarées abusives celles qui visent « *de supprimer ou d'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* », ce qui nécessite qu'une attention particulière soit accordée aux situations dans lesquelles l'une des parties, qui a consenti à la clause compromissoire, est un consommateur.

B - La clause compromissoire dans les contrats électroniques de consommation

La crainte que la relation contractuelle établie entre des parties d'inégale puissance mène toujours à la protection de la partie faible dans ce rapport, car « *la crainte est grande que la clause compromissoire ne dissimule un arbitrage imposé à une partie par son partenaire plus puissant. C'est la raison fréquemment donnée pour expliquer certaines réticences à admettre, dans ces domaines, l'efficacité de la clause compromissoire même lorsqu'elle engage également les parties. Des législateurs ont ainsi estimé qu'une telle clause n'était adaptée que dans les relations entre partenaires égaux* »[2045]. En droit interne, l'interdiction par la Loi de Québec sur la protection du consommateur d'imposer dans les contrats de consommation en général le recours à la clause compromissoire est un témoin de cette crainte. L'article 11. 1 de cette loi dispose que « *est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer une action collective, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par une telle action* ». Monsieur Gautrais indique à ce sujet que « *cette règle est fondamentale dans la mesure où ce type de clause*

[2045] O. DIALLO, « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », *op.cit.*

tendait, ces dernières années à proliférer, dans les contrats à distance en particulier »[2046].

On retrouve la même tendance chez le législateur français, qui n'admet pas qu'un consommateur puisse adhérer à une clause qui l'obligerait de saisir exclusivement un tribunal arbitral. L'article R 212-2[2047] du Code de la consommation est rédigé avec les mêmes termes que l'article précité de la Loi québécoise et dispose que « *dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives […] sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : […] 10° 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* ». La Cour de cassation française sous l'empire de l'ancien texte 2061 du Code civil, et après avoir soutenue la Cour d'appel dans son raisonnement sur le statut de non-professionnel pour une partie à la retraite, a confirmé que la clause compromissoire figurant dans des contrats conclus en raison d'une activité non professionnelle au sens de l'article 2061 du Code civil[2048] « *est nulle et de nul effet* »[2049].

Avec la loi dite « *justice du XXIe siècle* »[2050], l'article 2061 du Code civil connait désormais une nouvelle rédaction contenant un changement important. Cet article précise que « *la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations*

[2046] Monsieur Gautrais s'explique sur la question et ajoute que « *la clause arbitrale est à la mode et les raisons qui étaient généralement invoquées autrefois, telles que la confidentialité, la rapidité, la modicité des coûts, la commodité, ne sont plus vraiment de mise. L'arbitrage se développait dans les contrats de consommation car il s'agissait d'un moyen pour les marchands d'éviter les recours collectifs qui, pour le moment, du moins au Canada, sont l'apanage des cours étatiques. Or, l'incapacité pour le consommateur de recourir à une telle forme de justice est un problème indiscutable et nul doute que la clause compromissoire doit être analysée au regard de la menace qu'elle constitue en terme d'efficacité de la justice et d'accès au droit* », V. GAUTRAIS, « *Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur* », *op.cit*.

[2047] Article crée par Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 (ancien texte art. R 132-2).

[2048] A titre d'illustration, l'article 2061, avant les amendements de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1, dispose que « *sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». Etaient donc exclues les clauses compromissoires conclues dans les contrats de consommation.

[2049] Cass., civ., 1ère civ., 29 février 2012, n° 11-12.782, Bull. 2012, I, n° 40.

[2050] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». Avec cette nouvelle formule, outre l'apport du premier alinéa qui a fait du consentement la pierre angulaire de la clause compromissoire, on passe d'une invalidation totale des clauses compromissoires conclues en dehors du rapport entre professionnels à une simple inopposabilité à celui qui ne contracte pas à des fins professionnelles, « *le consommateur bénéficiera désormais d'une option de compétences, à l'inverse du professionnel qui, lui, devra subir la clause compromissoire, sans pouvoir la mettre en oeuvre si son adversaire s'y oppose* »[2051]. L'apport est significatif car la possibilité est offerte au non-professionnel, particulièrement à un consommateur ou encore un cyberconsommateur, d'accepter ou de refuser la clause compromissoire. Pour Monsieur Thomas Clay « *avec cette nouvelle rédaction, c'est un pan entier de l'activité contractuelle qui pourra être désormais soumis à l'arbitrage : tous les contrats civils classiques, et notamment les contrats d'assurance, de bail et plus généralement tous les contrats conclus entre particuliers peuvent désormais recevoir une clause compromissoire. On perçoit l'ampleur de cette évolution si la clause compromissoire se développe dans les relations entre particuliers sur internet […]* »[2052].

Cette liberté d'adhésion à la clause compromissoire est expressément posée par l'article 10 de la Directive du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation[2053]. Le même article insiste également sur la connaissance et l'acceptation par les parties de la nature contraignante de la sentence arbitrale[2054]. De même, la Cour de justice de l'Union européenne a eu

---

[2051] Th. CLAY, « *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* », *op.cit*. L'auteur se montre ambitieux à cette réforme et souligne que « *(...) avec cette réforme, la clause compromissoire n'est plus le privilège des commerçants, des professionnels, des riches, des forts, etc., elle est ouverte à tous* ».

[2052] Th. CLAY, « *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* », *op.cit*.

[2053] *Cet article 10 de la Directive 2013/11/UE dispose que* « *les États membres veillent à ce qu'un accord entre un consommateur et un professionnel prévoyant la soumission des plaintes à une entité de REL ne soit pas contraignant pour le consommateur si cet accord a été conclu avant la survenance du litige et s'il a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige* ».

[2054] Le deuxième alinéa de l'article 10 de la Directive 2013/11/UE prècise que « *les États membres veillent à ce que, dans les procédures de REL visant à régler les litiges en imposant une solution, la solution imposée ne puisse être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci ont été préalablement informées de sa nature contraignante et l'ont expressément acceptée. L'acceptation expresse du professionnel n'est pas requise si les règles nationales prévoient que les solutions sont contraignantes pour les professionnels* ».

l'occasion d'affirmer qu'une juridiction nationale est tenue d'apprécier d'office le caractère abusif de la clause compromissoire contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur[2055].

Certes, les dispositions de l'article 2061 du Code civil ne sont applicables qu'à l'arbitrage interne[2056], mais cela n'exclut pas le fait que cette nouvelle rédaction constitue une ouverture à l'international, car à travers des règles conformes au contexte international, les obstacles s'effacent en douceur pour laisser une place à une certaine harmonisation notamment dans le domaine de l'arbitrage électronique, ce qui contribue à son développement dans un environnement numérique qui se moquant des frontières étatiques.

En conclusion, la prudence est de mise, rien n'est acquis en matière contractuelle notamment lorsque la relation se forme par l'électronique dans un contexte international. La partie qui souhaite recourir à l'arbitrage, en insérant une clause compromissoire dans un contrat électronique international, doit veiller à ce que celle-ci soit valable, en se rappelant que c'est le déséquilibre entre les parties qui justifie l'inopposabilité de la clause compromissoire. Dés lors que les parties sont sur un pied d'égalité, « *la ratio legis s'effondre et la clause d'arbitrage est opposable à tous les signataires qui y ont consenti* »[2057]. Cette prudence doit aussi se manifester à l'égard des cyberprofessionnels qui intègrent les clauses compromissoires dans les conditions générales de leurs sites de commerce électronique. Un cyberconsommateur n'est jamais à l'abri d'une insertion de mauvaise fois d'une clause compromissoire lorsque le cyberprofessionnel tente, à travers celle-ci, de pousser ses clients à renoncer à un recours ou à les décourager à s'engager dans la procédure en raison des coûts associés à un arbitrage. La clause compromissoire risque, donc, dans un rapport contractuel déséquilibré conclu par voie électronique, d'être l'équivalent d'une renonciation à tout recours

[2055] CJCE, (1ère chambre) du 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodríguez Nogueira*, Aff. C- 40/08.

[2056] La jurisprudence française s'est prononcée de longue date sur la question. V. Cass. 1ère civ. 5 janv. 1999, n° 96-21.430, Bull. 1999, I, n° 2 p. 1 : « *en vertu de la règle de compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de se prononcer sur la validité de son investiture, et la clause compromissoire est valable, dans l'ordre international, indépendamment de toute commercialité au sens du droit interne français. Il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la clause compromissoire, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre internationa*l ». V. également sur l'independance de la clause compromissoire en droit international : Cass. 1ère civ. 21 mai 1997, 95-11.429 ; décison reprise par Cass. 1ère civ., 30 mars 2004, n° 02-12.259, Bull. 2004, I, n° 97, p. 78.

[2057] Thomas Clay, « *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges* », Recueil Dalloz 2016, p. 2589.

par les cyberconsommateurs. Pour ces raisons, il revient au juge, en cas de contestation de cette clause, de tenir compte de tous les indices qui pourraient écarter ou valider cette hypothèse.

Toutefois, la validité d'une clause compromissoire n'est qu'une première étape. L'arbitrage consiste en une procédure dont le déroulement se fait uniquement en ligne, ce qui nécessite de s'interroger sur sa conformité aux textes applicables en la matière.

II - La pratique de l'arbitrage en ligne au regard des règles de procédure arbitrale

L'arbitrage est un mode de règlement des litiges. Il se distingue de la médiation, de la négociation ou encore de la transaction. Cette distinction tient essentiellement au fait que c'est un tiers arbitre qui est investie d'une mission juridictionnelle ayant pour source la volonté des parties. L'arbitrage se situe donc dans « *une nature fondamentalement hybride : conventionnelle par son origine, juridictionnelle par ses effets* »[2058].

Il est aussi *« le mode habituel de règlement des litiges dans le commerce international* »[2059]. Ses avantages comme mode de résolution des conflits, tant au niveau national qu'international, sont connus. Ils sont liés à sa rapidité, sa confidentialité, sa flexibilité et son caractère lénifiant[2060]. La liberté qu'il donne aux parties de choisir librement leur juge, qui peut être un expert, apparaît mieux prometteuse à trouver des solutions adaptées. En outre, l'arbitrage reste « *une justice sur mesure, à l'organisation très flexible* »[2061]. Il permet aux parties et aux arbitres d'organiser l'instance arbitrale comme ils l'entendent. Par ailleurs, la sentence arbitrale, une fois rendue, a une valeur de décision de justice et s'impose

---

[2058] C. JARROSSON, J.-B. RACINE, « *Arbitrage Commercial. – Droit international », in* Encyclopédie JurisClasseur : Commercial, LexisNexis, 9 Mars 2012.
[2059] *Ibid*.
[2060] E. LOQUIN, « *Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients* », *in* Encyclopédie JurisClasseur Procédure civile, LexisNexis, 30 Janvier 2013 (dernière mise à jour : 11 Février 2015).
[2061] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », *op.cit.,* p. 969.

aux parties. En plus, il est plus facile d'obtenir l'*exequatur* d'une sentence arbitrale[2062] qu'une décision d'un tribunal étatique.

L'arbitrage convient particulièrement à certains types de litiges, particulièrement ceux qui opposent les professionnels ou les parties qui sont en relations suivie d'affaires et qui souhaitent préserver ces relations malgré la survenance d'un litige[2063]. Il est également le mode de résolution des litiges pour les affaires qui exigent une certaine confidentialité et pour les cas de litiges extrêmement complexes, avec des enjeux financiers importants et nécessitant des compétences et des attentions particulières, qui sont relativement fréquents dans les affaires internationales[2064].

En matière de contrat électronique international, les avantages seraient les mêmes[2065]. Trancher les litiges par le biais des réseaux électroniques offrirait des avantages indéniables à ce mode de communication qui a prouvé son efficacité dans le commerce électronique international. D'un côté, le déroulement de l'instance arbitrale se fera en ligne ce qui n'obligerait pas les parties à se déplacer pour assister physiquement aux instances tenues devant un tribunal arbitral, siégeant peut-être dans un endroit éloigné de l'une ou des deux parties. D'un autre côté, la procédure arbitrale serait plus rapide avec les échanges des pièces et preuves de façon instantanée, par voie électronique.

La question qui se pose, cependant, est de savoir si l'arbitrage est praticable en ligne (A).

Dans ce domaine, plusieurs fournisseurs de services de résolution des conflits en ligne offrent des services d'arbitrage en ligne pour un large éventail de litiges, ce qui imposera de se demander dans quelle mesure leurs procédures dématérialisées garantissent une justice équitable, trait caractéristique de l'arbitrage traditionnel, et si cet arbitrage peut être profitable aux différends à faible enjeu

---

[2062] Une sentence arbitrale est exécutoire dans cent cinquante-sept Etats contractants de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. V. nombre d'Etat contractant sur le site web de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. Dernière consultation (le 11 septembre 2017).

[2063] J. BEGUIN, M. MENJUCQ, Traités « *Droit du commerce international* », *op.cit*., p. 972.

[2064] *Ibid*.

[2065] S. VALMACHINO, « *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international* », Gaz. Pal., 11/01/2000, n° 011, p. 6.

financier impliquant des cyberconsommateurs (B). Avant tout, la résolution en ligne des conflits est née de la nécessité de régler les différends issus d'Internet.

A - La procédure arbitrale à l'épreuve de l'électronique

Le défi de l'arbitrage en ligne, c'est qu'il soit compatible avec les textes existants pour assurer son développement dans un environnement numérique. Mais il n'y a pas que le cadre légal dans cette perspective de développement, il y a aussi les questions de sécurité, de preuve et de confidentialité auxquelles les réponses à fournir sont d'ordre principalement technique.

L'arbitrage en ligne appuyé sur une procédure qui se déroule en ligne. Les parties en conflit communiquent avec l'arbitre et lui soumettent leurs arguments et preuves par voie électronique, soit par courrier électronique ou par vidéo-conférence. Ces échanges et communications électroniques peuvent créer certaines difficultés en cas d'utilisation de standards techniques incompatibles. De plus, une partie peut être mieux formée que l'autre sur l'utilisation de ces moyens électroniques et maîtrise mieux l'accès aux données électroniques.

D'autres obstacles d'ordre technique, mais qui peuvent affecter considérablement le déroulement de la procédure arbitrale, tiennent d'une part, à la sécurité et d'autre part, à la confidentialité des données dans le *cyberespace*, laquelle constitue l'une des qualités bien enracinées de l'arbitrage international. L'arbitrage qui se déroule en ligne, par échanges de messages électroniques, audio-confèrences ou par vidéo-conférences, n'est pas à l'abri d'une situation d'insécurité que les nouvelles technologies peuvent engendrer. L'intrusion de malfaiteurs s'adonnant à l'altération et à l'émission de virus capables de pénétrer des programmes informatiques et d'en détruire des fichiers est fort probable. Les documents et preuves échangés par voie électronique peuvent être attaqués, par tout moyen, sur le net. Le dernier virus informatique de type « *ransomware* »[2066] en 2017, qui chiffre le contenu d'un ordinateur pour le rendre inutilisable jusqu'au paiement d'une contrepartie financière et qui a paralysé le fonctionnement de

[2066] Plusieurs géants dans le monde ont été visés par ce virus dont le pétrolier Russe Rosneft, le géant du transport maritime Maersk ou encore le géant pharmaceutique américain Merck et le géant français des matériaux Saint-Gobain. Pour des informations supplémentaires, consulter la version électronique du site web du journal le monde à l'adresse : http://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/06/27/un-virus-informatique-paralyse-entreprises-et-administrations-dans-plusieurs-parties-du-monde_5151918_4408996.html

plusieurs entreprises et organismes publics et privés dans le monde entier, est un grand témoin du risque de sécurité sur le réseau Internet. Le recours aux systèmes de protection par des antivirus comme le système « *Netcase* » de l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale est un exemple de système dont la sécurité est très élevée. Les communications entre les serveurs de la Chambre de Commerce Internationale et le navigateur de l'utilisateur sont cryptés[2067]. De plus, les documents et les messages ne sont pas protégés comme des courriels mais dans un système sécurisé auquel l'accès est restreint. Toute information concernant une affaire est stockée sur un serveur de la Chambre de Commerce Internationale et l'accès à ce serveur n'est autorisé pas autorisé au Secrétariat et à la Cour. Seules les communications dédiées au *Netcase* et qui sont adressées au secrétariat de la Cour et à la cour sont accessibles par leurs destinataires[2068]. Malgré le succès de *Netcase* et la satisfaction de ses utilisateurs, la Chambre de Commerce Internationale a décidé de suspendre le service en attendant la mise en place d'une plateforme plus moderne. La décision est prise parce qu'un budget n'a été alloué pour les ajustements et les améliorations de la plateforme considérée comme dépassée depuis son lancement au début de l'année 2000[2069].

Il semble pertinent que le cadre juridique vienne à l'aide et renforce les exigences de sécurité technique et de confidentialité pour toute plateforme destinée à offrir une gestion de la procédure arbitrale par le biais des nouvelles technologies d'information et de la communication.

Outre ces considérations techniques, et le fait qu'il peut être opéré en ligne, l'arbitrage peut être affecté par le cadre juridique qui le régit. Des problèmes spécifiques relatifs à la procédure et à la sentence arbitrale risquent de surgir. Il faut s'assurer avant tout que les lois et le Règlement choisis par les parties permettent un tel mode d'arbitrage. Il convient d'examiner dans quelle mesure le cadre juridique choisi par les parties est compatible avec les particularités d'un arbitrage en ligne. Les parties sont libres de choisir le droit applicable à la procédure ainsi

---

[2067] M. PHILIPPE, « *We walked on the moon but justice is not yet online ! Technology revolution and Online Dispute Resolution (ODR) - . - Nous avons marché sur la Lune mais la justice n'est pas encore en ligne! Révolution technologique et résolution de litiges en ligne* », *op.cit.*

[2068] P.-A. GELINAS, « *Les activités arbitrales en ligne de l'ICC* », Droit et Patrimoine, nº 103, 1er avril 2002.

[2069] M. PHILIPPE, « *We walked on the moon but justice is not yet online ! Technology revolution and Online Dispute Resolution (ODR) - . - Nous avons marché sur la Lune mais la justice n'est pas encore en ligne! Révolution technologique et résolution de litiges en ligne* », *op.cit.*

qu'au fond du litige, ce qui laisse toutes les possibilités offertes à un choix d'un cadre juridique qui est compatible avec les spécificités de l'arbitrage en ligne et « *en présence d'un texte qui ne prévoit pas un tel type d'arbitrage, les parties devront définir entre elles, dans leur convention d'arbitrage, certaines modalités techniques. Elles pourront ainsi, par exemple, rédiger une convention sur la preuve pour éviter les contestations ultérieures* »[2070].

La convention de New York accorde une entière liberté aux parties pour décider du droit applicable à la procédure arbitrale. Ce choix du droit applicable est primordial dans la mesure où c'est ce cadre qui va déterminer la validité de la convention arbitrale, le régime de la preuve, la composition du tribunal arbitrale ainsi que l'ensemble de la procédure arbitrale. Dans ce cadre, la Convention de New York de 1958 précise à l'article V que la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées que dans le cas où « *[…] la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu* »[2071]. C'est, donc, dans l'intérêt des parties de se donner le temps de mettre en place un cadre spécifiquement applicable à la procédure arbitrale, faute de voir celle-ci sous l'emprise de « *la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu* ». Mais à défaut de définir les toutes les dispositions nécessaires au déroulement de la procédure arbitrale, il est donc nécessaire de déterminer par les parties le lieu de l'arbitrage. Une utilité accrue qui trouve son intérêt, d'une part, dans la difficulté inhérente aux spécificités de l'arbitrage en ligne, par essence dématérialisé, ce qui rend la tâche délicate à déterminer le lieu de l'arbitrage, et, d'autre part, parce que ce lieu qui détermine la loi applicable à la procédure arbitrale en l'absence de choix par les parties. Certains auteurs considèrent que la solution la moins artificielle est de laisser aux parties, dans le cadre de la liberté contractuelle, de déterminer un lieu quoique fictif de l'arbitrage[2072]. Cette solution est en harmonie avec l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage

---

[2070] S. VALMACHINO, « *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international* », *op.cit*.
[2071] Art . V, parag. c) de la Convention de New York de 1958.
[2072] A.-M. VON HASE, « *Litiges retatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux* », ss dir. G. CHATILLON, « *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, Ed. Bruylant, Bruxelles 2002, p. 609 ; S. VALMACHINO, « *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international* », Gaz. Pal., 11/01/2000, n° 011, p. 6.

commercial international qui dispose que « *les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties* ». Il convient de signaler que la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, et qui a, depuis le 1er septembre 2015, introduit dans son nouveau règlement une Annexe III sur les règles de procédures d'arbitrage dématérialisées, a évoqué au premier article de son Règlement d'Arbitrage le lieu de celui-ci. Il indique au cinquième paragraphe que « *les arbitrages ont lieu dans les locaux de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris, sauf dérogation expresse demandée au Tribunal Arbitral par une des parties* »[2073].

