

# **La détermination de la loi et du juge compétent.**

<b><u>1.</u></b>	<b><u>LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ</u></b>	<b>2</b>
1.1	<u>LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE</u>	2
1.1.1	<u>les lois applicables à la forme de la convention</u>	3
1.1.1.1	<u>La tradition française : La loi du lieu de l'acte</u>	3
1.1.1.2	<u>le droit européen</u>	4
1.1.1.3	<u>La situation internationale</u>	4
1.1.2	<u>Les lois relatives au formalisme imposées aux parties</u>	5
1.1.2	<u>LES LOIS APPLICABLES AU FOND</u>	6
1.1.2.1	<u>Le principe d'autonomie de la volonté</u>	6
1.1.2.1.1	<u>Un principe de liberté</u>	6
1.1.2.1.2	<u>Les limites de l'autonomie</u>	7
1.1.2.2	<u>Le silence des parties quant à la loi applicable</u>	7
1.1.2.2.1	<u>Les indices</u>	7
1.1.2.2.2	<u>La prestation caractéristique</u>	8
1.1.2.2.3	<u>La pratique</u>	8
1.1.2.3	<u>Lois imposées aux parties</u>	9
1.2	<u>LE JUGE COMPÉTENT</u>	10
1.2.1	<u>le recours à un juge étatique</u>	10
1.2.1.1	<u>En cas de silence des parties</u>	10
1.2.1.1.1	<u>Compétence de principe du juge du domicile du défendeur</u>	10
1.2.1.1.2	<u>Les règles françaises</u>	10
1.2.1.1.3	<u>Les conventions de Bruxelles et de Lugano</u>	11
1.2.1.2	<u>La désignation du juge compétent par les parties</u>	11
1.2.2	<u>Le recours à un juge privé</u>	12
<b><u>2.</u></b>	<b><u>LE B TO B: LA CONVENTION DE VIENNE À L'ÉPREUVE DES RÉSEAUX</u></b>	<b>14</b>
2.1	<u>LE DOMAINE MATÉRIEL</u>	14
2.1.1	<u>Les contrats de vente</u>	14
2.1.2	<u>La vente de marchandises</u>	15
2.2	<u>LE DOMAINE DANS L'ESPACE</u>	15
2.2.1	<u>L'établissement des parties sur le territoire d'Etats différents</u>	15
2.2.2	<u>L'établissement à l'épreuve des réseaux</u>	16
<b><u>3.</u></b>	<b><u>LA DIRECTIVE 2000/31/CE DU 8 JUIN 2000</u></b>	<b>18</b>
3.1	<u>L'ACCÈS ET L'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ DE E-COMMERCE</u>	18
3.2	<u>LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE E-COMMERCE</u>	18
<b><u>4.</u></b>	<b><u>LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1955</u></b>	<b>19</b>
4.1	<u>CHAMP D'APPLICATION</u>	19
4.2	<u>LA LOI APPLICABLE</u>	19
<b><u>5.</u></b>	<b><u>LE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL</u></b>	<b>21</b>

Lors de la survenance d'un litige, le caractère international des échanges pose des difficultés accrues quant à la loi applicable et la compétence du juge. La dématérialisation des relations n'est donc pas sans conséquences sur les règles déterminant la loi applicable et le juge compétent.

Cette question de la loi applicable ainsi que du juge appelé à connaître de son application, ne trouve pas de réponse uniforme. En effet, des incompatibilités peuvent exister entre les ordres juridiques<sup>1</sup>, les conventions et les instruments internationaux peuvent différer d'un Etat à l'autre, les principes reconnus être dissemblables...

Afin, de clarifier les solutions dégagées, il importe de considérer :

1. Les principes directeurs du droit international privé
2. La relation contractuelle « B to B » dans le cadre de :
3. la convention de Vienne
4. la directive commerce électronique
5. la convention de La Haye
6. le droit pénal international.

## **1. Les principes directeurs du droit international privé.**

La régulation des litiges survenant à la suite des opérations transfrontières s'organise en déterminant la loi applicable et le juge compétent.

### ***1.1 La détermination de la loi applicable.***

Les lois devant régir une situation contractuelle à caractère international, de même que les règles nationales de droit international privé, peuvent être nombreuses, variées et contradictoires. Si la plupart des pays occidentaux posent le principe de l'autonomie de la volonté des parties. Cette volonté des parties pourra se trouver en conflit avec celle des Etats. En effet, d'une part, certains pays ne reconnaissent pas le principe d'autonomie de la volonté et d'autre part, l'ensemble des Etats se réservent des domaines pour lesquelles les dispositions de leur droit sont impératives et qu'il convient d'appeler « lois de police » ou encore « lois d'application immédiate.»

En matière contractuelle, il faut distinguer la loi applicable à la forme de la convention des règles devant la régir au fond.

---

<sup>1</sup> Entre systèmes romano-germaniques et de Common Law, entre l'ordre juridique communautaire et international, entre pays développés et en en voie de développement.

