

La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation

Rosario DUASO CALÉS*

Novembre 2002

* Étudiante à la maîtrise en droit des nouvelles technologies de l'information, faculté de droit, Université de Montréal. Email : rosario.duaso.cales@umontreal.ca

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	1
I. INTRODUCTION.....	2
II. LOI APPLICABLE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES	3
II.1. CADRE LÉGISLATIF D'APPLICATION GÉNÉRALE POUR LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES.....	3
II.1.a) Le principe de l'autonomie de la volonté : le choix de la loi applicable au contrat électronique par les parties. « Le rattachement subjectif »	3
II.1.b) Détermination de la loi applicable au contrat électronique, en l'absence d'un choix des parties. « Le rattachement objectif ».....	6
II.2. RÉGIME PARTICULIER APPLICABLE À LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES DE CONSOMMATION	8
III. JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRATS ÉLECTRONIQUES	11
III.1 CADRE LÉGISLATIF D'APPLICATION GÉNÉRALE POUR LA DÉTERMINATION DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRATS ÉLECTRONIQUES.....	11
III.1.a) Le principe de l'autonomie de la volonté : le choix de la juridiction compétente par les parties en matière de contrat électronique.....	12
III.1.b) Détermination de la juridiction compétente en matière de contrat électronique en l'absence de choix par les parties	13
III.2 RÉGIME PARTICULIER APPLICABLE POUR LA DÉTERMINATION DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRATS ÉLECTRONIQUES DE CONSOMMATION.....	14
IV. LA VALIDITÉ DES CLAUSES SUR LA LOI APPLICABLE ET LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRAT ÉLECTRONIQUE - « <i>LE CONSENTEMENT EN LIGNE</i> ».....	16
CONCLUSION	17

I. INTRODUCTION

1. Deux des défis les plus importants à relever pour quiconque s'apprête à établir le cadre juridique applicable aux contrats électroniques sont d'une part la désignation de la loi applicable et, d'autre part, celle d'une juridiction compétente relativement aux contrats électroniques *internationaux*. L'élément d'extranéité, présent dans la plupart des contrats électroniques, impose toujours le recours aux règles du droit international privé, plus particulièrement à celles qui ont été conçues dans le but d'être appliquées aux contrats « papier » internationaux. Toutefois, la dématérialisation des échanges et le caractère international des réseaux ont fait du contrat électronique un contrat dont les particularités rendent nécessaire un rajustement de ces règles.

2. Les différences entre un contrat international « papier » et un contrat international conclu par Internet sont nombreuses. En fait, pour ce qui est des contrats électroniques internationaux de consommation, les difficultés les plus sérieuses surgissent quand vient le moment de déterminer la loi applicable et la juridiction compétente. Le cadre juridique international existant – et susceptible d'être applicable aux contrats électroniques conclus entre un commerçant et un consommateur – est difficile à adapter aux besoins actuels, mais demeure des plus nécessaires. En ce moment, le développement du commerce électronique est freiné par la suspicion dont ce dernier est entouré. La relation de confiance commerçant / consommateur, pourtant si essentielle, n'est envisageable en l'espèce que dans les cas où chacun peut s'appuyer sur des législations internationales sûres, selon « *les différentes significations de ce [dernier] mot : connu[es] ou prévisible[s], stable[s] et d'applicabilité effective* »¹.

3. Ce manque de confiance entre les parties à un éventuel contrat peut avoir comme origine l'élément « risque », toujours présent dans un contrat international, mais beaucoup plus encore quand ce contrat est conclu par Internet et que les parties sont un commerçant et un consommateur. Dans le domaine du commerce électronique, la réglementation internationale relative aux conflits de lois et de juridictions présente donc des nouveautés importantes et met en évidence l'urgence d'adapter les concepts et les critères qui se trouvent dans les règles conçues à l'origine pour des contrats « papier ».

4. En ces matières, on note des divergences considérables entre le droit européen et le droit américain. Cela rend évidente la difficulté d'harmoniser des législations mises au point dans des pays très divers et au moyen desquelles on a cherché à protéger à la fois les intérêts des commerçants et ceux des consommateurs.

5. Il importe de déterminer jusqu'à quel point il faut adapter les règles existantes de droit international privé, lesquelles doivent désormais répondre aux nouveaux défis de l'heure, de façon à ce que tous disposent d'un cadre juridique applicable à leur cas.