Ensuite, certaines prescriptions relatives aux sentences et à leurs exécutions suscitent certains problèmes. L'article 35, paragraphe 2 de la Loi type exige que « *la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original ou une copie* ». De même, il découle des dispositions de la Convention de New York que la partie demandant la reconnaissance et l'exécution de la sentence doit produire devant le tribunal la sentence originale dûment authentifiée ou une copie de celle-ci dûment authentifiée et la convention d'arbitrage originale ou une copie dûment authentifiée[2074]. Outre ces exigences, certains systèmes juridiques exigent que la sentence soit signée par les arbitres. En France, par exemple, l'article 1480 du Code de procédure civile précise que la sentence « *est signée par tous les arbitres* » et en Suisse l'article 384 du code de procédure civile indique que « *la sentence est signée ; la signature du président suffit* ». A l'instar de ces droits étatiques, l'article 31, paragraphe 1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international exige que la sentence soit « *rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres* ».

Certes, la sentence est soumise à l'exigence de l'écrit et de la signature, mais cela ne doit pas constituer un vrai obstacle de compatibilité de l'arbitrage en ligne avec les systèmes juridiques en vigueur. L'écrit électronique, assorti d'une signature électronique, est reconnu par plusieurs systèmes étatiques dans plusieurs

[2073] Art. 1, parag. 1.5 Règlement d'Arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris (en vigueur à compter du 1er septembre 2015). Accessible en ligne : http://www.arbitrage.org/admin/style/js/tinymce/uploaded/CAIP%20REGLEMENT%20ARBITRAGE%20A%20COMPTER%20DU%201ER%20SEPTEMBRE%202015_1.pdf

[2074] Art. IV, parag. 1 de la Convention de New York.

pays du monde. Ainsi, dans le cadre de l'arbitrage en ligne, l'écrit et la signature électronique peuvent être adoptés pour répondre à cette exigence. En outre, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique peut être d'un grand secours dans la mesure où elle dispose que « *lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre ; et b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée* »[2075]. Tout repose, donc, sur la technique et sa capacité à remplir ces exigences. Il est possible, en principe, de « *présenter au juge un contrat de transaction par voie électronique ou une sentence électronique, sans qu'il remette en cause leur validité. Encore faut-il déterminer selon quelles modalités il apposera la formule exécutoire recherchée par la partie qui entend se prévaloir de ce titre électronique* »[2076]. C'est là aussi une difficulté qui surgisse, la force exécutoire de la sentence arbitrage est conférée par le juge. En pratique, la formule exécutoire est donnée sous forme de tampon apposé sur le support papier et que l'intéressé pourra ensuite confier à l'huissier aux fins d'exécution de la sentence. L'article 1487 du Code de procédure civile français dispose que « *la requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité. L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent* ». Certes, cette formulation n'exclue pas le dépôt par voie électronique de la sentence arbitrale, mais faut-il encore que le système judiciaire soit doté des technologies et des outils permettant et autorisant cette démarche dématérialisée. Encore faut-il que la formule exécutoire puisse être apposée sur un titre authentifié électroniquement.

Toutefois, il convient d'admettre que ces procédures interviennent après le rendu de la sentence. L'arbitrage en ligne doit prévoir d'autres mécanismes

[2075] Art. 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.
[2076] O. CACHARD, « *Les Modes électroniques de règlement des litiges (MERL)* », *op.cit*.

interactifs avec les instances judiciaires pour passer à un processus dématérialisé au sein des tribunaux des Etats. Mais un réseau virtuel de la justice n'est pas ce que les tribunaux offrent aujourd'hui ; les procédures judiciaires reposent encore sur le concept traditionnel et ne permettent pas une procédure électronique devant les juridictions judiciaires. Il existe sans doute des tentatives de dématérialisation des procédures judiciaires, mais qui restent limitées dans quelques pays à certains secteurs et pour certains litiges comme le cas de la *Civil Résolution Tribunal de la Colombie-Britannique*. Pour la France, on peut retenir les termes ambitieux que l'actuel Président de la République, Monsieur Macron, exprime à propos de sa vision future du système judiciaire français qui se mobilise pour « *une justice simple et facile d'accès, une justice efficace et diligente qui utilise pleinement le numérique, une justice renforcée dans son autorité sur tout le territoire, une justice indépendante, incontestée et reconnue internationalement, une justice exercée et ouverte à une grande communauté de juristes bénéficiant d'une carrière diversifiée, c'est la justice de notre temps* »[2077].

Ce qui convient aussi de retenir, c'est que l'efficacité et le développement de l'arbitrage en ligne s'appuie sur le système juridique étatique, « *les MERL ne peuvent donc prétendre être les concurrents d'une justice étatique "dépassée" puisqu'ils ont parfois besoin de la coopération du juge et qu'ils doivent alors compter sur sa connexion au réseau* »[2078].

B - Les expériences d'arbitrage en ligne

Les moyens de communication peuvent apporter beaucoup de souplesse dans la gestion de la procédure arbitrale. Certains services d'arbitrage en ligne fleurissent sur le net et connaissent une notoriété du fait de leur efficacité dans la résolution des conflits. Ils permettent, ainsi, à la fois une accélération de la procédure et une réduction des coûts, jugés généralement excessifs dans le domaine de l'arbitrage traditionnel.

Parmi ces services, on peut citer le règlement en ligne des litiges issus des noms de domaine, lesquels échappent de plus en plus au juge étatique pour être

[2077] Libres propos par E. MACRON, « *Une justice pour notre temps* », Gaz. Pal., 14/03/2017, n° 11, p. 16.
[2078] O. CACHARD, « *Les Modes électroniques de règlement des litiges (MERL)* », *op.cit*.

soumis, par voie électronique, à certains organismes agrées par l'ICANN. Il s'agit d'un règlement des différends en ligne qui est né en 1999 et qui s'appuie sur « *les principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine* » aussi appelés principes UDRP (l'*Uniform Dispute Résolution Policy*)[2079] et sur des institutions qui visent à les faire appliquer. Ces principes encadrent principalement les domaines internationaux et génériques tels que « *.com* », « *.net* », « *.org* », « *.info* ».

C'est une procédure totalement dématérialisée permettant administrativement la résolution des conflits relatifs aux enregistrements abusifs des noms de domaine ou « *cybersquarting* » par un tiers de mauvaise fois au détriment d'un titulaire de marque[2080]. Les principes directeurs de règlement des litiges sont insérés dans les contrats conclus entre les demandeurs d'enregistrement d'un nom de domaine et le bureau d'enregistrement, et instituent un système de résolution de litiges qui ne tiennent compte ni du lieu d'enregistrement du nom de domaine ni de la nationalité du demandeur, ce qui confère à la procédure un caractère *supra* national. Ceux qui vont appliquer ces règles, ne se soucient pas des systèmes juridiques étatiques dont relèvent les parties, « *la contractualisation de ces principes est un gage d'efficacité et de pragmatisme* »[2081].

La responsabilité de la gestion de règlement des litiges est confiée à des prestataires d'administration de tels services agrées par l'ICANN[2082]. Le Centre d'Arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) est la première référence internationale dans la procédure de l'UDRP et sa légitimité réside dans sa gestion des droits de la propriété intellectuelle et dans son

---

[2079] Ces principes sont adoptés le 26 août 1999 par l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), sur recommandation de l'OMPI.

[2080] L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle a contribué avec l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), une association américaine de droit privé à but non lucratif, basée en Californie dont la composition est internationale, à l'établissement d'un système transfrontière de règlement des litiges relatifs aux noms de domaine.

[2081] É. TARDIEU-GUIGUES, « *Attribution et contentieux des noms de domaine* », *in* Encyclopédie JurisClasseur : Commercial, Lexis360, 2 Janvier 2017.

[2082] Ces fournisseurs de services accrédités par l'ICANN sont au nombre de cinq : l'institut international pour la prévention et la résolution des conflits ; Le *National Arbitration Forum* (pour nombre de litiges américains) ; l'Asian Domaine Name Dispute Resolution Centre ; la Cour d'arbitrage Tchèque auprès de la chambre économique de la République Tchèque et de la chambre agraire de la Rèpublique Tchèque pour les litiges en .eu et le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

émanation onusienne[2083]. Cependant, malgré l'emploi du terme arbitrage qui est associé à cette procédure entièrement développée en ligne, la méthode de l'ICANN ne relève pas à proprement parler de l'arbitrage[2084] et une décision issue de la procédure UDRP ne peut être assimilée à une sentence arbitrale pour plusieurs raisons. Si cette procédure de l'ICANN se déroule en ligne et permet d'obtenir une décision exécutoire dans un délai de deux mois[2085], celle décision revêt un caractère administratif[2086] et ne met pas nécessairement fin au litige parce qu'elle n'a d'autorité qu'à l'égard du bureau du registraire des noms de domaine[2087] et préserve le droit des parties aux recours judiciaires[2088]. En effet, d'une part, les experts chargés d'une affaire relevant de la procédure d'ICANN n'ordonnent que la radiation ou le transfert du nom de domaine litigieux, et n'ont aucun pouvoir d'allouer des dommages et intérêts à l'encontre de la partie perdante, et d'autre part, les principes directeurs de l'ICANN[2089] et ses règles d'application[2090] permettent de saisir le juge étatique avant, au cours ou après la clôture de la procédure.

La jurisprudence française a affirmé, à plusieurs reprises, sa position en ce qui concerne la qualification et la valeur juridique d'une décision relevant de la procédure UDRP. D'abord, la Cour d'appel de Paris[2091], saisie d'un recours en demande d'annulation contre une décision issue de l'UDRP, a expressément souligné qu'il ne saurait être question de qualifier une telle décision à une sentence arbitrale considérant que « *le mécanisme administratif proposé par l'Icann dans*

[2083] Y. EL SHAZLY, « *Dix ans de l'« UDRP » : un premier bilan* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, nº 63, 1er août 2010.
[2084] B. FAGES, « *Justice en ligne, justice de demain ?* », *op.cit*.
[2085] É. TARDIEU-GUIGUES, « *Attribution et contentieux des noms de domaine* », *op.cit*.
[2086] La décision rendue a un caractère administratif et ne constitue pas un acte juridictionnel. A preuve, l'article 5 des principes directeurs prévoit que « *tous autres litiges (...) qui ne relèvent pas de la procèdure administrative obligatoire prévue au §5 ...* ».
[2087] F. SARDAIN, « *Noms de domaine* », *op.cit.,* n° 38.
[2088] G. CHABOT, « *Irrecevabilité d'un recours judiciaire en annulation contre une décision ICANN non constitutive d'une sentence arbitrale* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 13 Octobre 2004, II 10156.
[2089] Aux termes de l'article 4, k) des Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine prévoit que « *la procédure administrative obligatoire visée au paragraphe 4 ne vous interdit pas, non plus qu'elle n'interdit au requérant, de porter le litige devant un tribunal compétent appelé à statuer indépendamment avant l'ouverture de cette procédure administrative obligatoire ou après sa clôture* ».
[2090] Art. 18, a) des Règles pour la procèdure uniforme de résolution des litiges en matière de noms de domaine.
[2091] CA, Paris, ch. 1 section C, 17 Juin 2004, *Le P. et Association Internationale des Concours de Beauté pour les pays Francophones c/ Société Miss France*, JurisData n° 2004-247553. V. également commentaire de G. CHABOT, « *Irrecevabilité d'un recours judiciaire en annulation contre une décision ICANN non constitutive d'une sentence arbitrale* », *op.cit*.

l'intérêt de la gestion du système des noms de domaine en vue de demander à des experts, tout en protégeant d'un recours les responsables du système d'adressage, de se prononcer, sous réserve de la vérification des tribunaux, sur certains aspects spécifiques du contentieux découlant pour le titulaire d'un droit de marque, de l'enregistrement ou de l'usage abusif d'un nom de domaine, ne constitue pas un arbitrage ».

La Cour d'appel de Lyon a également rappelé que « *la décision rendue par le Centre d'Arbitrage de l'OMPI est sans influence sur la recevabilité des demandes* »[2092], une position qui a été confirmé par la Cour de cassation en date du 9 mars 2010[2093] en soutenant que « *la cour d'appel n'avait pas à motiver autrement son énonciation, exacte, relative aux effets légaux d'une décision rendue par le Centre d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* ». De même, le Tribunal de grande instance de Paris a réaffirmé par une décision en date du 18 janvier 2013[2094] que la procédure UDRP est une procédure administrative *sui generis* et que la décision qui s'ensuit n'a pas « *autorité de la chose jugée* » à l'égard des parties. Il en résulte que la partie mécontente doit saisir ses juridictions nationales pour entamer une nouvelle procédure, « *le fait qu'une décision « UDRP » soit dépourvue d'influence, voire de l'autorité de la chose jugée, donne au juge national la possibilité de réexaminer l'affaire et de rétablir la situation entre les parties selon une procédure classique* »[2095].

Bien que la décision issue de la procédure UDRP ne peut être assimilée à une sentence arbitrale, elle présente l'avantage d'être peu couteuse et d'avoir le pouvoir de régler universellement, rapidement un domaine particulier de litiges, puisqu'elle se déroule principalement en ligne où les décisions et les sanctions qui en découle sont exécutées automatiquement et par voie électronique. De plus, elle connaît un succès fulgurant ; par exemple, la procédure UDRP menée par le Centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI a administré, en vertu des principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine,

[2092] CA de Lyon, Ch. civ. 3, 31 janv. 2008, n° 06/05922 (disponible sur legifrance.gouv.fr).
[2093] Cass., civ., ch. commer., 9 mars 2010, n° 08-16.752, Bull. 2010, IV, n° 46.
[2094] TGI de Paris, 3ème sect., ord. JME, 18 janv. 2013, n° 12/11964.
[2095] Y. EL SHAZLY, « *Dix ans de l' « UDRP » : un premier bilan* », *op.cit*.

plus de 38.000 procédures administratives, lesquelles ont impliqué des parties prévenant de 177 pays et portant sur quelques 54.000 noms de domaines[2096].

D'autres organismes opèrant dans le domaine de règlement des conflits, ont adopté l'arbitrage proprement dit comme moyen de résolution des conflits en l'associant à l'électronique. Parmi ces organismes, le Centre d'arbitrage dématérialisé *eJust*[2097], crée en automne 2015 et lancée le 1er janvier 2016[2098] et qui offre une procédure d'arbitrage totalement dématérialisée aux entreprises et aux particuliers[2099]. *eJust* propose sur son site Internet des modèles de clause compromissoire et s'est doté de son propre règlement d'arbitrage. La requête est créée en ligne, *via* le site, et l'affaire est instruite dans une salle d'audience virtuelle. De plus, la procédure a eu l'aval de l'Ordre de Paris et semble être reconnue au titre de la convention de New York de 1958[2100]. *eJust* dispose d'un comité d'éthique présidé par l'ancien garde des Sceaux, Monsieur Perben, et ayant comme membres des universitaires dont le rôle est d'examiner la conformité de l'activité d'*eJust* à sa charte d'éthique[2101] et de « *vérifier le procès, le choix des arbitres, le respect des règles qui garantissent l'équité des décisions, les conditions d'acceptation de l'arbitrage par le consommateur* »[2102].

Selon Madame Rosa Taban, Directrice juridique au sein du Centre d'arbitrage d'*eJust*, « *cela consiste en l'association de la technologie et du droit en permettant le déroulement de la procédure entière en un lieu virtuel avec l'intervention des parties et de l'arbitre […] et permet l'obtention d'une sentence mettant fin au litige* »[2103]. Toutefois, le choix des arbitres est préservé au Secrétariat d'*eJust* et non aux parties au litige. L'article 14 du Règlement d'arbitrage prévoit que « *pour chaque différend, le secrétariat nomme le ou les arbitre(s). Son choix*

[2096] É. TARDIEU-GUIGUES, « *Attribution et contentieux des noms de domaine* », *op.cit*.

[2097] V. Propos recueillis par M. HARDY-TOUCHARD, « *Le litige devient une étape dans la vie d'un contrat sans marquer sa fin. - 3 questions à Rosa Taban, directrice juridique au sein du Centre d'arbitrage eJust* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 20-21, 16 Mai 2016, 598.

[2098] Veille, « *EJust ou l'arbitrage digital »,* Revue pratique de la prospective et de l'innovation, n° 1, Octobre 2016, 8.

[2099] Veille, « *EJust ou l'arbitrage digital », Ibid.* ; V ; également le site web d'eJust : https://www.ejust.fr/

[2100] Veille, « *EJust ou l'arbitrage digital », Ibid.*

[2101] F. CREUX-THOMAS, « *Biographie : Dominique Perben, président du comité d'éthique d'eJust* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 29 Mai 2017, 599.

[2102] Selon les propos de Monsieur Perben, Président du Comité d'éthique d'eJust, V. F. CREUX-THOMAS, « *Biographie : Dominique Perben, président du comité d'éthique d'eJust* », *Ibid*.

[2103] Propos recueillis par M. HARDY-TOUCHARD, « *Le litige devient une étape dans la vie d'un contrat sans marquer sa fin. - 3 questions à Rosa Taban, directrice juridique au sein du Centre d'arbitrage eJust* », *op.cit.*

est guidé notamment par la Convention d'arbitrage, la nature du différend, le(s) domaine(s) du droit concerné(s) par le différend ainsi que la procédure-type choisie ». Ce choix par l'*eJust* des arbitres peut être problématique dans la mesure où il est susceptible d'infléchir l'autonomie des parties et la liberté de choix de leur arbitre. En s'expliquant sur ce processus de désignation des arbitres, Madame Rosa Taban indique que « *les arbitres, impartiaux et indépendants, sont sélectionnés selon plusieurs critères déterminants tels que le nombre d'années d'expérience, leur spécialité ainsi que le suivi d'une formation dispensée par le Centre. La nomination d'un arbitre repose sur son domaine de spécialité de façon à être en mesure de comprendre et trancher une problématique juridique efficacement* ». Il convient de constater que certaines institutions dans le monde ont déjà retiré aux parties la liberté de nommer seules les arbitres. Au Canada, par exemple, le PAVAC (Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada)[2104] permet une désignation aléatoire par l'Institution à partir d'une liste composée des arbitres provenant de milieux professionnels différents[2105]. C'est le cas également de l'arbitrage FINRA (*Financial Industry Regulatory Authority*) dans le secteur de la consommation des produits financiers aux Etats-Unis. Le processus de désignation de l'arbitre de FINRA s'appuie sur un système informatique dit « *The Neutral List Selection System* » qui génére aléatoirement des listes préétablies d'arbitres et les propose aux parties. Il n'efface pas complètement la volonté des parties mais affine la liste des arbitres qui dépend de chaque cas spécifique[2106].

La particularité d'*eJust* est qu'il utilise les technologies numériques pour accélérer la procédure arbitrale[2107], mais son coût, proportionnément à l'enjeu financier de l'action, peut restreindre son adoption notamment dans le cadre des contrats électroniques de consommation dont le trait caractéristique est la faible

---

[2104] V. Convention d'arbitrage CAVAC consultable sur le site web : http://www.camvap.ca/fr/darbitrage/convention-darbitrage/#2

[2105] Etude C. DUCLERCQ et C. JALLAMION et D. MAINGUY et W. BEN HAMIDA et A. NGWANZA et P. CHAVASSE et M. DE FONTMICHEL et M. HENRY et G. TATTEVIN, « *Arbitrage* », Colloque du 9 mai 2016, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2017, 1.