### 1.1.1 les lois applicables à la forme de la convention

La diversité des ordres juridiques est un facteur d'insécurité dans la mesure où un contrat en conformité avec tel système de droit peut être prohibé dans tel autre. Il convient donc d'étudier le droit français ainsi que le droit européen avant de considérer le cas d'une convention purement internationale.

#### 1.1.1.1 La tradition française : La loi du lieu de l'acte.

En France, comme dans l'ensemble des pays développés, la loi devant régir le formalisme contractuel est la « **Lex Loci Actus** » autrement dit, la **loi du lieu de l'acte**.

Cette solution a été consacrée en droit international privé par l'article 9 de la convention de Rome du 19 avril 1980<sup>2</sup> sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

**Concrètement, c'est le lieu de signature de l'acte qui va déterminer le formalisme nécessaire à la formation de la convention.**

*Appliquée aux réseaux, une telle solution paraît dépassée. En effet, sur le Net l'ensemble des contrats pouvant être conclus sont des **contrats entre absents**, c'est à dire des contrats passés à distance. Dès lors, il est très difficile de connaître le lieu exact de conclusion de la convention et par là même de déterminer quelles sont les conditions de formes qui doivent être respectées. A cet égard la **convention de Rome en son article 9-2 contribue à donner une esquisse de solution :***

**« 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 d'un de ces deux pays. »**

*Si cette disposition a le mérite de rassurer les parties au regard de la loi applicable, elle se distingue néanmoins de la règle traditionnelle de droit français selon laquelle, c'est le lieu de signature de l'acte qui va déterminer le formalisme. Les parties peuvent y voir une restriction de l'autonomie de leur volonté.*

*Fort heureusement, **il est possible de fixer conventionnellement le lieu de signature par le jeu de clauses particulières, par exemple :***

*« le présent contrat est réputé signé à New York » ou dans l'hypothèse de contrats d'application consécutif à un contrat cadre « Les contrats*

---

<sup>2</sup> Version complète : [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1980/fr\\_480A0934.html](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1980/fr_480A0934.html)

passés en application du présent accord seront réputés signés à new york.»

*Toutefois cette pratique est encadrée par un certain nombre de restrictions. En effet, le choix des parties ne doit pas être constitutif d'une fraude à la loi<sup>3</sup>. D'autres part, certains droits ne reconnaissent aucune liberté aux parties et par conséquent ne valident pas ce type de clause. Hormis ces hypothèses, ces clauses permettent aux parties de déterminer librement le formalisme nécessaire à la conclusion de leur convention.*

### **1.1.1.2 le droit européen**

Le droit européen, comme celui de l'ensemble des pays développés, consacre lui aussi le principe de la loi du lieu de la signature de l'acte et reconnaît la validité des clauses par lesquelles le contrat sera réputé signé à tel ou tel endroit. Une précision est cependant nécessaire au regard de son évolution. En effet, la convention de Rome du 18 avril 1980 prévoit que la loi applicable au fond de la convention pourra éventuellement être appliquée à la forme :

***Convention de Rome du 18 avril 1980 article 9 : « Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un pays est valable quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de formes 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. »***

Dès lors, par prudence, dans l'hypothèse du choix de deux lois différentes, l'une régissant le formalisme et l'autre le fond du contrat, les parties devront être vigilantes au respect du formalisme imposé par la loi qui gouverne la convention au fond.

### **1.1.1.3 La situation internationale**

*La loi applicable au formalisme d'un contrat conclu entre des personnes ressortissantes de pays différents n'est pas uniforme au niveau international. En effet, si la plupart des pays développés reconnaissent et ont adopté les solutions françaises et européennes :*

***certaines ordres juridiques moins libertaires ne reconnaissent pas la possibilité à leurs ressortissants de conclure des contrats sous l'empire d'une loi étrangère. Il est dès lors essentiel de se renseigner au cas par cas en***

---

<sup>3</sup> Voir : [§1.1.2.1.2](#) p.7 pour plus de détails.

***fonction du pays d'origine du cocontractant afin de déterminer avec certitude quelles sont les formalités impératives préalables à la conclusion d'un contrat valable.***

### **1.1.2 Les lois relatives au formalisme imposées aux parties**

Tout d'abord, si l'un des cocontractants est un ressortissant d'un Etat qui ne reconnaît pas l'autonomie de la volonté des parties, celles-ci devront s'y conformer. Certaines dispositions étatiques doivent être impérativement respectées bien que la loi du contrat ne l'impose pas. En effet, Ainsi, la publication de la convention peut être exigée pour être opposables aux tiers. Il faut considérer plusieurs formes de publicité :

- 1. La publicité administrative ;**
- 2. La publicité réelle ;**
- 3. Déclaration à l'INPI article R.624-1 du CPI :**

« Tout contrat ou avenant de contrat ayant pour objet l'acquisition par une personne physique ou morale dont le domicile ou le siège social est situé en France, à une personne physique ou morale dont le domicile ou le siège social est situé à l'étranger, de droit de propriété industrielle ou de tous éléments intellectuels relevant de l'aide scientifique et technique sous toutes ses formes, notamment le savoir-faire et l'ingénierie, est soumis à déclaration auprès de l'INPI.»