[2106] V. le site de FINRA et la politique de selection d'arbitres via le lien suivant : http://www.finra.org/arbitration-and-mediation/arbitrator-selection ; V. également C. DUCLERCQ et C. JALLAMION et D. MAINGUY et W. BEN HAMIDA et A. NGWANZA et P. CHAVASSE et M. DE FONTMICHEL et M. HENRY et G. TATTEVIN, « *Arbitrage* », *op.cit.*

[2107] La procèdure *eJust* conduit à résoudre les litiges en 30 jours. V. Veille A. FELDMAN, « *Protection du consommateur -3 QUESTIONS Les droits des consommateurs et des entreprises enfin effectifs* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 27-28, 7 Juillet 2016, 583.

valeur du montant litigieux. En effet, *eJust* propose des procédures-type en fonction de la valeur litigieuse dont la moins coûteuse est la procédure accélérée destinée aux litiges dont l'enjeu financier est inférieur à 10.000 euros et pour des différends où il n'y a aucune contestation réelle sur les obligations du demandeur en vertu du contrat et pour un prix de 350 euros Hors Taxes[2108]. Cela limitera le recours à l'arbitrage en ligne pour les petits litiges de consommation.

Ce qui est remarquable enfin, c'est que la plateforme d'arbitrage en ligne *eJust* envisage un développement à l'international à travers le renforcement de son Comité d'éthique en créant de comités éthiques régionaux ou nationaux[2109]. Cela montre les perspectives d'évolution de ce mode de résolution de conflit par voie électronique.

Une autre expérience qui mérite d'être évoquée, est celle de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris qui a intégré dans son nouveau règlement d'arbitrage, depuis le 1er septembre 2015, une Annexe III sur les règles de procédures dématérialisées. Selon le premier article de cette Annexe « *la procédure d'arbitrage dématérialisée complète le Règlement d'Arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris et les Annexes I et II dont les dispositions non contraires aux présentes règles demeurent applicables* ». L'ensemble des étapes de la procédure d'arbitrage, de la saisine jusqu'à la notification de la sentence arbitrale se fait de manière entièrement dématérialisée à travers des échanges par courriers électroniques permettant aux parties, aux arbitres et à la Chambre Arbitrale de communiquer, déposer des pièces, des observations, arguments, conclusions et de suivre l'avancement de la procédure jusqu'à la résolution du litige[2110]. Conformément à l'article 2 du Règlement d'arbitrage, le tribunal arbitral peut éliminer tous « *documents, conclusions et pièces qui n'ont pas été communiqués en version électronique* ». Par ailleurs, selon Madame Irina Guerif, Secrétaire Général de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris « *avec l'accord des parties, un dispositif d'audience par visio-conférence se généralise à la*

[2108] V. le Règlement d'*eJust* et la grille tarifaire du 21 février 2017 accessible en ligne sur le site d'eJust https://www.ejust.fr/service

[2109] Veille par S. SMATT PINELLI, « *Marché du droit - eJust lance un comité éthique* », Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 1, Mars 2017, 12.

[2110] I. GUERIF, « *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP)* », Cahiers de l'arbitrage - 01/11/2015, n° 3, p. 651.

Chambre arbitrale dans le cadre des arbitrages internationaux entre les parties et les témoins géographiquement éloignés et permet, sur la base des échanges oraux et de la vision de l'image des participants couplée à un dispositif de communications électroniques, d'atteindre l'efficacité économique optimale de l'arbitrage pour les utilisateurs de l'institution »[2111]. Mais comme pour *eJust*, le barème des frais d'arbitrage[2112] permet de conclure que les litiges de consommation issus d'un contrat électronique ne peuvent pas recourir à ce mode de règlement des conflits en ligne en raison du coût de la procédure.

En conclusion, si ces expériences d'arbitrage en ligne ne permettent pas à l'heure actuelle de résoudre des affaires de valeur litigieuse faible, elles permettent assurément de répondre à un besoin accru d'adapter les modes traditionnels de règlement des différends à l'environnement numérique et favorise du même coup la croissance du commerce électronique international en offrant des outils d'arbitrage conformes à la réglementation internationale en la matière et une sécurité juridique et technique fort recherché dans le *cyberespace*.

Conclusion de la Section II

Aujourd'hui, on peut trouver sur le réseau Internet des procédures de résolution de conflits adaptées au contexte numérique, spécialement mises en place pour trancher les litiges liés aux activités des internautes. Ces procédures englobent principalement la négociation automatisée, la médiation et l'arbitrage en ligne.

Le processus de négociation électronique se distingue par l'absence d'intervention humaine et par le recours aux outils technologiques pour parvenir à un accord définitif. Son principal avantage est qu'il a le potentiel d'économiser le temps et l'argent pour les parties en conflit. Toutefois, le principal inconvénient réside dans son application très étroite car elle ne traite que les conflits bilatéraux et monétaires.

[2111] I. GUERIF, « *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP)* », *Ibid.*

[2112] Les barèmes des frais d'arbitrage de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris sont consultables sur le site de la Chambre à l'adresse électronique http://www.arbitrage.org/fr/procedures

Concernant la médiation, celle-ci s'est développée en ligne avec des plateformes qui proposent des médiations *via* le réseau Internet, capables de lever des fonds importants. L'Union européenne accorde une importance remarquable au processus de la médiation en ligne, notamment dans la résolution des litiges issus de l'Internet entre professionnels et consommateurs. En France, le mouvement de plusieurs secteurs se tourne, avant même toute réglementation européenne dans ce domaine, vers la médiation proposée aux consommateurs insatisfaits afin de promouvoir la résolution des petits conflits en évitant la saisine du tribunal. La médiation en ligne a réussi de gagner sa place parmi les modes électroniques de règlement des conflits, notamment que les procédures y afférentes sont dans la plupart des cas gratuites pour le consommateur. Cependant, la procédure de la médiation peut s'avérer longue dans certains cas et peut rendre l'obtention d'un accord une mission délicate et ce, contrairement à l'arbitrage dont l'efficacité dépend de la décision de l'arbitre, ce qui permet un traitement généralement très court. Toutefois, la transposition de la procédure d'arbitrage traditionnelle dans l'environnement numérique est un réel défi.

D'une part, la qualité de la procédure arbitrale ne peut pas se passer du consentement. Celui-ci peut soulever quelques difficultés dans le cadre d'une clause compromissoire insérée dans un contrat conclu par voie électronique et il est susceptible d'être remis en cause dans une relation contractuelle déséquilibrée. Si aucune condition de forme n'est requise pour la validité de la clause compromissoire, ce qui est favorable au contexte numérique, la clause compromissoire n'est opposable que dans la mesure où les parties ont eu connaissance de son existence. Il faut également que les clauses compromissoires ne soient pas abusives, notamment dans les rapports avec les consommateurs.

D'autre part, l'arbitrage qui consiste en une procédure dont le déroulement se fait uniquement en ligne, peut être affecté par le cadre juridique qui le régit. Des problèmes spécifiques relatifs à la procédure et à la sentence arbitrale risquent de surgir. Certaines expériences de l'arbitrage ont prouvé leur adaptabilité au cadre légal existant mais elles se confrontent, pour lancer et obtenir l'*exequatur* des sentences arbitrales, aux procédures encore matérialisées au niveau des tribunaux.

Ces expériences, si elles permettent de répondre à un besoin accru d'adapter les modes traditionnels de règlement des différends à l'environnement numérique, ne permettent pas à l'heure actuelle de résoudre des affaires de valeur litigieuse faible.

Conclusion générale

Le retour à la réalité après les tentatives révolutionnaires de s'échapper à la réglementation étatique, s'impose.

Puisque Internet gouverne de plus en plus nos modes d'action, détermine nos choix et nos tendances, influence les économies, les pratiques des entreprises et change notre mode de contractualisation, il ne saurait être question de laisser cet outil formidable à la discrétion des forces du marché et de ses acteurs privés. Un tel constat permet d'évoquer la place de l'Etat et son rôle primordial dans la surveillance et le contrôle des activités de l'Internet. Pour ce faire, ses armes sont principalement son pouvoir législatif et règlementaire : le droit qui est révélateur des principes et des valeurs conçus par les Etats pour les voir régner et se faire respecter.

Etant donné que ces Etats sont les garants de l'application et du respect de la loi, ils ne pouvaient pas rester inattentifs aux évolutions technologiques qui imposent indéfiniment une évolution des techniques juridiques. La réglementation technique de l'Internet et toutes les opérations qui se déroulent à travers Internet ainsi que l'autorégulation sont promues. Toutefois, loin d'être un substitut à la loi, la réglementation technique du réseau et l'autorégulation de certaines activités doivent être plutôt un complément à la loi et sous le contrôle des autorités publiques.

Comme nous l'avons constaté, la loi est présente tout au long du processus de contractualisation par voie électronique. Le législateur a encadré la période précédant la conclusion du contrat électronique. Il ne s'agit pas uniquement d'une simple tendance à mettre en exergue l'obligation d'information au sein du corpus législatif, mais plutôt une conscience collective que dans un mode de conclusion du contrat électronique, l'information constitue un chemin certain vers un consentement libre et éclairé. Toutefois, ces obligations d'informations précontractuelles ne manquent pas de susciter quelques difficultés et le défi à relever reste toujours de trouver le juste équilibre entre garantir la communication des informations pertinentes avant la conclusion du contrat électronique et éviter que les exigences prescrites ne provoquent l'effet inverse indésirable.

Nous l'avons également vu, les situations juridiques nécessitant une adaptation au monde virtuel se multiplient et les législations ne s'accordent pas sur les mêmes principes ni adoptent la même logique. En dépassant les frontières d'un Etat, il apparaît le risque de confronter des notions juridiques différentes qui ne contribuent pas à assurer la confiance dans la contractualisation sur Internet à une dimension internationale.

Par ailleurs, la technique a une importance cruciale dans la définition des règles qui régissent certains aspects du contrat électronique. Une sorte d'interaction entre le droit et la technique se trouve notamment en matière de la signature électronique. Le législateur exige des conditions de fiabilité qui ne reposent *in fine* que sur des standards de fiabilité technique. Si un procédé de fiabilité de la signature électronique peut être remis en cause par la technique, les exigences légales doivent être revues et s'y adapter. La technologie est en constante évolution et le législateur est appelé à la suivre.

C'est aussi en matière de paiement en ligne que nous pouvons constater cette importance et cette interaction. Les problèmes de fiabilité techniques des moyens de paiement appellent à une adaptation de la réglementation pour assurer la sécurité juridique requise dans l'utilisation de toutes formes de paiement par voie électronique. Toutefois, il faut garder à l'esprit que les moyens de paiement en ligne ne répondent pas tous aux mêmes besoins et ne sont pas tous encadrés juridiquement. De plus, la transposition des systèmes traditionnels de paiement pour le contexte numérique n'est pas totalement efficace. La protection des données est plus qu'incertaine et leur interception par un tiers demeure possible. Des moyens de paiement adaptés au contexte numérique sont également développés. Ces moyens de paiement électronique reposent sur la technique. Cependant, ces moyens présentent certains risques notamment l'absence d'une protection juridique, ce qui nous contraint à conclure qu'il ne faut surtout pas se laisser tenter et accepter tout et n'importe quoi dans le *cyberespace*. La vigilance est donc de mise en cas de paiement *via* le réseau Internet et les efforts des Etats doivent de concentrer sur les problématiques des paiements en ligne et la sécurité juridique nécessaire à la protection des cybercontractants.

L'encadrement juridique du contrat électronique repose sur une garantie de la parfaite exécution et sur les règles protectrices des intérêts de la partie faible dans la transaction. Ces règles s'articulent sur la responsabilité du professionnel dans l'exécution du contrat conclu électroniquement. La responsabilité de plein droit de l'exécution des obligations résultant du contrat électronique constitue une avancée pour le législateur français et malgré les critiques apportées aux textes concernés, l'intention est louable.

En outre, le cadre légal, existant particulièrement en matière de commerce électronique, permettrait de répondre à une bonne partie des problèmes d'exécution, tel que le délai de livraison, le moment du transfert des risques, les garanties de conformité. Au niveau international, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 a eu pour particularité de créer et consacrer l'obligation de conformité à la charge du vendeur. Au niveau européen, la volonté d'harmonisation des règles, assurant aux cyberconsommateurs la livraison d'un bien conforme à ses attentes, a nécessité plusieurs interventions législatives, notamment en raison de la disparité des législations des Etats membres. Mais, même en présence d'un cadre légal, avec le développement constant des technologies d'informations et de communications, de nouvelles pratiques apparaissent régulièrement sur les sites Internet nécessitant une surveillance et intervention permanente du législateur.

Le mécanisme du droit de rétractation est l'un des éléments essentiels du régime des contrats conclus par voie électronique. Ce droit qui est présent dans plusieurs régimes juridiques des pays sous des appellations différentes, vise à optimiser la sûreté du consentement du cocontractant en lui accordant un temps pour revenir sur l'engagement souscrit avant d'en être définitivement tenu. Toutefois, les règles encadrant ce droit ne sont pas identiques, il est limité à certains contrats et il n'existe que si une disposition légale l'octroie dans le cadre contractuel concerné. Ces restrictions expliquent la tendance de ne prévoir un droit de rétractation que lorsque la protection de la partie faible est nécessaire. Elles s'expliquent par la nature des prestations, la difficulté de restitution ou encore par le nécessaire équilibre entre les droits des consommateurs et ceux des professionnels.

Dans la phase du contentieux du contrat électronique international, la loi applicable étant une affaire étatique, elle relève des règles de droit international privé de chaque Etat. Ces règles ne sont pas harmonisées et dépendent de chaque ordre étatique. Un cadre législatif varié existe, donc, se concentrant principalement sur les rattachements fixes et sur le principe de proximité. Cette réalité qui est propre au contrat international avant qu'il le soit pour le contrat électronique international, ne présente pas de difficultés majeures dans la mesure où les règles internes de rattachement sont compatibles avec le contexte numérique. Toutefois, cette compatibilité trouve ses limites dans le cadre des règles de rattachement juridictionnel, ce qui nécessite une adaptation au contrat électronique. Les modes électroniques de règlement des conflits peuvent être de grands secours, mais chacun d'eux présente des avantages et des inconvénients. Ils tracent des limites et sont destinés à régler des affaires de nature spécifique avec des enjeux financiers très élevés pour certains d'entre eux comme c'est le cas de l'arbitrage en ligne ou des litiges de faible valeur comme c'est le cas de la médiation en ligne.

Souvent, tout au long de cette étude, le droit préexistant a trouvé à s'appliquer. Mais, il fallait également l'adapter quand il était nécessaire.

A notre sens, ce qui est nécessaire c'est surtout d'offrir un cadre permettant un dialogue productif entre tous les acteurs intéressés pour confronter les points de vue, analyser les solutions et proposer des actions. Il est très opportun de penser aux rôles importants des acteurs intervenants sur le réseau numérique pour une régulation efficace des contrats électroniques. Soutenons, en ce sens, M. Philippe Amblard qui considère que les acteurs privés « *soucieux de bénéficier d'un contexte normatif favorable à leurs activités sur le réseau, assurent la sécurité juridique du réseau par une meilleure prévisibilité de la norme. D'une part, les règles de conduite présentent l'avantage de la simplicité des processus d'élaboration […]. D'autre part, pratiques et flexibles, elles s'adaptent aux contextes complexes de l'Internet car elles reposent sur l'activité d'acteurs maîtrisant réellement le réseau. Il s'agit d'acteurs techniques, académiques, associatifs ou marchands* »[2113].

[2113] Ph. AMBLARD, « *Régulation de l'internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif* », *op.cit.*

Le processus d'élaboration de la loi française pour la confiance dans l'économie numérique constitue une parfaite illustration d'un législateur composant avec la participation active des acteurs. Au cours de ce processus, le gouvernement a consulté des hébergeurs, des fournisseurs de contenus ou de services, des avis ont été demandés au forum des droits sur Internet, etc. Comme le souligne M. Philippe Amblard dans ce cadre « *l'Assemblée Nationale comme le Sénat ont répondu aux attentes des acteurs pour soustraire les services en ligne du régime de la communication audiovisuelle ou pour aménager la responsabilité des prestataires techniques. Autrement dit, tout a été mis en œuvre jusqu'aux dispositions définitives issues d'une commission mixte paritaire pour tenter d'établir un texte de compromis entre les différents intérêts divergents* »[2114]. Dans les faits, ce que nous pouvons constater, c'est que la loi, la jurisprudence, les règles de conduite, de déontologie, les usages, les coutumes et le contrat, s'interpénètrent : « *le juge met en œuvre la loi. Le contrat vise la loi et les usages et renvoie aux autres contrats. Le juge sanctionne la nétiquette qui est un usage. Et les codes déontologiques qui appellent au respect de la loi obligent leurs membres à adopter certains comportements qu'ils traduiront dans leurs contrats. Une instance de régulation met aussi en œuvre la loi tandis qu'une instance de « gouvernance » de l'internet met en place des usages qu'une structure onusienne fera respecter tout en laissant au juge son champ d'action* »[2115].

Certes, les acteurs privés ont un rôle très pertinent à jouer dans la régulation des activités numériques et des rapports contractuels qui se nouent sur la toile, mais cette régulation doit passer à travers la réglementation. L'idée de concentrer les efforts sur un corps de texte qui requiert l'unanimité de tous ces acteurs et acquiert la force exécutoire et l'autorité émanant de l'ordre étatique serait mieux que des efforts désordonnés qui n'aboutissent qu'à des règles éparpillées servant principalement les intérêts de leurs créateurs et augmentant leur domination sur les activités concernées. Un consensus est donc nécessaire dans une matière technique comme le contrat électronique international.

Mais est ce que ce consensus doit-il atteindre un niveau international, comme reflétant ainsi la réalité mondiale d'Internet ? En effet, tout en pensant aux

[2114] Ph. AMBLARD, « *étude 466 : Régulation des services en ligne* », *op.cit.*
[2115] M. VIVANT (ss resp.), « *1937- l'internet, espace de droit(s)* », Le Lamy droit du numérique 06/2017.

contractants par voie électronique, la conviction se renforce que ces derniers sont des citoyens attachés impérativement à un ordre juridique étatique et de ce fait, ce sont les valeurs locales et culturelles qui règnent. Toutefois, la recherche de consensus à l'échelle mondiale s'impose également. Un droit international efficace passe par un droit consensuel. Mais ce droit consensuel international est loin d'être atteint dans le *cyberespace*. D'une part, parce qu'il n'existe que peu de textes internationaux qui visent une réglementation propre aux contrats électroniques et même lorsqu'ils sont adoptés, et puisqu'ils n'ont pas un caractère impératif, les Etats ne se montrent pas très réceptifs d'adhérer à leurs règles, tel est le cas de la Convention des Nations-unies sur l'utilisation de communications dans les contrats internationaux. D'autre part, parce que les efforts d'harmonisation vont plutôt vers la régionalisation et l'Union européenne occupe le sommet de cette tendance. Mais cette réalité ne doit pas empêcher des réflexions sur la question. L'anticipation des règles internationales qui peuvent participer à une harmonisation des règles nationales dans un domaine si particulier, est souhaitable. La détermination, par exemple, de la juridiction objectivement compétente se heurte dans la plupart des cas à des règles qui reposent sur des critères de localisation géographique, alors que le contrat électronique peut naître et s'exécuter dans le *cyberespace*. Des solutions dans ce sens ne seraient que profitables à ce domaine et aux droits des Etats.

A vrai dire, une harmonisation à travers une adaptation des règles au contexte numérique peut provenir d'une organisation internationale comme il peut être le résultat d'un effort étatique influençant les droits du reste du monde. Mais l'efficacité et l'influence gagnent plus le terrain et visent plus loin possible lorsque la règle émane du haut vers le bas, c'est à dire, d'une convention internationale vers des accords d'harmonisation au niveau des Etats. Le contrat électronique international requiert des mesures de coopération, de coordination législative effectives au niveau local, tout en étant compatibles au niveau international. Comme l'observe Mme Barbara Louis-Sidney « *une régulation efficace du cyberespace devra tenir compte [d'une] nature duale, en conciliant sa globalité (sa nature extraterritoriale et ses modes de gouvernance particuliers, sa singularité et sa complexité en termes de représentation mentale et d'appréhension physique) et son caractère morcelé (impliquant des notions de juridictions, de propriétés*

privées). Cette complexité est un terreau fertile pour une démarche créatrice de droit, puisqu'il est à la fois impossible de transposer purement et simplement, et inutile de créer, de toutes pièces, un droit nouveau »[2116].

Aujourd'hui, nous sommes loin d'un schéma idéal d'encadrement du contrat électronique international mais ne nous sommes pas non plus dans un schéma de loi souple et fragile où quelques vagues de comportement prennent le dessus et règnent seules dans le *cyberespace*.

Est ce que la loi a un bel avenir dans ce *cyberespace* ? Nous avons tendance à dire oui.

[2116] B. LOUIS-SIDNEY, « *La dimension juridique du cyberespace* », Revue internationale et stratégique 2012/3 (n° 87), p. 73-82.

Bibliographie

I- Ouvrages généraux

- AUDIT B., « *Droit international privé* », 3ème éd., Economica, 2000.
- AUDIT B., D'AVOUT L., « *Droit international privé* », 7ème Ed. Economica 2013.
- BAUDOUIN J.-L., JOBIN P.-G., « *Les Obligations* », 5e éd., Éditions Yvon Blais, 1998.
- BEGUIN J., MENJUCQ M., Traités « *Droit du commerce international* », 2ème Ed. 2006, LexisNexis.
- BENABENT A., « *Les obligations* », 11ème éd., Montchrestien, 2007.
- BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., « *Droit civil, Les obligations* », 15ème éd., Sirey LMD, 2017.
- BUREAU D., MUIR WATT H., « *Droit international privé »*, T. I (Partie générale), 1ère Ed. Presses Universitaires de France, 1ère éd. 2007.
- BUREAU D., MUIR WATT H., « *Droit international privé/2* », T. II (partie spéciale), 1ère Ed., Presse Universitaire de France, 2007.
- CACHARD O., « *Droit du commerce international »*, 2ème Ed. LGDJ 2011.
- CACHARD O., « *Droit international privé »*, 2ème Ed. Larcier 2013.
- CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., « *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* », T.2, *obligations, contrats spéciaux, suretés*, 12ème éd., Dalloz, 2008.
- CLAVEL S., « *Droit international privé* », 4ème Ed. Dalloz, 2016.
- CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », PUF quadrige, 9ème éd., 2011.
- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., GORE M., « *Les grands systèmes de droit contemporains* », 12ème Ed., Dalloz, 2016.
- DELACOLLETTE J., « *Les contrats de commerce internationaux* », 3ème Ed., De Boeck & Larcier, 1996.
- DUPUY P.-M., KERBRAT Y., « *Droit international public* », Précis, 13ème éd., Dalloz, 2016.
- FABRE-MAGNAN M., « *Les obligations* », PUF, 2004.
- FRAGISTAS C.N., « *La compétence internationale exclusive en droit privé* », *Studi in onore di Antonio Segni*, t. II, Ed. A. Giuffrè, Milan,1967.
- GHESTIN J., dir., « *Traité de droit civil : La formation du contrat »*, 3ème Ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- GHESTIN J., Traité de droit civil, « *Les obligations, le contrat : formation* », 2ème Ed., Paris, L.G.D.J., 1988.
- GHESTIN J., Traité de droit civil, « *Les obligations, La formation du contrat* », T. II, LGDJ, 3e éd., 1993.
- GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., « *Traité de droit civil : la formation du contrat, T. 1 : Le contrat - Le consentement* », 4ème éd., LGDJ, 2013.

- GHESTIN J., TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., « *Droit civil : Les obligations* », Paris, éd. Dalloz, Coll. Précis Dalloz- Droit privé, 8ème éd. 2002.
- GUINCHARD S. (ss dir.), DEBARD T., « *Lexique des termes juridiques* », 18ème Ed. Dalloz, 2011.
- GUINCHARD S., DEBARD Th., « *Lexique des termes juridiques* », 24ème éd., Dalloz 2016-2017.
- JACQUET J.-M., DELEBECQUE P., CORNELOUP S., « *Droit du commerce international* », 3ème ed., DALLOZ 2014.
- LARROUMET C. (ss dir.), S. BROS, Traité de Droit civil « *Les obligations : Le contrat* », 7ème Ed. ECONOMICA, 2014.
- LAURENT F., « *Le droit civil international* », t. VIII, Bruxelle et Paris 1880, 1882.
- LHUILIER G., « *Le droit transnational* », Paris, Dalloz, 2016.
- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES P., « *Droit international prive* », 10ème éd., Dalloz, 2013.
- MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., « *Les obligations* », 3ème éd., Defrénois, 2007.
- MALAURIE Ph., STOFFEL-MUNCK Ph., AYNES L., « *Les obligations* », 5ème Ed., Defrénois, 2011.
- MALINVAUD P., FENOUILLET D., *« Droit des obligations* », 12ème Ed., LexisNexis 2012.
- MOUGENOT D., « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., LARCIER 2002.
- MARTY G., RAYNAUD P., « *Droit civil, introduction générale* », t. I, 2ème Ed., Sirey, 1972.
- MAYER P., HEUZE V., « *Droit international privé »*, 10ème Ed. Montchrestien, Lextenso, 2010.
- MONEGER F., « *Droit international privé* », 3ème éd., Paris, LexisNexis, Litec 2005.
- MOUGENOT D., « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., Larcier, 2002.
- POUMAREDE M., « *Droit des obligations* », LGDJ, Extenso, 2014.
- ROLAND H., BOYER L., « *Adages du droit français* », 3ème éd., Litec,1992.
- TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., « *Droit civil : les obligations* », 10ème Ed., Dalloz, 2009.
- VIGNAL Th., « *Droit international privé »*, 3ème Ed., Dalloz, 2014.

II- Ouvrages spéciaux

- AMBLARD Ph., « *Régulation de l'internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif »*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- AMBLARD Ph., « *466 : Régulation des services en ligne* », Le Lamy droit des médias et de la communication, nov. 2004.

- ANCEL B., LEQUETTE Y., « *Les grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé* », 5ème Ed., Dalloz, 2006.
- ANCEL J.-P., « *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire* », Travaux comité français de DIP 1991-92, Ed. PEDONE, Paris 1994.
- AUDIGIER G., « *Marketing et action commerciale* », Gualino, 2010.
- AUDIT M., BOLLÉE S., CALLÉ P., « *Droit du commerce international et des investissements étrangers »*, 2ème Ed., LGDJ, 2016.
- AUTRET Th., BELLEFIN DE SOLUCOM L., OBLE-LAFFAIRE M.-L., « *Sécuriser ses échanges avec une PKI : Solutions techniques et aspects juridiques* », éd. Eyrolles, 2002.
- AYEWOUADAN A., « *Les droits du contrat à travers l'internet* », Primento, 4 févr. 2013.
- AYNES A., VUITTON X., « *Droit de la preuve : principes et mise en œuvre processuelle* », LexisNexis, 2013.
- BARBIERI J.-J., BLANQUET M., POILLOT-PERUZZETTO S., RAIBAUT J., STEINMANN B., « *Construction européenne : approche pratique: Application du droit européen, Droit international privé, Modes altérnatifs de règlement des conflits* », Ed. Lamy, Wolters Kluwer France, 28 jui. 2012.
- BENYEKHLEF K., CANIVET G., « *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* », Ed. Romillat, 2003.
- BEGUIN J., MENJUCQ M., Traités « *Droit du commerce international* », 2ème Ed., LexisNexis, 2006.
- BEGUIN J., MENJUCQ M. (Dir.), « *Droit du commerce international* », Coll. « Traités », 2ème Ed., Paris-Lexis Nexis, 2011.
- BERGER R., COMTESSE X., « *Vers les temps réels* », Editions du Tricorne, 2006.
- BOCHURBERG L. , « *Internet et commerce électronique* », Delmas, 1999.
- BONAFE-SCHMITT J.-P., « *La médiation ; une justice douce »*, Syros-Alternatives 1992.
- BONHOMME R., « *Instrument de crédit et de paiement : introduction au droit bancaire* », 11ème Ed., LGDJ-Lextenso, 2015.
- BONNEAU Th., « *Droit bancaire* », 11ème édition, LGDJ-Lextenson, 2015.
- BREESE P., « *Guide juridique de l'internet et du commerce électronique* », Vuibert, 2000.
- BRIERE C., « *Les conflits de conventions internationales en droit privé* », Préf. P. Courbe, LGDJ, 2001.
- CACHARD O., préf. FOUCHARD Ph., « *La régulation internationale du marché électronique »*, LGDJ, 2002.
- CADIET L., CLAY T., « *Les modes alternatifs de règlement des conflits* », 1ère Ed., Dalloz, 2016.
- CANTERO, A., CAPRIOLI, E. A., LE CERF, X., « *468 : Commerce électronique* », Le Lamy droit des médias et de la communication.

- CAPRIOLI E. A., « *Droit international de l'économie numérique : les problèmes juridiques liés à l'internationalisation de l'économie numérique* », Préf. Renaud Sorieul, 2ème Ed., LexisNexis 2007.
- CAPRIOLI É. A., préf. HUET J., « *Signature électronique et dématérialisation* », LexisNexis 2014.
- CARBONNIER J., « *Scolie sur le non-droit* », *in* Flexible droit, L.G.D.J., 2001.
- CASTEL J.-G. et WALKER J., « *Canadian conflicts of Laws* », 5ème éd., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2005.
- CHENEDE F., « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-Innovations-Perspectives* », 1ère éd., Dalloz, 2016.
- COIPEL-CORDONNIER N., préf. M. FALLON, « *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé* », L.G.D.J, 1999.
- CORBION L., « *Le déni de justice en droit international privé* », Ed. Presses universitaires d'Aix-Marseille 2004, publication sur OpenEdition Books : 15 avril 2015.
- D'AUZON O., « *Les droits des internautes à l'ère de l'économie numérique* », Ed. du Puits Fleuri, 2009.
- DE KERCHOVE M.V, OST F., « *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit* », Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- DELACOLLETTE J., « *Les contrats de commerce internationaux* », 3ème Ed. De Boeck & Larcier, 1996.
- DELMAS-MARTY M., « *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel* », Ed. Seuil, 2004.
- DIALLO O., « *Le consentement des parties à l'arbitrage international* », Ed. Graduate Institut Publications, Genève 2010, Publication sur OpenEdition Books : 10 novembre 2015.
- DRAETTA U., « *Internet et commerce électronique en droit international des affaires »*, traduit de l'italien par LEVI P. et MOCQUART C., collection feduci, Ed. Bruylant, 2003.
- ELLOUMI A., « *Le formalisme électronique* », Centre de publication universitaire, 2011.
- FABRE-MAGNAN M., « *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie* », L.G.D.J, 1992.
- FAUCHOUX V., DEPREZ P., BRUGUIERE J-M, « *Le Droit de l'Internet* », 2ème Ed., LexisNexis, 2013.
- FAUVARQUE-COSSON B., « *Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux* », *in* « *Le droit international de l'Internet* », Bruylant, 2003.
- FERAL-SCHUL Ch., « *Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet* », Paris, Dalloz 6ème éd., 2010.

- FERRER-CORREIA A., « *Les problèmes de codification en DIP* », Rec. des cours. 1975-II, Académie de droit international de La Haye, Ed. The Hague ; Boston ; London : M. Nijhoff, 1976-1978.
- GAUTRAIS V., « *Le contrat électronique international : encadrement juridique* », 2ème Ed. (revue), BRUYLANT-ACADEMIA, 2002.
- GHAZOUANI C., « *Le Contrat de commerce électronique International* », Laatrache Editions, 2011.
- GHESTIN J. (dir.), SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBERT DE VINCELLES C., BRUNAUX G., « *Les contrats de consommation. Règles communes* », traité de droit civil, LGDJ, 2012.
- GUINCHARD S., DEBARD Th. (ss dir.), « *Lexique des termes juridiques* », 23ème éd., Dalloz 2015-2016.
- GRYNBAUM L., LE GOFFIC C., MORLET-HAIDARA L., « *Droit des activités numériques* », 1ère Ed., Dalloz, 2014.
- HANOTIAU B., « *Le droit international privé américain : du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws* », L.G.D.J., 1979.
- JACQUET J.M., « *Contrats* », Rép. Int. Dalloz., 1998.
- JODLOWSKI J., « *Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile* », Rec. des cours, t. 143,1974-III.
- JODLOWSKI J., « *Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile* », Rec. des cours 1974-III, Académie de droit international, A. W. SIJTHOFF, LEYDE 1975.
- JOHNSON D. et POST D. G., « *Law and Borders : the Rise of Law in Cyberspace* », Stanford law Review, Vol. 48, 1996.
- KASSIS A., « *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* », Paris, LGDJ, 1993.
- LAGARDE P., « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* », CEDAM 1975.
- LAGARDE P., « *Le principe de proximité en droit international privé contemporain* », t. 196, RCADI,1986.
- LARROUMET Ch., « *Droit civil : Les obligations, Le contrat, 1ère partie : Conditions de formation* », t. III, 6ème Ed. ECONOMICA, 2007.
- LEGEAIS R., « *Grands systèmes de droit contemporains : Approche comparative* », 3ème Ed. LexisNexis 2016.
- LEQUETTE Y., « *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* », Rec. cours La Haye, t. 246 (1994-II).
- LEROY M., MOUFFE B., « *Le droit de la publicité* », 2ème Ed. BRUYLANT BRUXELLES 2001.
- LESSIG L., « *Code and Other Law of Cyberspace* », Basic Books, 1999.
- LE TOURNEAU Ph., « *Contrats informatiques et électroniques* », 9ème Ed. Dalloz 2016/2017.
- LEVEL P., « *Le contrat dit sans loi* », Trav. Com. Fr. dip. 1964-1966.

- LILEN H., « *Dictionnaire informatique & numérique* », Ed. First Interactive, Paris 2011.
- LOQUIN E., KESSEDJIAN C., « *La mondialisation du droit* », Litec, Paris, 2000.
- MANARA C., « *Droit du commerce électronique* », LGDJ, Lextenso éditions 2013.
- MAS F., « *La conclusion des contrats du commerce électronique* », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.I.A, 2005.
- MASMEJAN D., « *La localisation des personnes physiques en droit international privé* », Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye, Librairie Droz, Genève, 1994.
- MOUGENOT D., « *Droit des obligations : la preuve* », 3ème Ed., Larcier, 24 oct. 2002.
- MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., FABRE R., PIERRE J.-L., « *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise* », 4ème Ed. LexisNexis, 2012.
- MOUTON D., « *Sécurité de la dématérialisation* », Eyroller, 2012.
- PATRY A., « *La Capacité internationale des Etats : L'Exercice du "Jus Tractatuum "* », Presse de l'Université du Québec, 1983.
- PIEDELIEVRE S., « *Instruments de paiement et de crédit* », 9ème Ed., Dalloz, août 2016.
- POUDRET J.-F., BESSON S., « *Droit comparé de l'arbitrage international* », Bruylant, 2002.
- POUDRET J.-F., « *La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage* », Etudes FLATTET, 1985.
- RANOUIL V., « *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept* », Presses Universitaires de France, 1ère Ed., 1980.
- RIGAUX F., « *Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », Cahiers de droit européen, 1988.
- ROZENFELD S., « *Les 50 décisions clés du droit de l'Internet* », Celog Edition, 2015.
- ROCHFELD J., « *L'acquis communautaire : le contrat électronique* », ECONOMICA, 2010.
- SALAUN P., SCHWEITZER P., « *Droit et économie des médias et des univers numériques : principales notions, Réflexions* », Ed. Studyrama, 2015.
- SANDERS P., « *Trends in the Field of International Commercial Arbitration* », t. 145, *RCADI*, 1975.
- SCHLECHTRIEM P., WITZ C. « *Convention de Vienne sur les contrats de vente Internationale de marchandises* », Paris, Dalloz 2008.

- SCHULTZ Th., « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une approche critique* », Bruxelles, Bruylant 2005.
- STOUFFLET J., « *Instrument de paiement et de crédit. Effets de commerce, chèques, carte de paiement, transfert de fonds »*, 8ème éd., LexisNexis, Paris, septembre 2012.
- VENTRE D., « *Cyberespace et acteurs du cyberconflit »*, Collection Cyberconflits et cybercriminalité, Ed. Lavoisier 2011.
- VERBIEST T., WERY E., « *Le droit de l'Internet et de la société de l'information* », Larcier, 2001.
- V. Gola R., « *Droit du commerce électronique, Guide pratique du e-commerce* », Ed. Lextenso, 2013.
- VIVANT M. (ss resp.), Le Lamy droit du numérique 2014, (mise à jour 06/2017).
- VIVANT M., « *Droit de l'informatique et des réseaux : informatique, multimédia, réseaux internet* », Lamy, Paris 2005.
- WERY P., « *Droit des obligations : Théorie générale du contrat* », V. 1, Larcier 2010.
- WICKERS Th., « *La grande transformation des avocats* », ESSAI, 1ère Ed. Dalloz, oct. 2014.

III- Contributions à un ouvrage

- ABEL O., « *Jean Carbonnier - Le droit au non-droit* », *in* « *Paul Ricoeur, Jacques Ellul, Jean Carbonnier, Pierre Chaunu : dialogues* », Ed. Labor et Fides, Diff. en France et en Belgique : Presses Universitaires de France, Paris, 2012.
- BEAUCHARD J., « *L'offre dans le commerce électronique* », *in* « *Le contrat électronique : au cœur du commerce électronique* », Etudes réunies par J-C Hallouin et H. Causse, LGDJ, 2005.
- BONAFE-SCHMITT J.-P., « *Les modes alternatifs de règlement des conflits-approche sociologique* », *in* Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (*Interdisciplinary handbook of dispute resolution*), sous la dir. de CECCHI-DIMEGLIO P., BRENNEUR B., préf. CANIVET G., JAMIN CH., Ed. Larcier, 2015.
- CASHIN-RITAINE E., « *L'influence américaine sur le droit international privé suisse et européen : exemple choisis d'une influence interactive* », *in* Dongois N., Killias M., « *L'américanisation des droits suisse et continentaux* », Schulthess, 2006.
- CATALA P., « *Le formalisme et les nouvelles technologies* », *in* « *Le formalisme »*, Defrénois 2000.
- DEFFAINS B., « *Les modes alternatifs de règlement des litiges- analyse économique »*, *in* Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (*Interdisciplinary handbook of dispute resolution*), sous la dir. de

CECCHI-DIMEGLIO P., BRENNEUR B., préf. CANIVET G., JAMIN CH., Ed. Larcier, 2015.

- FALLON M., « *Variations sur le principe du pays d'origine, entre droit communautaire et droit international privé* », *in* Nouveaux Itinéraires en Droit ; Hommage à François Rigaux, Bruylant, 1993.
- FRICERO N., « *Les MARD, préalable obligé ou substitut du procès ?* », *in* « *Quarante ans après… Une nouvelle ère pour la procédure civile ?* », dir. de BLERY C. et RASCHEL L., 1ère Ed., Dalloz 2016.
- FRISON-ROCHE M.-A., « *Le droit d'accès à la justice et au droit* », *in* *« Liberté et droits fondamentaux »*, dir. de Frison-Roche M.-A. et Revêt T., Dalloz, 12ème éd. 2006.
- GAUTRAIS V., « *Les principes Unidroit face au commerce électronique* », *in* XIIièmes journées Maximilien Caron, LEFEBVRE G. (dir.), Thémis, Montréal, 2002.
- GAUTRAIS V., « *Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur* », *in* « *Droit de la consommation sous influences* », P.-C. LAFOND (dir.), Cowansville, Ed. Yvon Blais, 2007.
- GALANTER M., « *La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux »*, *in* « *Accès à la justice et Etat-providence »*, CAPPELLETTI M., GARTH R., ECONOMICA, 1984.
- GOLDSTEIN G., « *Mécanismes correctifs à l'application de la règle de conflit : clause échappatoire et exception d'ordre public* », *in* LAFOND P.-C. (dir.), *JurisClasseur Québec*, coll. « *Droit civil* », vol. « *Droit international privé* », fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada Inc., 2012 (feuilles mobiles, mise à jour n° 7, décembre 2016).
- HEUZE V., « *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme* », *in* Traité des contrats, sous dir. de GHESTIN J., LGDJ, 2000.
- KATSH E., « *Online Dispute Resolution »*, *in* Manuel Interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, (*Interdisciplinary handbook of dispute resolution*), sous la dir. de CECCHI-DIMEGLIO P., BRENNEUR B., préf. CANIVET G., JAMIN CH., Ed. Larcier, 2015.
- LACROIX F., « *Les places financières alternatives : propos relatifs aux approches régulatoires concernant les plateformes de crowdfunding et d'échange de bitcoin* », *in* « *Internet, Espacé d'interrégulation* », sous dir. de FRISON ROCHE M.-A., Ed. Dalloz, 2016.
- LEFEBVRE A., MONTERO E., « *Ouverture. Informatique et droit. Vers une subversion de l'ordre juridique ?* », *in* « *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs* », sous dir. de MONTERO E., Cahier n° 16 du Centre de recherches Informatique et droit, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- LONGWORTH E., « *Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace- y compris dans une perspective néo-zélandaise* », *in* « *Les dimensions internationales du droit du cyberespace* », Collection Droit du cyberespace sous dir. de DE PADIRAC B., Ed. UNESCO 2000.