Les contractants devront donc être extrêmement vigilants quant aux obligations de publicité inhérentes au domaine de la convention, dont il ne peut être dressé une liste exhaustive.

## **1.1.2 Les lois applicables au fond**

La détermination de la loi applicable au contrat comporte sensiblement les mêmes caractéristiques que celle du formalisme. Les pays occidentaux consacrent une nouvelle fois le principe de l'autonomie de la volonté des parties dans le cadre contractuel alors que dans les pays asiatiques ainsi que dans ceux en voie de développement la volonté des Etats s'oppose à celle des cocontractants.

### **1.1.2.1 Le principe d'autonomie de la volonté**

La désignation par les parties de la loi devant régir leurs relations contractuelles est une faculté largement reconnue à travers le monde. Cette acception de la liberté des parties peut aller jusqu'à la possibilité de ne soumettre le contrat à aucune loi, mais aux principes de la **Lex mercatoria**. Appliqué aux réseaux, il n'est pas inintéressant de noter que certains auteurs vont jusqu'à parler de « lex electronica ».

1. Les parties devront être particulièrement vigilantes au regard de la position des Etats à l'égard du principe d'autonomie.
2. En effet, si ce dernier n'est pas reconnu, dans l'hypothèse d'un litige, celui-ci pourra être plaidé devant les juridictions et en application de la loi du « système juridique nationaliste.»

#### **1.1.2.1.1 Un principe de liberté**

Bien qu'il soit largement reconnu, le principe d'autonomie de la volonté peut varier selon les ordres juridiques considérés. En effet, dans un premier temps, cette liberté se fondait sur le postulat que les parties étaient les plus aptes à déterminer la plus juste localisation d'un rapport de droit. Cette « liberté raisonnée»<sup>4</sup> était peu contraignante pour les parties qui, hormis les cas de fraude, choisissaient la loi la plus adaptée à leur relation contractuelle. Pourtant, la tendance actuelle est à une conception plus absolue de l'autonomie de la volonté des parties qui n'ont plus à justifier de l'intérêt que présente à leur égard telle ou telle loi. Cette position est consacrée par la convention de Rome qui permet non seulement aux parties d'élire la loi de leur choix, mais également d'en changer en cours de contrat.

Une fois déterminée l'attitude des Etats d'origine des parties au regard du principe d'autonomie, les parties devront insérer une formule claire, déterminant la loi applicable à leur relation contractuelle :

---

<sup>4</sup> « liberté raisonnée » Expression de Michel Vivant in Lamy droit de l'informatique et des réseaux éd 2001 p.933 §1633.

« *Le présent contrat sera régi par la loi française* »

« *Le présent contrat est soumis en son entier à la loi française* »

« *The licence shall be construed and take effect in all respects according to english law* »

### **1.1.2.1.2 Les limites de l'autonomie**

#### **1. Fraude**

Un choix dicté par la seule volonté d'échapper aux dispositions légales de tel ou tel ordre juridique sera qualifié de **fraude à la loi** et ne sera donc pas valable. Par exemple, un créateur (auteur) belge contracte avec une entreprise française qui, soucieuse de pouvoir déformer l'œuvre, insère au contrat une clause de renonciation pleine et entière au droit moral par l'auteur. Cette clause ne peut exister ni en droit français ni en droit belge. Dès lors, la société française peut être tentée de placer le contrat sous l'empire du droit américain qui ne fait que peu de cas du droit moral des auteurs. Il ne fait alors aucun doute que la manœuvre frauduleuse serait condamnée par le juge belge en cas de litige.

#### **2. Choix apparent ou choix fantaisiste**

Le choix d'une loi parfaitement inappropriée serait lui aussi invalidé. Par exemple, élire la loi tibétaine pour régir une situation de droit maritime !

### **1.1.2.2 Le silence des parties quant à la loi applicable**

En cas de silence des parties quant à la loi qu'elles souhaitent voir appliquée à leur relation contractuelle ou dans l'hypothèse d'une invalidation de leur choix, le juge dispose de plusieurs méthodes de détermination : indices objectifs, prestation caractéristique, la pratique...

#### **1.1.2.2.1 Les indices**

Quand la loi n'a pas été prédéterminée, il appartient au juge de définir quelle sera la loi régissant les relations contractuelles. Il ne fait aucun doute que les juges auront tendance à reconnaître l'application de leur droit national, qu'ils manient au quotidien, plutôt que d'appliquer un droit étranger qu'ils ne maîtrisent que tout relativement. Cependant, en théorie, le juge doit rechercher des indices objectifs du rattachement d'une opération contractuelle avec tel ou tel ordre juridique. La détermination de la loi applicable sera alors le fruit d'un faisceau d'indices concordants.

La **convention de Rome du 18 juin 1980**, si elle pose d'autres critères, n'en dispose pas moins dans son article 4-1 :

**« Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits »**

Concrètement cela signifie que le juge devra déterminer avec quel ordre juridique le contrat entretient les liens les plus actifs. Les indices sont divers et variés. Il s'agit notamment de : la langue de rédaction, la référence à des droits surabondant à un ordre juridique déterminé, de la monnaie utilisée ou encore de l'indication d'un usage reconnu sur une place identifiée.