- MAYER P., « *La protection de la partie faible en droit international privé* », *in* « *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels* », LGDJ 1996.
- MUIR WATT H., « *L'entrave à la prestation transfrontière de service : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres* », *in* « *Droit et actualités »*, Etudes offertes à BEGUIN J., LexisNexis, Paris 2005.
- PIRONON V., « *Les nouveau défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ?* », *in* « *Les nouveau défis du commerce électronique* », dir. J. ROCHFELD, LGDJ, Lextenso, 2010.
- RAYNOUARD A., « *La formation du contrat électronique* », in « *Le contrat électronique »*, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, t. V, Toulouse 2000, Ed. Panthéon Assas, 2002.
- REVET T. « Rapport introductif », *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, *in* « *Le contrat électronique* », Journée nationales, t. V, Toulouse 2000, Ed. Panthéon Assas, 2002.

IV- Encyclopédies

- AUBERT DE VINCELLES C., « *protection des intérêts économiques des consommateurs. Contrats spécifiques* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Europe Traité, LexisNexis, 30 Juillet 2014, Fasc. 2011.
- AUBERT DE VINCELLES C., « *Protection des intérêts économiques des consommateurs. Droit des contrats* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Europe Traité, LexisNexis, 12 Septembre 2013, Fasc. 2010.
- AUDIT B., « *Vente* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, septembre 2011 (mise à jour juillet 2015).
- B. AUDIT, « *Vente* », *in* Répertoire de droit international, Grenoble 21 oct. 1999, JDI 2000. 1016.
- AUDIT B., « *Synthèse - Conflits de lois : théorie générale* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, Lexis 360, 9 Janvier 2017.
- BERNHEIM-DESVAUX S., « *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation »*, *in Encyclopédie* JurisClasseur : Concurrence – Consommation, LexisNexis, 8 Avril 2014, Fasc. 1230.
- BERAUDO J.-P., « *Nouvelle Convention de Lugano du 30 octobre 2007* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Europe Traité, LexisNexis, 28 Octobre 2010 (dernière mise à jour : 26 Mai 2011), *Fasc. 2990.*
- BERNHEIM-DESVAUX S., « *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation »*, *in Encyclopédie* JurisClasseur : Concurrence – Consommation, LexisNexis, 8 Avril 2014, Fasc. 1230.
- BERR C. J., « *Circulation des capitaux (Paiements internationaux et investissements)* », *in* Répertoire de droit commercial, Dalloz, octobre 2009 (actualisation : juin 2016).

- BISMUTH R., « *Transferts internationaux de fonds- libération restrictions et contrôle* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, janvier 2015.
- BLANC-JOUVAN G., « *Fourniture d'un logiciel ou d'un progiciel* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Commercial, LexisNexis, 20 Avril 2009, Fasc. 321.
- BRUGUIERE J.-M., « *Commerce électronique et protection du consommateur* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Commercial, LexisNexis, 18 Mai 2009, Fasc. 860.
- CADIET L., « *Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige . –Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 9 Septembre 2016.
- CASTETS-RENARD C., « *Commerce électronique* », *in* Répertoire de droit européen, Dalloz, juillet 2016.
- CERMOLACCE A., PERRUCHOT-TRIBOULET V., « *Durée dans les contrats* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 1er Octobre 2006 (mise à jour : 15 Mars 2016*),* Fasc. 70.
- CHAUVEL P., « *Consentement* », *in* Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2007 (mise à jour octobre 2014).
- CHRISTIANOS V., PICOD F., « *Consommateurs* », *in* Répertoire de droit européen, Dalloz janvier 2003 (actualisation : juin 2016).
- CONDE L., « *Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Civil Code > Art. 4, LexisNexis,1er Septembre 2013, Fasc. unique.
- DE NERE S. S.-C., « *Responsabilité contractuelle et délictuelle en Droit international privé »*, *in Encyclopédie* Jurisclasseur : Responsabilité civile et Assurances, Lexis360, (Date de fraîcheur : 15 Juin 2017).
- DEVIC L., « *L'archivage numérique est-il suffisant ?* », *in* Juris associations, Dalloz 2005.
- FOULON M., STRICKLER Y., « *Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation. – Procédure participative. –Médiation »*, *in Encyclopédie* JurisClasseur : Procédure civile, LexisNexis, 12 Février 2014 (mise à jour : 30 Mai 2017), Fasc. 1000.
- FERRAND F., « *Preuve* », *in* Répertoire de procédure civile, Dalloz, décembre 2013 (actualisation : janvier 2016).
- FRANCESCAKIS Ph., « *V° Conflits de lois (principes généraux) », in* Répertoire de droit International, Dalloz, 1968.
- FRANCQ S., « *Loi applicable aux obligations contractuelles (Matières civile et commerciale) »*, *in* Répertoire de droit européen, Dalloz, mars 2013 (actualisation : juin 2016).
- GAREIL-SUTTER L., « *Période précontractuelle. – Contenu* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 10 Avril 2005, (mise à jour : 3 Décembre 2014), Fasc. 20.

- GAUDEMET-TALLO H., « *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement "Rome I" du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, LexisNexis, 1er Juillet 2016 (mise à jour : 1er Juillet 2016), Fasc. 552-11.
- GENTILI C., « *Compétence des juridictions civiles. Compétence internationale* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Procédures Formulaire > V° Compétence des juridictions civiles, LexisNexis, 1er Octobre 2014 (dernière mise à jour : 28 Octobre 2015).
- GIBIRILA D., « *Carte de paiement* », *in* Répertoire de droit commercial, Dalloz, mars 2012 (actualisation : janvier 2016).
- GRYNBAUM L., « *La preuve littérale. - Dispositions générales. – Écrit électronique* », JurisClasseur : Civil Code, 19 Décembre 2011, Fasc. 10.
- HUET J., « *Pratique des contrats électroniques* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 26 Mai 2014, (mise à jour 27 Juillet 2014), Fasc. 2420.
- ISSA-SAYEGH J., « *Contrats et obligations. – Extinction des obligations. – Paiement : objet et moyens* », *in Encyclopédie* Juris Classeur : Civil Code, LexisNexis, 20 Décembre 2011 (mise à jour : 1er Mars 2016), Fasc. 30.
- JACQUET J.-M., SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ S., « *Synthèse - Contrats internationaux »*, *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, Date de fraîcheur : 20 Mars 2017.
- KLEINER C., « *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale . – Compétence . – Prorogations de compétence . – Vérification de la compétence et de la recevabilité . – Articles 25 à 28 du règlement (UE) n° 1215/2012* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, lexisNexis, 15 Mai 2015, Fasc. 584-165.
- LAMAZEROLLES E., « *Convention de Vienne du 11 avril 1980. – Vente internationale de marchandises* », *in Encyclopédie* JurisClasseur Contrats – Distribution, LexisNexis, 1er Juillet 2010 (mise à jour : 2 Août 2012), Fasc. 405.
- LARDEUX G., « *système juridique applicable au contrat* », *Fasc. 65,* Document : JCl. Procédure civile - Fasc. 700-80 : Mesures d'instruction exécutées par un technicien (Extrait), *in Encyclopédie* JurisClasseur : Contrats – Distribution, LexisNexis, 23 Août 2006 (mise à jour : 29 Septembre 2016).
- LOQUIN E., « *Arbitrage. – Définition. Nature juridique. Distinction avec d'autres institutions. Avantages et inconvénients* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Procédure civile, LexisNexis, 30 Janvier 2013 (dernière mise à jour : 11 Février 2015), Fasc. 1005.
- LUCAS A., « *Droit International. Droit commun. - Règles de conflit de lois. - Règles directement applicables* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Propriété littéraire et artistique, LexisNexis, 1er Mars 2017, Fasc. 1911.

- LUCAS A., « *Droit International. – Droit commun. – Conflits de juridictions* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Propriété littéraire et artistique, LexisNexis, 1er Mars 2017, Fasc. 1912.
- MATHEY N., « *Contrat. – Conclusion du contrat . – Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Civil Code > Art. 1125 à 1127-6, 1er Mars 2017, Fasc. unique.
- MATHEY N., « *Contrats et obligations. – Des contrats sous forme électronique* », *in Encyclopédie* JurisClasseur Civil Code > Art. 1369-1 à 1369-11, LexisNexis, 8 janv. 2008, (mise à jour 2 janv. 2011), Fasc. 10.
- MATHEY N., « *Contrat. – Formes du contrat . – Contrat conclu par voie électronique* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Civil Code > Art. 1174 à 1177, LexisNexis, 1er Mars 2017, Fasc. 20.
- MIGNOT M., « *Vente. – Nature et forme. – Formation du contrat* », *in Encyclopédie* JurisClasseur, LexisNexis, 21 mai 2014, (mise à jour 24 juill. 2015), Fasc. unique.
- MONTOUX D., « *Synthèse- Acte notarié : caractères* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Notarial Formulaire, 18 nov. 2016.
- MOURALIS J.-L., « *Preuve (1o modes de preuve)* », *in* Répertoire de droit civil, Dalloz, janvier 2011 (actualisation : octobre 2014).
- NATAF Ph., LIGHTBURN J., « *La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information* », *in Encyclopédie* JurisClasseur périodique, E 2000, n° 21-22, p. 836.
- NGOUMTSA ANOU G., « *Contrats d'intermédiaire . – Intermédiaires du commerce international* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, LexisNexis, 3 Mai 2016, Fasc. 571-25.
- PAISANT G., « *La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs »*, *in Encyclopédie* JurisClasseur périodique, G 2012, 62, spéc. n° 29.
- PETIT B., ROUXEL S., « *Contrats et obligations. – Consentement »*, *in Encyclopédie* JurisClasseur : Notarial Répertoire > V° Contrats et obligations, LexisNexis, 20 Septembre 2012 (mise à jour, 26 Juin 2015), Fasc. 2-1.
- PETEL-TEYSSIE I. « *PREUVE DES OBLIGATIONS . – Modes de preuve . – Acte authentique* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Civil Code > Art. 1369 à 1371, Lexis360, 15 mars 2017, Fasc. unique.
- PICOD F., « *Protection des consommateurs* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Europe Traité, 01/01/2017.
- RACINE J.-B., « *Arbitrage Commercial International.-Convention d'arbitrage. – Forme et preuve* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, Lexis360, 24 Avril 2017, Fasc. 750.

- RACINE J.-B., « *Arbitrage Commercial International.-Convention d'arbitrage. – Forme et preuve* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Droit international, Lexis360, 24 Avril 2017, Fasc. 750.

- RAYMOND G., « *Contrats conclus à distance* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Concurrence-Consommation, LexisNexis, 3 Octobre 2014, Fasc. 904.
- RAYMOND G., « *Entreprise et consommateur : Litiges de consommation* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Commercial, Lexis360, (Date de fraîcheur : 1 Juin 2017).
- RAYNOUARD A., « Banque », *in* Répertoire de droit européen, Dalloz, janvier 2006, (actualisation avril 2016).
- RETTERER S., « *Ventes réglementées* », *in* Répertoire de droit commercial, Dalloz, mai 2009.
- RIFFARD, J.-F., « *Virement* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Banque - Crédit – Bourse, LexisNexis, 6 Janvier 2016, Fasc. 390.
- SARDAIN F., « *Noms de domaine* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Communication, LexisNexis, 8 Avril 2009 (dernière mise à jour : 30 Avril 2014), Fasc. 4660.
- STOUFFLET J., « *Banque et opérations de banque. – Statut bancaire en droit international. – Conflits de lois* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Banque - Crédit – Bourse, LexisNexis, 15 Mars 2007 (mise à jour : 27 Janvier 2016), Fasc. 120.
- STUYCK J., « *politique européenne de la consommation* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Europe Traité, Lexis360, 4 Avril 2017, Fasc. 2000.
- TARDIEU-GUIGUES É., « *Attribution et contentieux des noms de domaine* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Commercial, 2 Janvier 2017, Fasc. 805.
- THIZON E., DE JACOBET DE NOMBEL C., « *Ventes et prestations de services. -Ventes et prestations de services réglementées. -Ventes de biens ou prestations de services à distance* », *in Encyclopédie* JurisClasseur : Pénal des Affaires, LexisNexis, 20 Février 2015, Fasc. 10-10.
- VIVANT M., « *Internet* », *in* Répertoire de droit international, Dalloz, décembre 2011 (actualisation : octobre 2016).

V- Mélanges

- CADIET L., « *Une justice contractuelle : l'autre », in « le contrat au XXIe siècle »*, Mélanges Ghestin, L.G.D.J, 2004.
- STRUYCKEN A. (Teun) V. M., « *Locus Regit Actum, un nouvel avatar hollondais* », Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, « *Le droit international privé : esprit et méthodes* », Dalloz, 2005.
- TENREIRO M., « *La compétence internationale des tribunaux en matière de consommation. Les consommateurs protégés dans la société de l'information* », *in Mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004.

VI- Colloques

- ANCEL M.-E., « *La compétence législative à la croisée de deux logiques* », *in* « *Internet et le droit international* », Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014.
- BANNELIER-CHRISTAKIS K., « *Enjeux de la cyberguerre pour la protection des personnes et des biens civils : du principe de distinction au Manuel de Tallinn* », *in* « *Internet et le droit international* », Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone, 2014.
- BARIATTI S., « *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux* », (ss dir. S. CORNELOUP ET N. JOUBERT), Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010-Dijon, publié avec le soutien financier du Conseil régional de Bourgogne, Ed. LexisNexis, 2011.
- CATALA P., « *Exposé introductif. Commerce électronique et avenirs des circuits de distribution : de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives françaises* », colloque 13 mai 1998, Gaz. Pal. 1998.
- DUCLERCQ C., JALLAMION C., MAINGUY D., BEN HAMIDA W., NGWANZA A., CHAVASSE P., DE FONTMICHEL M., HENRY M., TATTEVIN G., « *Arbitrage* », Colloque du 9 mai 2016, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2017.
- FORTAS A.-C., « *Vers une autonomie du régime juridique du contrat du commerce électronique ?* », *in* « *Internet et le droit international* », Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014.
- GAUTIER J., « *Blocages culturels et pratiques : à la recherche de l'état d'esprit nécessaire à la médiation en droit privé après la loi Justice du XXIe siècle* », *in* Acte de colloque Université Lille 2, Lexbase Habdo n° 453, Ed. Publique, 23 mars 2017.
- JAULT-SESEKE F., *« Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in* « *Internet et le droit international »,* Colloque de Rouen de la SFDI, Ed. A. Pedone 2014.
- LAVERDET C., « *Internet et les professionnels du droit : nouvelles contraintes, nouvelles opportunités* », Compte-rendu du colloque, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2015, nº 117 du 07/2015.
- VOILLEMOT D., « *Colloque Droit et commerce - Où sont passés les contentieux? Le règlement des différends entre sociétés commerciales: évolution ou révolution* », Gaz. Pal., 28/06/2007.
- VON HASE A.-M., « *Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux* », *in*, « *Le droit international de l'internet* », sous dir. de CHATILLON G., 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, Ed. Bruylant, Bruxelles 2002.

VII- Thèses et Mémoires

- MAHI-DISDET D., « *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique* », Thèse Droit privé. Université d'Avignon, 2011.
- MOREAU N., « *La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.)* », Mémoire DEA Droit des contrats, Année universitaire 2002/2003.
- VARILLE N., « *Les modalités de contrôle de la publicité télévisée à l'épreuve de l'Internet* », Thèse Paris II, 1999.

VIII- Articles (Revues juridiques), Chroniques

- ABALLEA Th., « *La signature électronique en France, état des lieux et perspectives* », D. 2001, p. 2835.
- ABALLEA Th., « *Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?* », D. 2004. p. 2235.
- AMMAR D., « *Conventions internationales. - Convention de La Haye 15 juin 1955. Vente internationale d'objets mobiliers corporels. Vendeur italien. Acheteur français. Livraison non conforme à la commande. Action en résolution. Recherche de la loi applicable* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 27 Février 1992, n° 9, 263.
- ANCEL M.-E., « *Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique* », Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, 1er août 2010, nº 63.
- ANCEL M.-É., « *Un an de droit international privé du commerce électronique »*, Comm. Com. Elec., Janvier 2007, n° 1, chron. 1.
- ARCHIMBAUD J.-L., « *Les principes techniques des certificats électroniques* », Les Cahiers du numérique 3/2003 (Vol. 4), p. 101-110.
- ARROYO E., AMAYUELAS I., « *Le contrat électronique en droit espagnol* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1er juillet 2007, nº 29.
- AUBERT DE VINCELLES C., « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d' « activité dirigée »* », Revue des contrats, 01/04/2011, n° 2, p. 511.
- AUBERT DE VINCELLES C., ROCHFELD J., « *Les apports de l'Acquis communautaire au cadre commun de référence* », RTDE 2008, n° 13 s, p. 741.
- AUTIER E., « *Bruxelles propose de nouvelles règles européennes en matière de commerce électronique* », Communiqué IP/16/1887, Dalloz actualité, 09 juin 2016.
- AYEWOUADAN A., « *Les droits du contrat à travers l'internet* », Primento, 4 févr. 2013, n°4.
- BARBIER H., « *Ébauche d'un régime général du droit de rétractation* », RTD civ. 2016. 605.

- BARBIER H., « *Peut-on rétracter sa rétractation ? Ou la question de l'effet sur le contrat d'une éclipse de volonté* », Revue Lamy Droit civil, 1er septembre 2012, nº 96.
- BARBIER H., « *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016* », RTD Civ. 2016, p.247.
- BEHAR-TOUCHAIS M., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., SÉNÉCHAL J., « *Présentation générale des propositions de directive du 9 décembre 2015 : COM (635) final et COM (634) final (7e Forum annuel de Trans Europe Experts, 21 mars 2016)* », Contrats Concurrence Consommation, Février 2017, n° 2.
- BENHAMOU F., « *L'État et l'internet. Un cousinage à géométrie variable* », Esprit 2011/7.
- BENICHOU M., (Rédaction Lextenso), « *L'accès à la justice, un droit menacé* », Gaz. Pal., 13/09/2014, n° 256, p. 9.
- BENYEKHLEF K. et GÉLINAS F., « *L'expérience internationale des modalités de règlement des conflits liés au droit d'auteur dans l'environnement numérique* », Bulletin du droit d'auteur, Ed. UNESCO, Vol. XXXV, octobre-décembre 2001, n° 4.
- BERAUDO J.-P., « *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage* », Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI, mai 1994.
- BERLEUR J., POULLET Y., « *Réguler Internet* », Études 2002/11 (t. 397), p. 470.
- BERNHEIM-DESVAUX S., « *La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015* », Contrats Concurrence Consommation, Octobre 2015, n° 10, étude 11.
- BOITTELLE-COUSSAU M., « *Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?* », Gazette du Palais,13/06/2015, n° 164, p. 9.
- BOLLÉE S., « *Rapport de synthèse* », Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, 1er avril 2012, nº 81.
- BONNEAU Th., « *Une société qui utilise un compte bancaire sur lequel transitent des bitcoins est-elle un prestataire de service de paiement ?* », Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 20 Février 2014, n° 8, 1091.
- BONNAMOUR B., « *De la rétractation et de la Cour de justice des Communautés européennes* », Revue Lamy droit des affaires, 1er mars 2009, n° 36.
- BORDE D., « *Tendances, frissons et réflexions. Justice et avocats 2.0* », Revue pratique de la prospective et de l'innovation, Mars 2017, n° 1, dossier 4.
- BOUNIE D., BOURREAU M., « *Sécurité des paiements et développement du commerce électronique* », Revue économique 2004/4 (Vol. 55), p. 689-714.

- BOURDEAUX G., MENJUCQ M., NOURISSAT C., obs. NOURISSAT, « *Droit du commerce international »*, La Semaine Juridique Edition Générale, 22 Février 2016, n° 8, doctr. 241.
- BOUCHARD C., LACOURSIERE M., « *Les enjeux du contrat de consommation* », *in* Hein Online, 33 Rev. Gen. 373 2003, p. 395.
- BRULARD Y., FERNANDEZ P., « *Signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une « souris » ?* », LPA 25 oct. 2001, n° 213, p. 8.
- BUSSEUIL G., « *Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags* », Petites affiches, 21 mai 2014 n° 101, p. 4.
- Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « *Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international (1) Des Principes de La Haye ?* », Revue critique de droit international privé 2010 p. 83.
- BUREAU D., « *Interprétation par la CJCE de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : ... suite française* », Issu de Revue des contrats, 01/04/2005, n° 2, p. 449.
- BUREAU D., « *Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d' « activité dirigée* », Revue des contrats, 01 avril 2011, n° 2, p. 511.
- BUSSEUIL G., « *Du visible à l'invisible : la notion de publicité à l'épreuve du nom de domaine et des métatags* », Petites affiches, 21 mai 2014, n° 101, p. 4.
- CACHARD O., « *Contribution 195 : La signature électronique* », (ss dir. Sc. de Bertrand FAGES), Le Lamy droit du contrat, Collection Lamy Droit Civil, Ed. Wolters kluwer, mai 2016.
- CACHARD O., « *Les Modes électroniques de règlement des litiges (MERL)* », Comm. Com. Electr., n° 12, Décembre 2003, chron. 30.
- CACHARD O., « *LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable* », Comm. Com. Electr., n° 9, Septembre 2004, étude 31.
- CHABERT C., « *Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne* », Comm. Com. Electr., février 2006, p. 34 s.
- CHABERT C., « *Contrat à l'étranger : le consommateur « actif » est bien en Cour »*, Comm. Com. Elec. n° 10, Octobre 2006, comm. 143.
- CHANTEPIE G., « *Le vendeur à distance engage sa responsabilité de plein droit envers un consommateur en cas de perte de la chose au cours du transport* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 12 Février 2009, 1173.
- CHANTEPIE, J.-B. SOUFRON, « *La régulation des géants du Net : horizon ou mirage ?* », Ph.Nectart 2016/2, n° 3, p. 151.
- CAPRIOLI E. A., « *Impunité de Google en matière de vie privée sur le territoire français »,* Comm. Com. Electr., Octobre 2008, n° 10, comm. 119.

- CAPRIOLI E. A., « *L'adresse IP n'est pas forcément une donnée à caractère personnel* », Comm. Com. Electr., Juillet 2015, n° 7, comm. 64.
- CAPRIOLI E. A., « *Première décision américaine concernant l'authentification par voie électronique d'un client bancaire* », Comm. Com. Elec., Avril 2010, n° 4, comm. 41.
- CAPRIOLI E. A., AGOSTI P., « *L'authentification saisie par le Droit* », MAG-SECURS, 1er trimestre 2014, n° 41.
- CAPRIOLI E. A., « *La loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (Vienne 23 juin-13 juillet 2001) »,* Comm. Com. Electr., Décembre 2001, n° 12, chron. 27.
- CAPRIOLI E. A., « *Les envois recommandés électroniques dans la loi pour une République numérique* », Comm. Com. Electr., Janvier 2017, n° 1, comm. 8.
- CAPRIOLI E. A., « *Vérification d'écriture et courrier électronique* », Comm. Com. Electr., Décembre 2010, n° 12, comm. 129.
- CAPRIOLI E. A., CHOUKRI I., « *La clause compromissoire électronique : l'*imperium *renouvelé de la volonté des parties* », article consultable sur le site de la Chambre Arbitrale Internationale de Paris (CAIP).
- CAPRIOLI E-A., « *La régulation du marché européen de la confiance : enjeux et perspectives du règlement européen sur l'identification électronique et les services de confiance* », Comm. com. électr. 2013, n° 2.
- CAMOUS E., « *Les modes alternatifs de règlement de conflits constituent-ils une justice de proximité ?* », Gaz. Pal., 30/10/2003, n° 303, p. 5.
- CASTETS-RENARD C., « *Actualité et étude comparée sur le commerce électronique en droit brésilien et droit de l'Union »*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1er juillet 2013, nº 95.
- CAVERS D., « *A Critique of the Choice of Law Problem* », 47 Harvard Law Review 173 (1933).
- CHABOT G., « *Irrecevabilité d'un recours judiciaire en annulation contre une décision ICANN non constitutive d'une sentence arbitrale* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 42, 13 Octobre 2004, II 10156.
- CHALAS C., « *Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs (règlement Bruxelles I)* », Rev. crit. DIP 2016, p. 485.
- CHEKLI N., « *Consommation et règlements alternatifs des litiges* », Revue Lamy droit des affaires, Nº 13, 1er février 2007.
- CLARET H.*, « Synthèse - Institutions et litiges de consommation »,* JCl. Concurrence – Consommation, 20/12/2016.
- CLAY Th., « *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI siècle » - . - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 48, 28 Novembre 2016, doctr. 1295.
- CIPRUT M., « *Carte bleue en ligne : des paiements à sécuriser* », Tourisme et Droit 2000, n° 16, p. 24.

- CASTETS-RENARD C., « *Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée* », Issu de Defrénois, 30/10/2006, n° 20, p. 1529.
- CORBION L., POILLOT-PERUZZETTO S., « *Les modifications apportées par la proposition de Règlement Rome I* », RLDA 2006/4.
- CORTÉS P., « *The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism* », juillet 2007, p. 7 et 8.
- DANIS-FATOME A., « *Une garantie spéciale de conformité pour les biens achetés en ligne ou à distance* », Revue des contrats, 01/09/2016, n° 03, p. 464.
- DARGENT L., « *Acte authentique électronique* », D. 2008, p. 2711.
- DARMON M., « *La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement de litiges* », La Semaine Juridique Edition Générale, 20 Novembre 1996, n° 47.
- D'AVOUT L.*, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I »,* D. 2008, dossier p. 2165, spéc. n° 11, p. 2167.
- DAVIES A., « *L'élaboration de loi sur les documents et les transactions électroniques* », Les études générales de la Bibliothèque du Parlement n° PRB 00-12-F, révisé le 20 décembre 2008.
- DE BOTTINI R., « *La directive « commerce électronique » du 8 juin 2000* », RMCUE 2001. 368.
- DEFFAINS B., GABUTHY Y., « *La résolution électronique des litiges favorise-t-elle le développement de nouvelles stratégies de négociation ? », Négociations* 2008/2 (n° 10).
- DE LAMBERTERIE I., « *La valeur juridique de la signature, perspective de longue durée* », Hypothèses 2006/1 (9), p. 367.
- DELAPETA I. (ss dir. Marcel Boucher), « *La réglementation des contrats à distance : le temps d'un bilan* », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, publié par Union des consommateurs, Juin 2014, p. 23 et 28.
- DEMOLIN P., « *L'origine et les buts de la loi* », Cabinet DBB Law,
- DE PELLEGARS L., « *Le Potentiel d'innovation de la Monnaie Electronique* », Dossier les moyens de paiement : un monde en ébullition, Droit et Patrimoine, 2014/235.
- DERACHE C., « *Régime juridique des clauses attributives de compétence unilatérales : état du droit* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 18 Février 2016, n° 7, 1108.
- DESHAYES O., « *Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? »* 3, RDC 2012, p. 88.
- DJOUDI J., « *Le règlement des risques de transfert de fonds* », Revue de Droit bancaire et financier, Juillet 2005, n° 4, LexisNexis, p.11.
- DJOUDI J., « *L'internet ou le défi au paiement sécurisé* », Gaz. Pal., 31/03/2005, n° 090, p. 4.

- DREXL J., « *Le commerce électronique et la protection des consommateurs* », Revue internationale de droit économique 2002/2 (t. XVI), p. 411.
- ELLOUMI A., « *Le formalisme électronique »*, Centre de publication universitaire, 2011, p. 298.
- EL SHAZLY Y., « *Dix ans de l' « UDRP » : un premier bilan* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, nº 63, 1er août 2010.
- Etude Cahier pratique rédigé par : Inforeg, « *Recours à la médiation par les consommateurs - . - Un droit ou une obligation ?* », Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, Juillet 2017, prat. 17.
- FABIEN C., « *La preuve par document technologique* », (2004) 38 R.J.T. 533, Edit. Themis.
- FABIANO D., « *Electronic Signature & Electronic Delivery of Insurance Documentation – Advisory Report* », Fasken Martineau DuMoulin LLP, November 2013.
- FABRE-MAGNAN M., « *Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme* », La Semaine Juridique Edition Générale, 20 Juin 2016, n° 25, 706.
- FAGES, B., « *Provoquée par le dol, l'erreur sur la valeur peut donner lieu au prononcé de la nullité de l'acte* », RTD civ. 2008. 671.
- FAGES B., « *Justice en ligne, justice de demain ? »*, Lamy Droit et Patrimoine, nº 103, 1er avril 2002.
- FALKMAN A.-L., « *Les réseaux sociaux face à de nouvelles contraintes - Impacts de la recommandation de la Commission des clauses abusives* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 19 Mars 2015, 1136.
- FALLON M., MEEUSEN J., « *Le commerce électronique, la directive n° 2000/31/CE et le droit international privé* », Revue critique DIP 2002.
- FALLON M., MEEUSEN J., « *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé* », Revue critique de droit international privé 2002, p. 435.
- FAUVARQUE-COSSON B., « *Un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente* », Revue critique de droit international privé 1997, p. 514.
- FELDMAN A., « *Protection du consommateur -3 QUESTIONS Les droits des consommateurs et des entreprises enfin effectifs* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 27-28, 7 Juillet 2016, 583.
- FEUGA MULLER P., « *Cyberespace, nouvelles menaces et nouvelles vulnérabilités. Guerre silencieuse et paix imprédictible* », *Sécurité globale*, 2017/1, n° 9.
- FERRAND F., « *Livre 1 : Engager un procès : Chapitre préliminaire 150 - Genèse- Champ d'application- Interprétation* », ss dir. de S. GUINCHARD, Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, 2014.

- FERNANDEZ ROZAS J. C., « *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international* », RCADI, T. 290, 2001, p. 200.
- FINOCCHIARO G., « *Procedure et immateriel* », Rapport sur la législation Italienne, Université de Bologne, Département des sciences juridiques, Ed. henricapitant.org.
- FLIPO O., « *Compétence des juridictions françaises pour juger des litiges entre Facebook et les utilisateurs* », Dossiers d'actualité Lexis360, 03/03/2016
- FOREST D., « *Conditions générales d'utilisation : une jurisprudence en faveur de l'internaute* », Revue Documentaliste sciences de l'information, V. 50, 4 avril 2013, n°1.
- FRAENKEL B., PONTILLE D., « *L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique, approche pragmatique* », Langage et société 2003/2 (n° 104), p. 99.
- FRAENKEL B., PONTILLE D., « *La signature au temps de l'électronique* », Politix 2006/2 (n° 74), p. 108.
- FRISON-ROCHE M.-A., « *L'échange des consentements* », rapport de synthèse, revue jur. Com., 1995, p. 154.
- GABRIEL CASTEL J., « *Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales* », Atelier II : Les rapports entre les cours nationales, présidé par Papa Oumar SAKHO, 3ème congré « *Internalisation du droit, internalisation de la justice* », tenu les 21-23 juin 2010, Cour suprême du Canada Ottawa, ahjucaf.
- GABRIEL H. D., « The *New United States Uniform Electronic Transactions Act : Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNICITRAL Model Law on electronic commerce* », Rev. dr. unif. 2000, p. 651.
- GAUDET S., KOURI R. P., « *Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence?* », Chron. de droit civil, (1989) 20 R.D.U.S.
- GAUDEMET-TALLON H., « *Quel juge ? Quelle loi ? (Compétence juridictionnelle et loi applicable)* », Droit et Patrimoine, nº 108, 1er octobre 2002.
- GAUTIER P.-Y. et LINANT DE BELLEFONDS X., « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* », JCP Ed. G 2000, I, n˚ 236.
- GAUTIER P.-Y., LINANT DE BELLEFONDS X., « *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent* », JCPE 2000, p. 1273.
- GAUTRAIS V., LEFEVRE G., BENYEKHLEF K., « *Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica* », Revue de Droit des Affaires Internationales 1997, n° 5, p. 547.
- GAUTRAIS V., BENYEKHLEF K., TRUDEL P., « *Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du « CyberTribunal »* », DIT, 1998/4, p. 46 s.
- GAUTRAIS V., PORCIN A., « *Les 7 péchés de la L.p.c. : actions et omissions applicables au commerce électronique* », (2009) 43 R.J.T. 559,

- GAUTRAIS V., Rapport canadien « *La Cyber protection des consommateurs et la concurrence loyale (pratiques de la concurrence déloyale) et commerce électronique / Cyber Consumer Protection and Fair Trading (Unfair Commercial Practices) in E-Commerce* », Utrecht, Juillet 2006.
- GAUTRAIS V., « *Contrat et immatériel* », Rapport québécois aux journées internationales Henri Capitant, Journées espagnoles, Barcelone, (05/2014).
- GAUTRAIS V., « *la formation des contrats par télécopieur »,* La Revue juridique Thémis / volume 29 - numéro 2, Thémis inc 2000.
- GAUTRAIS V., « *Libres propos sur le droit des affaires électroniques* », Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006.
- GLEZAKOU K., « *La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009 - nº 52 Supplément du 08/2009.
- GOBERT D., MONTERO E., « *La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle* », Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 41.
- GOBERT D., « *Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : analyse approfondie* », juin 2015.
- CREUX-THOMAS F., « *Biographie : Dominique Perben, président du comité d'éthique d'eJust* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 29 Mai 2017, 599.
- GHESTIN J., « *Le contrat en tant qu'échange économique* », *in* Revue d'économie industrielle, vol. 92, 2e et 3eme trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives.
- GHERNAOUTI S., DUFOUR A., « *Internet »,* Presses Universitaires de France, « *Que sais-je ?* », 2017, p. 6.
- G. POST D., « *Against "Against cyberanarchy"* », 2002, Vol. 17, Berkeley Technology Law Journal, p. 1363.
- GRIMAUX E., « *La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique* », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2004, chron. 10.
- GRYNBAUM L., « *La directive "Commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique* », Revue Communication Commerce électronique, juillet 2001, n° 7-8, chron.18.
- GRYNBAUM L., « *Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel (RLDI 3946), mars 2016, n° 124, p. 41.
- GRYNBAUM L., « *Après la loi "économie numérique", pour un Code européen des obligations... raisonné* », D. 2004, p. 2213
- GUIOMARD P., « *Les nouveautés de la réforme du droit des obligations* », Dalloz actualité, 15 février 2016.

- GUILLEMARD S., « *L'élection de droit : comparaison québéco-européenne* », Revue international de droit comparé, 2005, Vol. 57, n° 1, p. 61-62.
- GUILLEMARD S., « *Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent* », Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2004, doctr. 100001.
- GUILLEMARD S., ONGUENE ONANA D.- E., « *Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé* », Les Cahiers de droit 484 (2007), p. 661.
- GUIZIOU G., « *Conflits de juridictions. Cyber-délits. Article 5-3° du règlement « Bruxelles I ». Conflits de lois. Directive « commerce électronique »* ». Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2012, 6.
- HASHEM SHERIF M., « *Paiements électroniques sécurisés* », Presses Polytechniques et universitaires Romandes (PPUR) 27 avril 2007, p. 361.
- HARDY-TOUCHARD M., « *Le litige devient une étape dans la vie d'un contrat sans marquer sa fin. - 3 questions à Rosa Taban, directrice juridique au sein du Centre d'arbitrage eJust* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 20-21, 16 Mai 2016, 598.
- HEINICH J., « *447- L'erreur-obstacle* », Lamy Droit du Contrat, (mise à jour juillet 2017).
- HILLARIUS K., GLENN R. W., « *Le rôle de la confiance dans le commerce électronique : une analyse stratégique* », Gestion, 2002/5 Vol. 27, p. 80-90.
- HUET J., « *Le droit applicable dans les réseaux numériques* », JDI 2002, p. 737.
- HUET J., « *Conditions de validité d'une clause attributive de compétence dans les conditions générales d'un contrat conclu par voie électronique* », Revue des contrats, 01 mars 2016, n° 01, p. 43.
- HUET J., « *Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale* », Petites affiches, 26 septembre 1997, n°116.
- HUET J., TONNELLIER T., *« L'Accord passé entre la cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'Internet fait redouter un désengagement non contrôlé de l'État dans les litiges relatifs au numérique », Communication Commerce électronique, Janvier 2010, n° 1, étude 2.*
- HUET J., « *Vous avez dit " contrats électroniques ?* », Revue des contrats, avril 2005, n° 2, p. 553.
- HUET J., « *Fasc. 2420 : Pratique des contrats électroniques* », JurisClasseur Contrats – Distribution, 26 Mai 2014, (mise à jour : 27 Juillet 2014).
- HUET J., « *Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques* », D. 2000. Chron. 95.
- HUGON Ch., « *La directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2009 52 Supplément.

- HUGON Ch., « *La directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* », Revue Lamy droit de l'immatériel, août-septembre 2009, supplément au n° 52, p. 12-13.
- GELINAS P.-A., « *Les activités arbitrales en ligne de l'ICC* », Droit et Patrimoine, nº 103, 1er avril 2002.
- GENTY M., SUXE F. « *La conclusion du contrat électronique et l'incitation à contracter* », *in* Contrats Electroniques entre Particuliers (Contrats 3), publié le 24 janvier 2013,
- GENICON T., « *Contrat entre absents : quelle efficacité, à quel instant, pour la rétractation brutale d'une offre erronée ?* », Revue des contrats, 01 avril 2013, n° 2, p. 516.
- GOLDSTEIN G., ZHONG ZHU B.C.L., « *Chronique de droit international privé canadien (2010-2015) Droit civil québécois (1re partie)* », Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2016, chron. 11.
- GOUACHE J.-B., « *Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation - . - L'ordonnance n° 2015- 15 en quelques lignes* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 37, 10 Septembre 2015, act. 680.
- GRIMALDI C., « *Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon...* », D. 2016, p.1009.
- GRYNBAUM L., « *La directive "commerce électronique" ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique* », Comm. com. électr. 2001, chron. 18, p. 12.
- GRYNBAUM L., « *Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'acceptation* », D. 2003, p. 1706.
- GUERIF I., « *Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre arbitrale internationale de Paris (CAIP)* », Cahiers de l'arbitrage - 01/11/2015, n° 3, p. 651.
- IAVARONE-TURCOTTE C., « *Et s'il était possible d'obtenir justice en ligne* ? », Lex Electronica, vol. 17.2 (Automne/Fall 2012),
- IDOT L., « *Placements immobiliers et démarchage à domicile* », Europe n° 12, Décembre 2005, comm. 419.
- Inforeg (service d'appui juridique aux entreprises de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Île-de- France), « *Commerce électronique - . - L'incontournable obligation d'information* », Cahiers de droit de l'entreprise n° 6, Novembre 2016, prat. 26.
- INGALL-MONTAGNIER P., « *Adresses IP et protection des données à caractère personnel* », Gazette du Palais, 15/11/2016, n° 40, p. 24.
- ISCHY F., « *La "société de l'information" » au péril de la réflexion sociologique ?* », Revue européenne des sciences sociales, XL-123 | 2002.
- JALUZOT B., « *Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemande* », D. 2004. 2866
- JACQUEMIN H., STEENNO R., « *Contrat et Immatériel : rapport pour la Belgique* », le 30 Déc. 2013.