Toutefois, il est des espèces dans lesquelles les indices sont peu nombreux et parfois contradictoires, c'est pourquoi le juge doit pouvoir recourir à d'autres techniques de détermination de la loi applicable. La pertinence de la langue ou de la monnaie utilisée est moindre dans le contexte d'un réseau ouvert de type Internet.

#### ***1.1.2.2 La prestation caractéristique***

Quand les indices ne sont pas suffisamment probants pour permettre la détermination de la loi la plus adaptée à la relation contractuelle, une première tendance, déjà ancienne, reconnaît le contrat comme étant soumis à la loi du lieu où il avait été conclu. On imagine aisément les difficultés soulevées par ce type de solution. Une partie asiatique et une autre européenne se trouvent dans un pays à mi-chemin, par exemple sur le territoire du Qatar, verraient leur relation régi par le droit musulman !

Pour éviter une situation aussi absurde, les juges ainsi que la doctrine ont développé, sur le fondement de la convention de Rome de 1980, « la théorie de la prestation caractéristique » selon laquelle :

**Chaque contrat se caractérise par une prestation identifiable et rattachable à un ordre juridique.**

Par exemple en présence d'un contrat de vente, ce n'est pas le versement du prix qui définit le contrat mais la délivrance et la conformité du bien. Dès lors, la loi retenue sera celle de l'auteur de la prestation caractéristique, en l'espèce celle du vendeur.

#### ***1.1.2.3 La pratique***

En droit international privé il est désormais classique de se référer à **la lex mercatoria** telle que dégagée par Bertold Goldman. Désormais la présence croissante des réseaux dans les échanges a permis le développement en doctrine de formules telle que « **lex electronica** » ou encore « **lex mercatoria numerica** ». Ces expressions doivent être prises avec beaucoup de prudence, l'idée d'un droit mondial uniforme et harmonisé issu de la pratique, étant une vision de l'esprit ne correspondant à aucune réalité. Cependant, la **lex mercatoria** est bien connue, tant des juges que des arbitres. Pour s'y référer, il importe de rédiger une clause sans références particulières à la conclusion du contrat en ligne :



*« les dispositions du présent contrat devront être interprétées selon les principes généraux du droit »*

*« Toutes difficultés pouvant surgir dans l'exécution du présent contrat devront être réglées selon les principes du droit international »*

*« Toutes difficultés devront être réglées en raison et en équité »*

*« Le présent contrat est régi par les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. »*

### **1.1.2.3 Lois imposées aux parties.**

Une fois la loi du contrat déterminée par les parties, il ne faut pas oublier certaines normes législatives appelées à interférer avec la volonté exprimée dans la convention. Du respect de ces dispositions dépend l'efficacité du contrat.

Il s'agit :

1. **Des lois réelles** : C'est à dire celles fixant le statut de la propriété.
2. **Des lois de police (ou d'application immédiate)** : La difficulté est alors qu'une grande diversité existe entre les Etats. Dès lors une grande prudence s'impose.

Selon Michel Vivant : *« [il faut] ... identifier tous les points de contact qu'une opération donnée peut avoir avec différent pays et demander dans chacun de ces pays à un correspondant local de dresser un état des lieux des lois de police dudit pays. »*

Usuellement il convient d'être spécialement vigilant quant aux dispositions concernant :

1. La concurrence,
2. La monnaie et le change,
3. Les restrictions à l'exportation (ou à l'importation),
4. Ainsi qu'à la circulation des marchandises.
5. ou encore les lois relatives à l'informatique et aux libertés.

## **1.2 le juge compétent**

Le principe de liberté des parties s'étend jusqu'au choix du juge et de la juridiction compétente. Il est également possible d'opter en faveur d'un juge privé par le recours à l'arbitrage.

### **1.2.1 le recours à un juge étatique**

Dans la plupart des ordres juridiques les parties peuvent désigner dans de leur convention la juridiction qui aura à trancher le litige dans l'hypothèse d'un conflit.

Pourtant, il ne faut pas oublier que certains pays ne donnent aucune liberté de choix à leurs ressortissants. Dans leur ensemble, les pays industrialisés reconnaissent cependant la liberté de choix du juge ainsi que des juridictions.

#### **1.2.1.1 En cas de silence des parties**

- . Le principe est la compétence du juge du domicile du défendeur ;
- . Toutefois, d'autres règles de compétences peuvent être retenues en application du droit français ou encore des conventions de Lugano et de Bruxelles ;

##### ***1.2.1.1.1 Compétence de principe du juge du domicile du défendeur***

Sans préjuger du droit applicable, le principe est presque universellement reconnu :

**Il est possible d'assigner une personne physique ou morale devant les tribunaux dans le ressort desquelles elle a son domicile ou son siège social.**

L'hypothèse d'un contentieux intra-communautaire est envisagée par la **convention de Bruxelles du 27 septembre 1968<sup>5</sup> article 4**, qui consacre, elle aussi, avec **La convention de Lugano<sup>6</sup>**, la compétence de principe du juge du domicile du défendeur.

Cependant des dispositions particulières subsistent et le droit n'est pas uniforme malgré un consensus autour de la compétence du juge du tribunal du défendeur.

##### ***1.2.1.1.2 Les règles françaises***

Si le droit français reconnaît la compétence de principe, le **juge du lieu d'exécution du contrat** peut lui aussi être compétent.

---

<sup>5</sup> JOCE 11 avril 1983, n° C 97, p.1 et suivantes.

<sup>6</sup> Convention de Lugano 16 septembre 1988, JO 5 février 1992, p.1864.

En outre, les articles 14 et 15 du code civil consacrent l'existence d'un **privilège de juridiction** au bénéfice des citoyens français. Ainsi, le ressortissant français peut-il assigner son adversaire devant les juridictions françaises en dépit de règles de conflits désignant une juridiction étrangère. Naturellement, il faut relativiser la portée des articles 14 et 15 du code civil. Le problème du rayonnement international de la décision française restant ardu. Si l'application de la solution ne fait pas de difficultés en France, son exécution à l'étranger est toute entière soumise à la volonté des Etats.

De telles dispositions ne sont cependant pas à négliger dans l'hypothèse où le cocontractant du citoyen français dispose de biens saisissables sur le territoire de l'hexagone. De nombreux ordres juridiques reconnaissent la même faculté à leurs ressortissants.

### ***1.2.1.1.3 Les conventions de Bruxelles et de Lugano***

L'article 5 de la **convention de Bruxelles** reconnaît également une solution alternative à la compétence du tribunal du domicile du défendeur. En matière contractuelle, le juge compétent peut être celui du **lieu de l'exécution de l'obligation en litige** du contrat. Les ordres juridiques français et communautaires sont différents. En effet, en droit communautaire, c'est le lieu de l'exécution de l'obligation litigieuse qui est pris en compte alors qu'en droit français c'est le lieu de l'obligation principale<sup>7</sup>.

La convention de Lugano, quant à elle, pose les mêmes principes que la convention de Bruxelles.

### **1.2.1.2 La désignation du juge compétent par les parties**

Afin de limiter les incertitudes inhérentes au silence des parties celles-ci devront insérer une **clause attributive de compétence juridictionnelle** (ou clause d'élection de for) qui pourra être :

- « *Le tribunal compétent pour connaître de toutes difficultés contractuelles éventuelles sera le tribunal de [nom de la ville]* »
- « *Tous les litiges qui pourraient naître du présent contrat relèveront de la compétence exclusive du tribunal [ d'instance, de commerce...] de [nom de la ville]* ».

Le recours à de telles clauses est licite et conseillé même s'il existe des limites.

En témoigne, **l'article 17 de la convention de Bruxelles** :

« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les

tribunaux de cet Etat sont les seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue :

- i. **Par écrit ou verbalement avec confirmation écrite**, soit
- ii. Sous une forme qui soit conforme aux **habitudes** que les parties ont établies entre elles, soit ;
- iii. Dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un **usage** dont les parties avaient connaissance et qui est **largement connu et régulièrement observé** dans ce type de commerce par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.»

Dans l'hypothèse où les parties n'ont aucun rattachement avec un Etat signataire de la convention de Bruxelles, les tribunaux des Etats contractants ne pourront être saisis tant que le ou les tribunaux désignés n'auront pas décliné leur compétence.

## 1.2.2 Le recours à un juge privé

Le recours au juge étatique présente un certain nombre d'inconvénients au nombre desquels la publicité des débats, la perte de contrôle sur le processus de règlement du litige, la longueur de la procédure... Dans un tel contexte, il est usuel d'insérer une clause compromissoire au contrat qui devra jouer préalablement au contentieux judiciaire.

### 1. Liberté de recourir à l'arbitrage :

Là encore, la liberté est de rigueur, **les parties pouvant décider de soumettre l'ensemble des conflits ou certaines catégories déterminées de litiges à l'arbitre.**

### 2. Arbitre, collège et institution arbitral :

Les parties désignent **un arbitre, un collège** ou une **institution arbitral** qui aura en charge de trancher les désaccords susceptibles de survenir durant la vie du contrat. Il est important de noter les différences qui existent entre les différentes formules. En effet, le recours à une institution arbitrale emporte une restriction à la liberté des parties dans la mesure où elle implique l'adhésion **au « règlement d'arbitrage »** de l'institution.

---

<sup>7</sup> Pour une illustration pratique voir : Cass 1<sup>ère</sup> civ, 6 juill. 1999, n° 97-18.722 Lamyline.

### 3. L'arbitrabilité :

Tous les litiges ne sont pas arbitrables. Les parties ne peuvent y soumettre une question intéressant l'ordre public<sup>8</sup> ou un litige dont la résolution retient sur les droits des tiers. Ainsi, dans une telle situation, la partie qui serait en désaccord avec la décision de l'arbitre pourrait en empêcher l'exequatur sur le fondement de l'inarbitrabilité.

### 4. la clause compromissoire :

Il importe de distinguer la clause compromissoire de la rédaction du compromis d'arbitrage qui en règle les modalités.