- JALUZOT V., « *Transposition de la directive "signature électronique": comparaison franco-allemande* », D. 2004. 2868.
- JARROSSON C., RACINE J.-B., « *Arbitrage Commercial. – Droit international, JurisClasseur Commercial* », 9 Mars 2012.
- JEHL J., « Suisse *: entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la concurrence déloyale* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 15, 9 Avril 2012, 458.
- JOLY-PASSANT É., « *La reconnaissance légale de la signature électronique en Chine* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel - 2005, p. 5.
- KABLAN S., OULAÏ A., « *La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise* », *in* Revue de droit de McGill, Volume 54, numéro 4, hiver 2009, p. 630.
- KABLAN S. et ONGUENE ONANA É., « *Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie* », Revue de droit d'Ottawa, V. 46, Faculté de droit, Section de common law, 2014-2015, n° 1.
- KAMINA P., « *Un an de droit anglo-américain* », Comm. Com. Elec. n° 2, Février 2017, chron. 3.
- KAYE J., « *Disclosure, Information, the Law of Contracts, and the Mistaken Use of Laidlaw v. Organ* », Unpublished. 2007.
- KEMPF O., MAZZUCCHI N., « *Cyberespace et intelligence économique* », *Géoéconomie*, 2015/5 (N° 77), p. 45-58.
- KESSEDJIAN C., « *La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for* », Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2006, doctr. 11, spéc. n° 21 s.
- KERCKHOVE E., « *Le croisement des droits nationaux : point de vue international et communautaire* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 29, 1er juillet 2007.
- KRIEGK J.-F., « *La gestion des conflits internationaux en matiere civile : de la communaute des sources a l'harmonisation des normes ?* », Petites affiches, 15/02/2000, n° 32, p. 10.
- LAGARDE P., « *Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles [Rome I] »,* Rev. Crit. DIP 2006.
- LAGARDE P., « *Le principe de proximité dans le droit international contemporain* », *in* RCDAI, 1986, t. 196,
- LAGARDE P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev. crit. DIP 1991. 287.
- LAGARDE X., « *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation* », Rev. arb., 2000, n°3, p. 390.
- LARDEUX G., « *Le droit à la preuve : tentative de systématisation* », RTD civ. 2017. 1

- LARTIGUE M., (Rédaction Lextenso), « *Le monde du droit, demain : les derniers pronostics de Richard Susskind* », Gaz. Pal., 20/06/2017, n° 23, p. 14.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « *Monnaie électronique : un retard de transposition problématique* », D. 2012, p.1728.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « *Communication à distance des données figurant sur une carte bancaire et mandat de payer* », D. 2009, p.1735.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « *Les systèmes de règlements interbancaires* », Revue Lamy Droit des Affaires, n° 10, 2006.
- LATASTE S., CASSASSOLLES A.-F., « *Les clauses de conciliation préalable dans les contrats »*, Gaz. Pal., 22/09/2015, n° 265, p. 3.
- LECOURT B., « *Cession de droits sociaux : nullité du contrat pour dol incident et application anticipée du nouveau droit des contrats* », Rev. Sociétés 2016. 590.
- LECOURT B., « *Dol incident dans une cession de titres sociaux : une anticipation opportune de la réforme* », RTD com. 2016. 817.
- LE CROSNIER H., « *Internet et numérique* », *Hermès, La Revue*, 2014/3 (n° 70).
- LEGEAIS D., « *Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur* », RTD Com. 2016, Dalloz, p. 163.
- L'HEUREUX N., « *Droit de la consommation* », 5ème Ed. Cowansville, Yvon Biais, 2000, p. 19.
- LENTZEN E., « *La publicité* », Courrier hebdomadaire du CRISP 1987/13 (n° 1158-1159), p. 1-52.
- LEOPOLD É., LHOSTE S., « *La sécurité informatique »*, 3e éd., Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2007, p. 72.
- LEOPOLD É., LHOSTE S., « *Les solutions techniques* », *La sécurité informatique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2007.
- LE STANC Ch., « *De l'absence d'effets d'une signature scannée* », D. 2003, p. 2827.
- LESSIG L., « *Code Is Law* », On Liberty in Cyberspace 2000.
- LEVENEUR L., « *Il suffit de ne pas invoquer la Convention de Vienne devant le juge français pour que les règles classiques de la vente redeviennent applicables* », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2001, comm. 157.
- LFERKLI A., « *L'équilibre contractuel vu à travers le droit de la consommation »,* Revue marocaine d'administration locale et de développement, Ed. REMALD 2014, n° 115, p. 143.
- LINANT DE BELLEFONDS X., « *Preuve et signature électroniques* », *Le droit du commerce électronique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2005.

- LINANT DE BELLEFONDS X., « *Le paiement en ligne*, *Le droit du commerce électronique »*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2005, 128 pages.
- LOISEAU G., « *L'inimitable contrat du commerce électronique* », Comm. Com. Elec. n° 5, Mai 2013, comm. 54.
- LOUIS-SIDNEY B., « *La dimension juridique du cyberespace* », Revue internationale et stratégique 2012/3 (n° 87), p. 73-82.
- LOISEAU G., « *La technique du click-wrapping validée* », Comm. Com. Elec., n° 9, Septembre 2015, comm. 67.
- LOISEAU G., « *Le contrat électronique, l'indigent de la réforme du droit des contrats* », Comm. Com. Elec., Sep. 2016, n° 9, étude 15.
- LOISEAU G., « *Les maîtres du monde numérique coupables d'abus* », Communication Commerce électronique n° 1, Décembre 2015, comm. 4.
- LOQUIN E., *« La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage »,* RTD com. 2011.
- LOUIS-SIDNEY B., « *La dimension juridique du cyberespace* », Revue internationale et stratégique 2012/3 (n° 87), p. 80.
- LUCAS DE LEYSSAC C., « *L'obligation de renseignement dans les contrats* », in L'information en droit privé : LGDJ, 1978, 305, n° 36.
- LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J., « *Droit de l'informatique et de l'internet* », presses universitaires de France, 2001.
- MACRON E., « *Une justice pour notre temps* », Gazette du Palais, 14/03/2017, n° 11, p. 16.
- MAGAZINER I. C., A. GRIER CUTTER AND L. A. COSTA, « *Technology and International Policy: Essays on the Information Age* », *Journal of International Affairs*, Vol. 51, No. 2, (Spring 1998), p. 527.
- MALLET-POUJOL N. (ss resp.), ERCIM- Université Montpellier I, UMR 5815, « *Droit de l'Internet* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 4, 28 Janvier 2016, 1061.
- MALLET-BRICOUT B., « *Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi « Justice du XXIe siècle » : un nouveau souffle* », RTD civ. 2017. 221.
- MALLET-BRICOUT B., « *Médiation et droit de la consommation : une avancée vers la généralisation du règlement extrajudiciaire des litiges* », RTD civ. 2015. 952.
- MARTEL D., « *Les contrats internationaux sur le web* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 81, 1er avril 2012.
- MARTIAL-BRAZ N., « *Le droit des contrats à l'épreuve des géants de l'internet* », (ss dir. Martine-Béhar-Touchais), « *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet* », Actes des journées du 14, 15 et 16 octobre 2014, Vol.1, IRJS Editions, 10/2015, p. 66.
- MAS F., « *La conclusion des contrats du commerce électronique* », Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.I.A, 2005,

- MAYER P., « *Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire* », Rev. arb. 1998, p. 35.
- MAY B., VINCENT-MOREAU M., « *Transposition de la Directive 2009/110 Une deuxième chance pour la monnaie électronique ?* », Banque & Droit n° 135, janvier-février 2011.
- MEKKI M., « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », D. 2016, p. 494.
- MEKKI M., « *Le formalisme électronique : la " neutralité technique" n'emporte pas " neutralité axiologique"* », Revue des contrats, 01 juillet 2007, n° 3.
- MEKKI M., « *Droit des contrats* », D. 2016, p. 566.
- MEKKI M., « *L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », D. 2016. 494.
- MEKKI M., « *Voyage au pays de l'authenticité. - Quelques réflexions à partir du rapport de la commission présidée par le professeur Laurent Aynès* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, 11 Octobre 2013, n° 41, 1237.
- MELIN F., « *Litiges de consommation et médiation* », Dalloz actualité, 4 juillet 2017.
- MERCEDES ALBORNOZ M., « *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I » »,* Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2012, doctr. 1.
- MESTRE J., MESTRE-CHAMI A.-S., « *Prévention et règlement des différends économiques* », Revue Lamy droit des affaires, nº 115, 1er mai 2016.
- MICHEL L., « *Introduction*, *Le système monétaire international »*, Paris, La Découverte, « *Repères* », 2011, 128 pages.
- MIKALEF-TOUDIC V., « *La preuve à l'aide des nouvelles technologies* » Procédures, Avril 2010, n° 4, dossier 3.
- MINET C., « *Loi Hamon : Le mieux est-il l'ennemi du bien ?* », RLDA 5105, Numéro 93, Mai 2014, p. 46.
- MONTERO E., DEMOULIN M., LAZARO C., « *Analyse de la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information* », Journal des tribunaux 123ème année - n° 6125 du 31 janvier 2004, Ed. Larcier, Juin 2003.
- MOUNIER-KUHN P.-É., « *L'ICANN : Internet à l'épreuve de la démocratie* », Mouvements, 2001/5 (n°18).
- MOULY-GUILLEMAUD C., « *La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme* », RTD civ. 2007. 253.
- NIEVA-FENOLL J., « *La preuve des actes électroniques en droit espagnol* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009, nº 52 Supplément du 08/2009.

- NORD N., CERQUEIRA G., « *La codification de la résolution du conflit de lois en Chine et son interprétation par la Cour suprême : entre progrès et incertitudes* », Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2016, var. 1, Lexis360.
- NUYTS A., « *La refonte du règlement Bruxelles I* », Rev. crit. DIP 2013, p.1, spéc. n° 30.
- NOURISSAT C., « *Droit international et communautaire des contrats d'affaires* », Revue Le Lamy Droit des Affaires, Nº 29, 1er juillet 2008.
- NOURISSAT C., « *Utiles précisions sur la notion d'activité dirigée vers l'État membre où le consommateur a son domicile* », Procédures n° 2, Février 2011, comm. 58.
- OKUDA Y., « *Aspects de la réforme du droit international privé au Japon* », Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2007, var. 7, Lexis360
- OPPETIT B., « *La clause arbitrale par référence* », Rev. arb., 1990. 551
- ORIANE B.-G., « *Existe-t-il un droit international du cyberespace ?* », *Hérodote*, 2014/1.
- ORGAN, S. J., C. CORCORAN, M., « *Your Web Site's « Terms of Use »: Are They Enforceable ?* », *in* Privacy&Data Security Law Journal, ALEXeSOLUTIONS, INC, publié en Août 2008.
- PASSA J., « *Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions* », Communication Commerce électronique n° 5, Mai 2005, étude 17.
- PECH L., « *L'affaire Yahoo ! vue d'Amérique* », *in* Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, Nº 14, 1er mars 2006.
- PERREAU-SAUSSINE L., « *Conflits de lois. – Contrat de sous-traitance. – Détermination de la loi applicable. –Loi de police. – Loi d'autonomie. – Loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance. – Article 3 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980. – Sous-traitant d'une société allemande. – Travaux confiés par une société de droit français. – Chantier situé en France. – Action du sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage »*. Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2008, comm. 13.
- PEYREFITTE L., « *Le problème du contrat dit sans loi »*, 1965, chron. p. 113.
- PFRUNDER F., « *E-commerce : le consommateur au cœur de l'économie numérique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Nº 47, 1er mars 2009.
- PICOD F., « *La directive 1999/44/CE. Genèse et principes* », publié Javier Lete Achirica, *les garanties dans la vente de biens de consommation*, Rapport de la Conférence Internationale Saint-Jacques-de-Compostelle, 30-31 janvier 2004, USC 2004, p. 27.
- PIETTE-COUDOL T., « *Le bilan de dix ans de signature électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel- 2010, 66 supplément, p. 2.

- PIETTE-COUDOL T., « *Règlement européen n° 910/2014 : le renouveau de la signature électronique et la consécration du cachet électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2015, supplément 112, p. 1.
- PIRONON V., « *L'Internet et la mondialisation* », Gaz. Pal., 03/11/2007, n° 307, p. 11.
- PIZZIO J.-P., « *Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : apport des nouveaux textes européens* », Revue Lamy droit des affaires, 1er septembre 2013, n° 85.
- PFRUNDER F., « *E-commerce : le consommateur au cœur de l'économie numérique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 1er mars 2009, nº 47.
- PHILIPPE M., « *We walked on the moon but justice is not yet online! Technology revolution and Online Dispute Resolution (ODR) - . - Nous avons marché sur la Lune mais la justice n'est pas encore en ligne ! Révolution technologique et résolution de litiges en ligne* », Revue pratique de la prospective et de l'innovation n° 1, Mars 2017, dossier 8.
- PIEDELIEVRE S., « *Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation* », Gaz. Pal., 21/09/2013, n° 264.
- PIETTE-COUDOL T., « *Intégration du règlement européen n° 910/2014 dans le droit interne : chantier ou chaos ?* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel - 2015, supplément 113.
- PIRONON V., « *Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux contractuel et délictuel du commerce électronique* », Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2011, var. 4.
- POULLET Y., « *Les aspects juridiques des systèmes d'information* », Lex Electronica, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006.
- MARTIN D. R., « *De la (fausse) monnaie électronique* », Revue de droit bancaire et financier, janvier 2003, étude n° 100008.
- RAYMOND G., « *Directive consommateurs n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011* », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2012, étude 3.
- REIDENBERG J. R., « *L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet* », Comm. Com. Elec., Mai 2001, n° 5, chron. 12.
- REIDENBERG J. R., « *Les États et la régulation d'Internet* », Comm. Com. Elec., Mai 2004, n° 5, étude 11.
- REPIQUET Y., « *Ouverture et réalisme dans la gestion des modes alternatifs de règlement des conflits* », Gaz. Pal., 30/08/2015, n° 242, p. 37.
- REYMOND C., « *La clause arbitrale par référence* », Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zurich, 1984. 85.
- ROCHFELD J., « *Monnaie électronique, Arrêté du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n° 2003-13 du Comité de réglementation bancaire et financière (JO 1er févr. 2003, p. 2003)* », RTD Civ. 2003 p. 361, Dalloz.

- ROLLAND L., « *Qui dit contractuel, dit juste.» (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons* », (2006) 51 R.D. McGill 765.
- ROUSSET G., « *Droit de rétractation et vente à distance, un éclairage communautaire intéressant* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 10 Décembre 2009, n° 50, 2168.
- SABOURIN F., « *Le contrat sans loi en droit international privé canadien* », Revue québécoise de droit international (2006), 19.2.
- SCHULZE R., « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat – Rapport de synthèse* », Revue des contrats, 01 octobre 2013, n° 4, p. 1720.
- SÉLINSKY V. (ss dir.), « *I.346 Vente en ligne* », Formulaires ProActa droit économique, mise à jour 04/2017.
- SMATT PINELLI S., « *Marché du droit - eJust lance un comité éthique* », Revue pratique de la prospective et de l'innovation, mars 2017, n° 1, 12.
- SORDET E., MILCHIOR R., « *Le Cloud computing, un objet juridique non identifié ?* », Comm. Com. Elec., nov. 2011, n° 11, étude 20.
- STOFFEL-MUNCK Ph., « *La réforme des contrats du commerce électronique* », la Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 16 Sep. 2004, n° 38, 1341.
- STOFFEL-MUNCK Ph., « *Responsabilité des cybercommerçants - Ebay face à la responsabilité de plein droit* », Comm. Com. Elec. n° 5, mai 2007, comm. 73.
- STORRER P., « *Crowdfunding*, *bitcoin* : quelle régulation ? », D. 2014, p. 832.
- THIBEAULT A., GUILMAIN A., « *Initiatives ODR : compilation, évaluation et classement* », Les travaux du Laboratoire de cyberjustice, 28 août 2013.
- THOUMYRE L., « *L'échange des consentements dans le commerce électronique »,* Lex Electronica, vl. 5, 15 mai 1999, n° 1.
- TRUDEL P., LEFEBVRE G., PARISIEN S., « *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec* », Publications de Québec, 1993.
- TÜRK P., « *La souveraineté des Etats à l'épreuve d'internet* », Revue du droit public, 01 nov. 2013, n° 6.
- V. GOLA R., « *Le nouveau cadre de la résolution en ligne des litiges de consommation au sein de l'Union européenne : vers un mode approprié de résolution des conflits ?* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, nº 104, 1er mai 2014.
- VALMACHINO S., « *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international* », Gaz. Pal., 11/01/2000, n° 011, p. 6.
- VAUGON I., DARY M., « *Les modes alternatifs de règlement des conflits : une stratégie gagnante pour les entreprises »*, Cahiers de l'arbitrage, 01/01/2010, n° 1, p. 65.

- VERBIEST Th., « *Contrat de vente de voyage en ligne - La LEN sur le dos* », Tourisme et Droit 2007, n° 92, p.13.
- VIALARD A., « *L'offre publique de contrat* », RTD civ. 1971.
- VIDEAU M., « *Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique* », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, Août-Septembre 2009, supplément au n° 52, p. 16.
- VIENNOIS J.-P., « *L'amiable »*, RGDP oct./dec. 1999, p. 471.
- VINCENT B., LEROYER A.-M., « *Rédaction et réception de l'acte authentique : les exigences de la loi* », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, 27 Janvier 2012, n° 4, 1055.
- VIVANT M., « *2453- Une approche à récuser ? »*, Le Lamy droit du numérique, mise à jour du 06/2017.
- VIVANT M. (ss resp.), N. MALLET-POUJOL, « *Droit de l'Internet* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 13 Mars 2014, n° 11, 1137.
- VIVANT M., « *Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique* », Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, p. 2.
- VIVANT M., « *Guide pratique, 4062- La reconnaissance juridique des signatures électroniques* », Le Lamy droit du numérique 2016.
- WARUSFEL B., (ss resp. de M. VIVANT), « *Titre 2 : Les contrats informatiques »*, Le Lamy droit du numérique, Mise à jour 06/2017.
- WARUSFEL B., « *Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique* », Issu de Petites affiches, 06/02/2004, n° 27, p. 17.
- WILDERSPIN M., « *Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes* », Europe, Juin 2007, n° 6, dossier 11.
- WILDERSPIN M., LEWIS X., « *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres* », Rev. crit. DIP 2002, p. 1.
- ZOIA M., « *La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie)* », Gaz. Pal., 16 octobre 2001, n° 289, P. 14.

IX- Articles de journaux et de revues (non juridiques)

- AARON KARP D., « *EBay à 200% : 100 trucs, secrets et techniques* », O'Reilly & Associates 2003, p. 95.
- AGLIETTA M., SCIALOM L., « *Les risques de la monnaie électronique* », *L'Économie politique* 2002/2 (n°14), p. 86.
- Banque de France, « *Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du bitcoin »*, Focus, n° 10, 5 déc. 2013, p. 6.
- BOCCARA E., « *Entretien avec Thierry Wickers et Christophe Jamin* », Gaz. Pal., 10/05/2011, n° 130, p. 9.

- HASNAOUI A., LENTZ F.-M., « *Proposition d'un modèle d'analyse des déterminants de l'adoption et de l'usage des systèmes de paiement électronique " B2C "* », *Management & Avenir* 2011/5 (n° 45), p. 223-237.
- MOATTI S., « *Internet : quel avenir pour le bitcoin ?* », Alternatives économiques, 2013/12 (n° 330), p. 45.
- MULLER FEUGA Ph., « *Cyberespace, nouvelles menaces et nouvelles vulnérabilités. Guerre silencieuse et paix imprédictible* », *Sécurité globale*, 2017/1, n° 9.
- PLIHON D., « *I. La monnaie, instrument de paiement, La* monnaie et ses mécanismes », Paris, La Découverte, « *Repères* », 2013, 128 pages.

X- Notes, Observations et conclusions de jurisprudence

- BERNARDEAU L., « *Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99* », La Semaine Juridique Edition Générale, 2 Octobre 2002, n° 40, doctr. 168.
- BERNARDEAU L., « *Droit communautaire et lois de police - À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 »*, La Semaine Juridique Edition Générale, 13 Juin 2001, n° 24, doctr. 328.
- CAPRIOLI E. A., « *Première décision américaine concernant l'authentification par voie électronique d'un client bancaire* », Comm. Com. Elec. n° 4, Avril 2010, comm. 41, Tribunal de « *première instance* » de l'Illinois, *Époux Shames-Yeakel c/ Citizens Financial Bank,* 21 août 2009 (Case 07 C 5387).
- CARBONNIER J., note ss arrêt Cass. civ. 29 avr. 1938, *Sté des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c/ Amandric*, DP 1939, I, p. 94.
- D'AVOUT L., « *Internet. Accessibilité ou focalisation : la Cour de justice tranche mais ne convainc pas* », La Semaine Juridique Edition Générale, 31 Janvier 2011, n° 5, 129.
- FRANCESCAKIS Ph., note CA Paris, 7 juill. 1954, « *l'accès des prétoires est ouvert aux étrangers aux mêmes conditions qu'aux nationaux* », Rev. crit. DIP 1954, p. 552.
- GALLOUX J.-C. (obs.), CA Besançon, ch. soc., 20 oct. 2000, D. 2001, IR p. 432, Com., com. élec., janv. 2001, Comm. n° 6.
- GRYNGOGEL L., (obs.) T. com., ord. réf., 17 oct. 2006, Comm. com. Elec. 2006, comm. 156.
- HOLLEAUX D. note ss Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, n° 71-40-258 et n° 71-40-360, JCP, Ed. G, 1974, II, 17881.
- HOLLEAUX D. note ss Cass. ch. mixte, 28 juin 1974, n° 71-40-258 et n° 71-40-360, JCP, Ed. G, 1974, II, 17881.