La clause compromissoire de la CCI<sup>9</sup> :

*« tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement. »*

Il importe de définir précisément les difficultés qui seront soumises à arbitrage<sup>10</sup> :

- *« Toute controverse, contestation ou questions soulevées à propos du présent contrat ou s'y rapportant... feront l'objet d'un arbitrage. »*
- *« Pour toutes les difficultés qui pourraient surgir et se rapportant à l'exécution du présent contrat, les parties conviennent d'attribuer compétence exclusive à un collège arbitral désigné selon les conditions ci-après. »*

Un aspect particulier du droit international est constitué par la vente de marchandises organisée par la **convention de Vienne du 11 avril 1980**<sup>11</sup> qui dans le cadre des relations entre professionnels est mise à l'épreuve des réseaux.

---

<sup>8</sup> Au sens du droit français et non du droit international.

<sup>9</sup> Chambre de commerce international.

<sup>10</sup> Clauses types in Lamy informatique & réseaux par M.Vivant et C.Lestanc p.942 § 1675.

<sup>11</sup> Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

Version complète en anglais, arabe et japonais sur :

<http://www.uncitral.org/french/texts/sales/salesindex-f.htm>

## 2. Le B to B: La convention de Vienne à l'épreuve des réseaux

Il convient de s'intéresser au champ d'application matériel de cette convention dans le cadre d'échanges réalisés via un site web avant d'envisager son champs d'application dans l'espace.

### 2.1 *Le domaine matériel*

La convention de Vienne concerne les contrats de vente ( 2.1.1) de marchandises (2.1.2)

#### 2.1.1 Les contrats de vente

La convention de Vienne entend par vente un accord translatif de propriété.

**Les contrats de prêt et de location sont donc exclus.** Dès lors, la vente en ligne par abonnement avec essai gratuit des logiciels ne rentre pas dans le champ d'application de la convention.

La convention n'a pas non plus vocation à s'appliquer à différentes catégories de contrats :

- **Les contrats de fourniture de marchandise à fabriquer** ou à produire lorsque l'acheteur fourni une part essentielle des éléments matériels nécessaires à la fabrication ou à la production.
- **Les contrats complexes associant une prestation de service** à l'obligation pour le vendeur de fournir les marchandises.
- **Les ventes sur saisie, par autorité de justice ou aux enchères**<sup>12</sup> en raison des réglementations locales.

L'exclusion des ventes aux enchères associée à la loi du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques et se rapportant en partie aux enchères électroniques doit être mis en rapport avec les opérations réalisées entre professionnels sur les places de marché sur Internet (market place)<sup>13</sup>. En effet, ces opérations sont susceptibles d'être considérées par le juge comme constituant des enchères publiques

---

<sup>12</sup> Article 2 de la convention de Vienne.

<sup>13</sup> Voir article 3 de la loi du 10 juillet 2000, J.O. 11 juillet 2000, p. 10474.

devant être exclues du champs d'application de la convention de Vienne. Le doute plane encore quant à cette qualification qui n'est pas souhaitable et ne devrait pas être retenue.

### 2.1.2 La vente de marchandises

L'article 2 de la convention exclu expressément :

- Les valeurs mobilières
- Les effets de commerce et monnaie.
- Les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs, aéronefs.
- Les ventes d'électricité.

Usuellement, ne sont considérés comme des marchandises au sens de la convention uniquement les **biens corporels**. Toutefois, il est permis de penser que les dispositions relatives aux biens corporels, tant qu'elles sont adaptées, peuvent s'appliquer par analogie aux biens incorporels.

Il faut bien noter que les contrats exécutés en ligne portent sur des biens par nature immatériels, ainsi, la convention de Vienne a comme vocation de régir les seuls contrats conclus en ligne mais exécutés hors ligne.

## 2.2 Le domaine dans l'espace

Pour que la convention de Vienne soit applicable les parties doivent être établies sur le territoire d'Etats différents, ce qui n'est pas sans poser de problèmes en matière de contrats électroniques.

### 2.2.1 L'établissement des parties sur le territoire d'Etats différents.

L'article 1-1 de la convention pose comme **critère unique**, c'est à dire à l'exclusion de tous les autres, **de l'internationalité de la vente, l'établissement des parties sur le territoire d'Etats différents**<sup>14</sup>.

Dans l'hypothèse d'une pluralité d'établissement, il faut prendre en considération « *l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.* » Article 10a de la CVIM.

En outre, les parties doivent avoir connaissance du caractère international du contrat lors de sa conclusion<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Peu importe le lieu de l'exécution, la nationalité des parties ...voir article 1-3 de la CVIM.

Enfin, les parties doivent être établies dans des Etats signataires de la convention de Vienne ou que la loi applicable au contrat par la règle de conflit soit celle d'un Etat ayant adhéré à la CVIM.

## 2.2.2 L'établissement à l'épreuve des réseaux

Le problème central inhérent à l'Internet est celui de la volatilité du lieu d'établissement du cocontractant.

Une première ébauche de solution serait de rattacher le lieu d'établissement aux TLD (Top Level Domain) géographiques nationaux. Cette solution n'est pourtant pas satisfaisante dans la mesure où de nombreux sites sont exploités sous les extensions « .com » et « .biz ». De plus, tous les organismes d'attribution des noms de domaines n'offrent pas les mêmes garanties que l'AFNIC. Enfin conférer le statut d'établissement stable à un site Web n'est pas reconnu. Le comité des Affaires fiscales de l'OCDE appréhende le site Internet comme une combinaison de logiciels et de données électroniques constituant une entité dématérialisée non localisable<sup>16</sup>. La solution doit être déterminée au regard du caractère éphémère et non localisable du site. En effet, ce-dernier peut être hébergé chez un prestataire tiers sans considération de frontières. En outre, le responsable peut changer de prestataire à tout moment.

*La directive du 8 juin 2000 dispose : « le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'installation stable et pour une durée indéterminée. »*

Nous pouvons regretter l'absence d'une définition harmonisée de ce qu'est un établissement stable entre la directive et la CVIM. Néanmoins, il n'existe pas de contradiction majeure entre les deux textes. La CVIM devra être lue à la lumière des dispositions de la directive.

Notamment, de l'article 5 relatif à l'obligation d'information : « les Etats membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes :

- a. l'adresse géographique du prestataire
- b. Ses coordonnées, y compris électroniques, permettant d'entrer rapidement en contact avec lui ainsi que de communiquer directement et efficacement avec lui.

---

<sup>15</sup> Article 1-2 de la CVIM.

<sup>16</sup> Commentaires du 22 décembre 2000 relatif à l'article 5 de la convention fiscale modèle de l'OCDE. Bien que des auteurs, dont Frédérique Olivier, avancent la possibilité de conférer aux sites web le caractère d'établissement stable.



c. Le registre dans lequel il est inscrit.

Ce devoir d'information se retrouve dans le projet de loi sur la société de l'information.

La convention de Vienne semble donc assez mal supporter l'adaptation aux réseaux. Elle ne pourra s'appliquer aux transactions exécutées en ligne et la détermination du caractère international du contrat est encore incertaine. Bien souvent il faudra en revenir à l'application des règles de conflit de lois. Il convient alors d'étudier les dispositions de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 et de la convention de La Haye du 15 juin 1955, la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ayant été évoquée précédemment.

### **3. La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000**

La directive effectue la distinction traditionnelle entre les lois applicables à l'accès et à l'exercice de l'activité de commerce électronique et la loi applicable aux contrats de commerce électronique que le texte n'a pas vocation à régir.

#### ***3.1 L'accès et l'exercice de l'activité de e-commerce***

La directive consacre le principe communautaire selon lequel l'activité du prestataire de service relève principalement de la loi du **pays dans lequel il a son établissement**<sup>17</sup>. **Toutefois, son article 3** y apporte des limites : L'application de la loi du pays d'origine se limite au « domaine coordonné », c'est à dire aux règles qui ont été harmonisées au plan communautaire<sup>18</sup>.

#### ***3.2 La loi applicable au contrat de e-commerce***

Ici se retrouve le principe de l'autonomie de la volonté. La loi applicable aux contrats de commerce électronique ne sera pas déterminée en application du principe « **de la loi du pays d'origine** ». Par conséquent, il convient d'appliquer les règles traditionnelles de désignation de la loi applicable évoquées précédemment.

---

<sup>17</sup> Voir : considérant 22.

<sup>18</sup> Voir article 2.h de la directive.

## 4. La convention de La Haye de 1955

La convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets corporels est entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> septembre 1964. Elle a vocation à s'appliquer sans condition de réciprocité. Les règles de conflit qu'elle établie se substituent aux règles existantes entre les Etats parties, quels que soient les éléments d'extranéité.

### 4.1 Champ d'application

La convention de La Haye ne concerne que les ventes au sens strict<sup>19</sup>. L'article 1<sup>er</sup> alinéa 3 dispose :

*« Sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication et à la production. »*

Cette convention n'est **pas applicable aux contrats exécutés en ligne**, en revanche, elle peut l'être aux contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne, à la seule condition alors qu'ils présentent un caractère international.

**Le caractère international de la vente** n'est pas défini par la convention elle-même. A la lumière de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 4 de la convention il doit s'apprécier au regard d'éléments objectifs. La pertinence de ces éléments sera appréciée par le juge qui appliquera les règles de droit privé du for. Il est remarquable que le critère de l'internationalité du contrat est plus souple que dans la convention de Vienne, ce qui laisse présumer un recours plus fréquent à cet instrument pour les contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne.

### 4.2 La loi applicable

La convention consacre-elle aussi le **principe d'autonomie** en son article second qui dispose :

*« La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. La limite est alors la fraude à la loi. »*

Appliqué à l'Internet le problème est alors que le vendeur s'assurera difficilement que l'acheteur a effectivement accepté la **clause d'electio juris** lors de la conclusion du contrat en ligne. En effet, le plus souvent celle-ci figure dans les conditions générales de vente, document traditionnellement

ignoré par les internautes<sup>20</sup>. En outre, les **indices traditionnels de rattachements** tels que la langue ou la monnaie utilisés n'ont plus la même pertinence sur les réseaux sur lesquels la langue « officielle » est l'anglais<sup>21</sup>, et où les paiements se font par transferts de fonds ou encore par carte de paiement. Néanmoins, d'autres indices conservent leur valeur persuasive.