- LEVENEUR L. note ss Cass. 3ème civ., 20 mai 2009, n° 08-13.230, Bull. 2009, III, n° 118, JurisData n° 2009-048241, Contrats, conc. consom. 2009, comm. 214, p. 15.

XI- Rapports

- Rapport 2016 de l'Union internationale des télécommunications sur les statistiques à fin 2016 [En ligne].
- Premier Rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« *directive sur le commerce électronique* »), COM/2003/0702 final.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. JORF n° 0035 du 11 février 2016.
- DELAPETA (ss dir. Marcel Boucher), « *La réglementation des contrats à distance : le temps d'un bilan* », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, publié par Union des consommateurs, Juin 2014, p. 23 et 28. [En ligne].
- Rapport fait par MM. Pierre HERISSON et Bruno SIDO, au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, pour la confiance dans l'économie numérique, n° 232, déposé le 3 mars 2004.
- Rapport du groupe de travail sur l'infrastructure juridique du document avec signature numérique, sur le thème « *la protection du document électronique : aspects techniques et juridiques* », Collection en ingénierie documentaire : 5, Mai 1999, réalisé dans le cadre du Chantier en ingénierie documentaire Coordonné par : Richard Parent et Nicole Boulet, [En ligne].
- A/CN.9/437- Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session, CNUDCI, Trentième session Vienne, 12-30 mai 1997 (New York, 18-28 février 1997).
- Le treizième Rapport annuel d'activité de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement (OSCP), relatif à l'exercice 2015, adressé par Monsieur François Villeroy de Galhau, gouverneur de la Banque de France, président de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, à Monsieur le ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique Monsieur le ministre des Finances et des Comptes publics Monsieur le président du Sénat et Monsieur le président de l'Assemblée nationale. [En ligne].
- Rapport d'activité Tracfin 2011, Ministère de l'économie et de finances. [En ligne].
- Rapport Giuliano-Lagarde concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 282, 31 oct. 1980, p. 28. [En ligne].
- Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance

et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009 COM (2009) 174 final.
- Rapport sur le commerce électronique et le développement, Secrétariat de la CNUCED, New York et Genève 2003, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, p. 202. [En ligne].
- Rapport 2016 de l'Union internationale des télécommunications sur les statistiques à fin 2016. [En ligne].

XII- Documents Web

- ARCHIMBAUD J.-L., « *Certificats (électroniques) : Pourquoi ? Comment ?* », 29 pages. 2000, soumis le 1 février 2011, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00561730
- BENCHEKROUN S., « *La loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel* », Paru le 05.06.2012, En ligne : http://www.cabinetbassamat.com/actualite-sv.0.html?&tx_ttnews[pointer]=1&tx_ttnews[tt_news]=977&tx_ttnews[backPid]=17&cHash=ec41fb3bab
- BENSAOUD R., « *Le Maroc, 27ème pays le plus connecté au monde* », article publié le 09/10/2014, en ligne : http://www.quid.ma/societe/maroc-27eme-pays-connecte-au-monde/
- BOUHLAL R., LAHLOU S., « *Rapport marocain contrat et immatériel* », Association Henri Capitant, en ligne : http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/contrat_immateriel_2014/Maroc_1.pdf
- CAPRIOLI E. A., « *Le juge et la preuve électronique. Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique* », publié le 10 janvier 2000, Juriscom.net
- COUPEZ F., « *Signature électronique : un reboot pour enfin trouver son public ?* », Newsletter ATIPIC, rubrique « le sujet du mois », Cabinet d'avocat ATIPIC.
- EL HAMMOUMI IDRISSI M.-E.-A. « *Les contraintes et les opportunités juridiques liées au développement des réseaux de distribution électronique au Maroc* », publié le 2 novembre 2010, En ligne : http://www.jurilexblog.com/les-contraintes-et-les-opportunites-juridiques-liees-au-developpement-des-reseaux-de-distribution-electronique-au-maroc-3-262806
- MARCUS L., « *La sécurisation des transactions électroniques : vers un marché numérique européen* », Actualité du 9 décembre 2015, www.ceje.ch
- MAS S., « *L'appréhension par le droit, de la preuve sur les réseaux numériques, Approche technico-juridique* », Juriscom.net, 1er mars 2007.

- VARET V., DESPOISSE A., « *Obligations d'identification en ligne : contenu, risques et sanctions* », chronique publié le 13/09/2013 au JDN « *Journal Du Net* ».

Table des matières

Partie I - L'encadrement du Contrat électronique International 36

Titre I - Les conditions de conclusion du Contrat électronique International 39

Chapitre I - Le consentement par voie électronique 43

Section I - L'incontournable obligation précontractuelle d'information dans le contrat électronique 44

Sous-section I - Contenu de l'obligation précontractuelle d'information 48

I - L'obligation d'information précontractuelle dans l'espace européen 49

A - La diversité des sources européennes 49

1 - L'information relative au cybercontractant 50

2 - L'information relative à l'offre 55

B - Les perspectives de l'information précontractuelle dans les Etats membres : exemples français et belge 60

1 - La redondance informative en droit français 64

a - L'affirmation d'une obligation générale d'information en droit commun 64

b - Une obligation spécifique d'information 70

2 - Le droit belge sur les obligations d'information précontractuelle 83

a - Obligation d'information contractuelle se rapportant à l'identification du contractant 83

b - Informations sur les conditions contractuelles 85

II - Les perspectives du devoir d'information précontractuelle en droit comparé 89

A - L'état de la question en droits marocain et suisse 91

1 - L'obligation précontractuelle d'information en droit marocain 92

a - Les obligations d'information relatives à l'identité du cybercommerçant 93

b - Les obligations d'information relatives à l'offre 96

2 - La faible valeur ajoutée du droit suisse aux l'obligation précontractuelle d'information 98

a - Les informations requises 99

b - Les lacunes du cadre légal 101

B - L'approche des pays Nord-américains 105

1 - L'approche américaine 106

2 - L'approche canadienne 112

Sous-section II - Exécution de l'obligation précontractuelle d'information 122

I - Un manque de précision regrettable 123

A - Sur les informations relatives à l'identification 124

B - Sur les informations relatives aux conditions contractuelles 130

C - Le moment de la fourniture de l'information 134

II - La sanction de l'inexécution de l'obligation d'information précontractuelle 136

A - Sanctions civiles 137

B - Sanctions pénales ou administratives 142

Section II - La phase contractuelle 148

Sous-section I - L'offre électronique 150

I - Spécificités de l'offre en ligne 152

A - L'internationalité de l'offre électronique 152

B - Les modalités de l'offre électronique 154

1 - L'intérêt de la distinction 155

2 - Les critères de distinction 157

II - Qualification de l'offre électronique 160

A - Offre ou simple invitation à entrer en pourparlers ? 160

B - Offre et publicité, quelle nuance ? 163
III - Les conditions de validité de l'offre électronique 169
A - Contenu de l'offre en ligne 170
1 - Conditions de l'offre 171
2 - Eléments essentiels de l'offre 174
B - Période de validité de l'offre en ligne 183
Sous-section II - L'acceptation 188
I - Le formalisme électronique de conclusion du contrat 189
A - Le processus d'acceptation expresse 190
1 - La pratique du double clic : l'acceptation confirmée 190
2 - L'acceptation par un seul clic 194
B - L'acceptation tacite et la portée du silence 196
1 - L'ambiguïté volontaire autour de l'acceptation des conditions générales d'utilisation 196
2 - L'acceptation résultant du silence 201
II - Le moment de formation du contrat par voie électronique 206
A - L'approche convenable au contrat électronique 206
1 - Intérêts pratiques 207
2 - Théories en présence 208
a - Les grands principes adoptés 209
b - L'appréciation pratique de la théorie de la réception dans le contrat électronique 210
B - La tendance législative selon les textes spécifiques au commerce électronique 212
1 - L'état de la question en droit international 212
2 - Les perspectives en droit continental 216
3 - Les solutions en *common law* 220
Chapitre II - Le formalisme contractuel à l'épreuve du contrat électronique 224
Section I - La preuve de l'engagement électronique 225
Sous-section I - Les règles de la preuve adaptée au contrat électronique 226
I - La reconnaissance juridique de la force probatoire de l'écrit électronique 228
A - L'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit traditionnel 228
B - L'archivage de l'écrit électronique 235
II - L'écrit *ad validitatem* 239
A - Validité de la forme électronique du contrat 239
B - Limites à la validité du contrat électronique 241
Sous-section II - Les moyens de preuve électroniques admissibles 243
I - Conditions de recevabilité de la preuve électronique 243
A - Les critères généraux d'admissibilité de la preuve électronique 244
B - Le pouvoir d'appréciation du juge du fond 248
II - Les critères d'admissibilité concernant l'acte authentique électronique 255
A - Force probante de l'acte authentique électronique 256
1 - Notion de l'acte authentique électronique 257
2 - Valeur de l'acte authentique électronique 259
B - Etablissement de l'acte authentique électronique 263
1 - Le processus de formation de l'acte authentique électronique 263
2 - L'acte authentique électronique à distance 266
3 - La conservation de l'acte 268
Section II - La signature électronique 271
Sous-section I - Reconnaissance juridique de la signature électronique 272
I - Naissance d'une législation internationale 272

A - La signature électronique au regard de la loi type de la CNUDCI 273
B - Perspectives en droit européen 275
II - Emergence dans les droits nationaux 279
A - Perspective dans les pays de Nord-américains 279
1 - Etats-Unis 279
a - Initiatives des états 280
b - Initiatives fédérales 282
2 - Canada 283
a - Initiatives fédérales 284
b - Initiatives provinciales 285
B - Perspective dans les pays de droit continental 287
1 - Le point de départ dans les pays européens 287
a - La législation allemande sur les signatures électroniques 287
b - Le droit Italien sur les signatures électroniques 290
2 - L'approche française de la signature électronique 294
Sous-section II - Conditions de fiabilité pour l'équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite 297
I - De la signature manuscrite à la signature électronique : quel apport ? 298
A - Deux actes ressemblants mais différents 298
B - Formes de la signature électronique 300
1 - Une panoplie de catégories 301
2 - Différents niveaux de signature électronique 303
a - La signature numérique 303
b - Signature électronique 308
II - La fiabilité du procédé de signature électronique 312
A - Fonctions de la signature électronique et les conditions de fiabilité 313
1 - Conditions légales de fiabilité de la signature électronique 314
2 - Les exigences techniques de fiabilité 318
B - Système d'authentification du signataire et de sécurisation des échanges numériques 321
1 - Certificat et autorité de certification 322
a - Le certificat électronique 322
b - Les autorités de certification 326
2 - La reconnaissance internationale des certificats de signature électronique 329
a - Le cadre européen : vers l'unification du marché numérique 329
b - Le cadre international : vers une reconnaissance mutuelle des signatures et certificats électroniques 331
Titre II - L'exécution du Contrat électronique International 335
Chapitre I - Le paiement électronique 336
Section I - Le régime juridique des paiements électroniques 338
Sous-section I - Le régime des transferts internationaux de fonds 338
I - Notions à retenir 338
A - Notion des paiements internationaux 338
B - La notion de transferts de fonds 339
II - Transferts internationaux de fonds se rapportant aux transactions courantes et commerciales 341
A - Le rôle du Fonds monétaire international 341
B - Compétences de l'Organisation mondiale de commerce concernant les transferts de fonds afférents aux transactions commerciales 343
III - Les transferts internationaux de fonds et la loi type de la CNUDCI sur les virements

internationaux 345
Sous-section II - Les paiements transfrontaliers au sein de l'Union européenne 346
I - Recommandations européennes 347
II - Directives européennes 348
A - Directive services financiers à distance 349
B - Directives sur les services de paiement 350
Section II - Les principales solutions de paiement électronique 353
Sous-section I - Les moyens traditionnels de paiements mis en ligne 353
I - L'utilisation de la carte de paiement 354
A - La sécurisation des paiements par carte bancaire 354
B - Sécurité juridique des paiements par carte bancaire 357
II - L'utilisation des autres moyens traditionnels de paiement adapté au numérique 360
A - Chèque virtuel 361
B - Le télévirement 362
Sous-section II - Les solutions de paiement électronique 363
I - La monnaie électronique 363
A - Définition de la monnaie électronique 364
B - Mode de fonctionnement de la monnaie électronique 365
C - Limites de la monnaie électronique 367
II - La monnaie virtuelle 369
A - Monnaie virtuelle : notion et qualification 369
B - *Bitcoin*, une monnaie légale ? 371
C - Vers une régulation de la monnaie virtuelle « *bitcoin* » et les risques y afférents 374
Chapitre II - Le régime de protection dans l'exécution du contrat électronique 383
Section I - Le régime de la responsabilité dans l'exécution du contrat électronique 386
Sous-section I - Le régime spécial de la responsabilité des opérateurs de commerce électronique 386
I - La responsabilité de plein droit dans le système juridique français 386
II - La portée des clauses limitatives de responsabilité 392
Sous-section II - Le dispositif de protection concernant l'exécution de la commande 395
I - Le dispositif de protection concernant la livraison 395
A - L'obligation d'exécution dans le délai déterminé 395
B - Le dispositif de protection concernant le transfert des risques 400
II - L'obligation de conformité 402
A - Les évolutions législatives européennes 403
B - Les critères de la conformité 405
C - La mise en œuvre de la conformité 408
Section II - Le droit au regret dans les contrats conclus par voie électronique : la rétractation 413
Sous-section I - L'exercice du droit de rétractation 415
I - Conditions d'exercices de la rétractation 415
II - Modalités d'exercice de la rétraction 419
Sous-section II - Les effets de la rétractation 423
I - Le sort du contrat 423
II - Les obligations des parties 426
Partie II - Le rattachement du Contrat électronique international 431
Titre I - La détermination de la loi applicable au contrat électronique international 435
Chapitre I - En présence du choix des parties : la loi d'autonomie 437
Section I - Portée de la loi d'autonomie 437

Sous-section I - Le monopole des ordres juridiques étatiques 438
I - Principe 438
II - Naissance des normes non étatiques 440
Sous-section II - Les limites du monopole étatique 443
I - Les obstacles des normes étatiques 443
II - Les obstacles aux normes non étatiques 446
Section II - L'exercice de la liberté du choix 450
Sous-section I - Le choix par une clause contractuelle 450
I - Validité de la clause déterminant la loi applicable 451
II - Incorporation par référence dans les contrats électroniques 455
Sous-section II - Le choix ultérieur et le choix partiel 458
I - Le choix par un accord procédural 458
II - Le dépeçage volontaire 461
Chapitre II - En l'absence du choix : le rattachement objectif 464
Section I - Le rattachement normatif dans l'espace européen 464
Sous-section I - Les contrats électroniques conclus entre professionnels 466
I - La détermination de la loi applicable au fond du contrat électronique 466
II - La loi applicable à la forme du contrat électronique 470
Sous-section II - La détermination de la loi applicable au contrat électronique de consommation 471
I - Les règles protectrices du consommateur 472
II - La notion de l'activité dirigée 475
Section II - Le rattachement normatif dans l'espace extra-européen 481
Sous-section I - Le droit applicable au contrat électronique international 484
I - Les méthodes de détermination de la loi applicable au contrat électronique international d'origine conventionnelles 485
A - Les solutions conventionnelles de portée universelle 485
B - Le conflit des Conventions internationales 497
II - La loi désignée par les règles de conflits étatiques 504
A - Le trouble de méthodes de détermination de la loi applicable au contrat électronique international en droit français 506
B - La détermination de la loi applicable au contrat électronique international en droit comparé 511
Sous-section II - Le domaine de la loi applicable 534
I - Le domaine de la loi applicable eu regard du contrat électronique international 534
A - Les questions relevant de la loi applicable au contrat 534
B - Les questions exclues 539
II - Les exclusions à l'application de la loi désignée : l'incidence des lois de police 543
A - L'appréciation des lois de police au regard du contrat électronique 545
B - L'incidence des règles protectrices du cyberconsommateur 556
Titre II - Le rattachement juridictionnel et les modes électroniques de règlement des conflits 568
Chapitre I - La juridiction compétente dans le contrat électronique international 572
Section I - L'élection de for dans le contrat électronique international 573
Sous-section I - Les clauses attributives de juridiction dans le contrat électronique international 575
Sous-section II - Les clauses d'élection du for dans le contrat électronique international de consommation 581
Section II - Les juridictions objectivement compétentes 593
Sous-section I - Juge comptent dans les contrats électroniques entre professionnels 594

I - La compétence dans le droit international privé dans l'union européenne 596
II - La compétence dans le droit international privé en-dehors de l'Union européenne..... 607
Sous-section II - Juge comptent dans le contrat électronique international de consommation 611
I - La détermination de la compétence juridictionnelle de source européenne sous l'emprise du régime protecteur du consommateur 612
II - Régime extra-européen de compétence juridictionnelle dans le contrat électronique de consommation..... 621
Chapitre II - Les modes électroniques de règlement des conflits 624
Section I - Les spécificités du recours aux modes électroniques de règlement des conflits..... 628
Sous-section I - Les avantages escomptés 629
Sous-section II - Le cadre juridique des modes électroniques de règlement des conflits..... 635
Section II - Les modes de résolution des conflits aménagés pour le contexte numérique 640
Sous-section I - Les mécanismes innovatrices de résolution des conflits en ligne : négociation électronique et médiation en ligne 644
I - Cliquer pour négocier 644
II - Cliquer pour solliciter un tiers 648
Sous-section II - L'arbitrage électronique : cliquer pour se soumettre à la décision d'un tiers 661
I - Les clauses compromissoires dans les contrats électroniques internationaux 664
A - Le consentement à une clause compromissoire dans un contrat électronique international 665
B - La clause compromissoire dans les contrats électroniques de consommation..... 672
II - La pratique de l'arbitrage en ligne au regard des règles de procédure arbitrale 676
A - La procédure arbitrale à l'épreuve de l'électronique..... 678
B - Les expériences d'arbitrage en ligne 683

Résumé de Thèse

La réflexion sur la réglementation des contrats électroniques internationaux a pris, ces dernières années, une ampleur sans précédent.

L'usage accru des communications électroniques à l'échelle internationale participe de manière remarquable à améliorer l'efficacité des activités économiques et sociales, à renforcer les relations entre Etats et à offrir de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés.

Pour cette raison, l'adoption de règles uniformes propres à éliminer les obstacles et valoriser les contrats électroniques internationaux serait susceptible de renforcer la certitude juridique et la prévisibilité commerciale des contrats internationaux et pourrait aider les États à avoir accès aux itinéraires commerciaux modernes.

Le contrat électronique international constitue une nouvelle sphère qui mérite une recherche analytique afin de lui octroyer une sécurité juridique indispensable à son développement.

Ce travail de recherche vise, donc, à élaborer une analyse systématique critique de la réglementation en vigueur qui régit le contrat électronique international et à examiner alors les textes existants aujourd'hui au regard des attentes de l'époque.

Il vise à trouver les moyens juridiques susceptibles de garantir plus de sécurité au contrat électronique international.

****

Reflecting on the regulation of international electronic contracts has taken in recent years, an unprecedented scale.

The increased use of electronic communications internationally participates remarkably improve the efficiency of economic and social activities, to strengthen relations between States and to offer new market opportunities to the parties and to previously isolated markets.

For this reason, the adoption of uniform rules that will remove barriers and enhance international electronic contracts could strengthen legal certainty and commercial predictability for international contracts and may help States gain access to modern trade routes.

International electronic contract constitutes a new sphere that deserves an analytical research to award him legal certainty necessary for its development.

This research aims, therefore, to develop a systematic analysis of critical current regulations governing international electronic contract and then examine the existing texts today in light of expectations of the time.

It aims to find the legal means to ensure greater security at international electronic contract.