**A défaut de choix exprès d'une législation** par les parties, la convention dispose que le juge devra tenir compte d'un élément de rattachement unique, le **lieu de la résidence habituelle du vendeur**, ou son lieu d'établissement, quand la commande a été reçue par un établissement du vendeur<sup>22</sup>. Cependant, l'alinéa second **de l'article 3 de la convention** dispose que la loi de l'acheteur sera applicable si la commande est reçue par le vendeur ou son représentant dans le pays de résidence habituelle de l'acheteur, ou de son établissement lorsque l'établissement de l'acheteur a passé commande.

**Appliqué à l'Internet**, la question se pose de savoir si la commande est reçue dans l'établissement du vendeur où elle est adressée ou s'il faut considérer qu'elle est reçue dans l'établissement de l'acheteur d'où elle est exprimée ? Une interprétation téléologique permet de penser que la première interprétation est préférable, car elle favorise la sécurité juridique des relations commerciales sur l'Internet.

La question de la qualification des opérations conduites **sur les places de marché** se rapproche de ce qui a déjà été dit au sujet de la convention de Vienne.

Enfin, l'article 6 de la convention de La Haye de 1955 permet au juge d'appliquer une **loi de police** du for au détriment éventuel de la loi du contrat.

---

<sup>19</sup> Voir développements sur la convention de Vienne.

<sup>20</sup> Il importe donc d'insérer dans le processus de conclusion en ligne du contrat une mesure technique de validation des conditions générales de vente. Cette mesure pourra prendre la forme d'un bouton « J'accepte » en bas du texte des conditions générales de vente qui à défaut d'être validé bloquera le mécanisme de conclusion du contrat.

<sup>21</sup> Confère la partie du guide sur intitulée Langue française et Internet.

<sup>22</sup> Voir : article 3al 1<sup>er</sup>.

## 5. Le droit pénal international

Le droit pénal international est un droit de source nationale comme l'atteste, en France, l'article L113-2 du nouveau code pénal :

*« La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la république.*

*L'infraction est réputée commise sur le territoire de la république dès lors qu'un des faits constitutif ont eu lieu sur ce territoire ».*

Ces dispositions qui se retrouvent dans la plupart des ordres juridiques appliquées aux réseaux sont très attractives de compétence dans la mesure où la simple visibilité du site litigieux depuis la France suffit à entraîner la compétence des juridictions répressives françaises.

D'autres règles permettent de faire jouer le droit pénal national dans l'hypothèse d'infractions « commises hors le territoire national ».

**Article 113-6 du nouveau code pénal :** *« La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un français hors du territoire de la république.*

*Elle est applicable aux délits commis par des français hors du territoire si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis. »*

**Article 113-7** *« La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un français ou par un étranger hors du territoire de la république lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. »*

Avec ces dispositions la France ne fait que reprendre le principe de territorialité largement reconnu par l'ensemble des Etats. Ainsi, la France se rallie à la théorie dite de l'ubiquité selon laquelle il y a rattachement au territoire national et donc à l'ordre juridique régnant sur ce territoire dès qu'un élément de l'infraction est rattachable à ce territoire. Le problème de l'Internet est alors qu'une multitude de pays vont se reconnaître compétents pour une même infraction, celle-ci étant visible depuis n'importe quel ordinateur connecté au réseau. Dans une telle hypothèse, la diplomatie et la politique prennent le pas sur le droit. Cette situation est regrettable car elle est source d'insécurité juridique. Comment s'assurer que l'on respecte plus de 200 législations répressives différentes ? La solution actuelle revient donc à mettre les personnes dans l'obligation de commettre des infractions !

Le conflit positif de compétence, inhérent à la souveraineté des Etats, est difficilement résorbable. Dans un tel contexte il est intéressant de s'interroger sur l'application de la règle « **non bis in idem** ». L'article 53 de la convention de La Haye du 28 mai 1970 dispose :

*« Une personne qui a fait l'objet d'un jugement répressif européen ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie, condamnée ou soumise à l'exécution d'une sanction dans un Etats contractant :*

- *Lorsqu'elle a été acquittée*
- *Lorsque la sanction lui a été infligée*
- *A été entièrement subie ou est encours d'exécution*
- *A fait l'objet d'une grâce ou d'une amnistie portant sur la totalité de la sanction ou sur la partie non exécutée de celle-ci ou,*
- *Ne peut plus être exécutée en raison de la prescription.*
- *Lorsque le juge a constaté la culpabilité de l'auteur de l'infraction sans prononcer de sanctions. »*

Ces dispositions sont sujettes à des nombreuses interprétations qui laissent à penser qu'il vaut mieux évoquer cette règle comme étant un principe général de droit et d'équité.