6. Nous analyserons donc ici les dispositions relatives à la détermination de la loi applicable au contrat électronique international et au choix du tribunal qui aura compétence. Nous appellerons à la barre les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec*, celles des textes européens portant sur ces matières et celles aussi de certaines conventions internationales.

7. Impossible de faire ici l'économie d'une telle analyse du cadre général applicable au contrat électronique international : elle est au cœur de l'objectif du présent article. L'étude des règles qui sont applicables aux contrats électroniques conclus avec des commerçants soulève des questions incontournables pour qui veut comprendre les particularités du régime applicable au contrat électronique de consommation.

8. À cet égard, c'est bien quand il faut prévoir une façon de protéger la partie au contrat qui se trouve être la plus faible – le consommateur – que les plus importantes difficultés surgissent. Nous

¹Jeanne SEYVET, « Le cadre juridique international du commerce électronique : les questions à traiter pour assurer son développement » <http://www.taieb.net/di.2001/vf/seybet_j.pdf>, 1.

assistons depuis plusieurs années à l'élaboration de textes qui encadrent également le commerce électronique dans les transactions réalisées entre commerçants. L'utilisation de critères traditionnels dans certaines des dispositions applicables de droit international privé – celles-ci ont été conçues pour traiter de biens matériels et reposent sur des critères purement géographiques – rendent difficile leur transposition à ce nouveau médium.

9. Finalement, nous ferons un survol sur la jurisprudence canadienne et de la jurisprudence américaine qui, depuis un certains temps, reconnaissent la validité du consentement en ligne relatif à la règle de droit applicable comme aussi à la détermination du tribunal compétent pour ce qui est des contrats électroniques de consommation. Cette validité dépend des circonstances où ce consentement en ligne a été manifesté.

II. LOI APPLICABLE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES

II.1. CADRE LÉGISLATIF D'APPLICATION GÉNÉRALE POUR LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES

10. Dans les pays membres de l'Union Européenne, le texte d'application générale pour ce qui est de la détermination de la loi applicable à un contrat électronique international est la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles². Cette Convention a eu une énorme influence sur le contenu des règles de conflits de lois adoptées dans le nouveau *Code civil du Québec* (C.c.Q.) — entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 — et elle constitue une importante référence pour l'étude des dispositions pertinentes de la loi québécoise³. Les analogies qui existent entre les règles relatives aux conflits de lois dans chacun de ces textes législatifs expliquent le besoin que nous ressentons d'en faire conjointement l'étude. Un examen de l'applicabilité de ces règles aux contrats électroniques s'impose. Cet examen sera assorti d'un tour d'horizon des adaptations qui pourraient s'avérer possibles ou nécessaires pour répondre aux besoins liés aux particularités de ces contrats.

II.1.a) Le principe de l'autonomie de la volonté : le choix de la loi applicable au contrat électronique par les parties. « Le rattachement subjectif »

11. On applique le principe de l'autonomie de la volonté aux contrats conclus par Internet. Ce principe est reconnu par le droit international privé et il est sous-jacent à la plupart des textes juridiques applicables à ce type de contrats et que nous allons analyser. En particulier, nous nous proposons de voir ce qu'on appelle « le rattachement subjectif », duquel dépend l'existence au contrat d'une clause relative à la loi désignée par les parties pour régir leurs obligations contractuelles.

12. La Convention de Rome de 1980 consacre le principe fondamental de la « loi d'autonomie » selon lequel les parties sont libres de choisir la loi qui régira leur relation contractuelle. Ainsi, l'article 3.1 prévoit que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ».

13. On peut dès lors affirmer que la Convention admet un choix tacite de la loi applicable : les « circonstances » de la cause en révéleraient l'objet. O. Itéanu signale quels indices pourraient, le cas échéant, nous aider à identifier la loi choisie par les parties au contrat électronique :

² *Convention 80/934/CE de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, version codifiée publiée au J.O.C 27, le 26 janvier 1998, p. 34.

³ Gérald GOLDSTEIN, « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau code civil du Québec », (1993) 53 *R.du B.* 2.

- « un contrat-type rédigé conformément à un système juridique déterminé;
- la référence ponctuelle à une loi dans une clause quelconque du contrat;
- une clause qui attribue compétence à une juridiction déterminée en omettant de préciser la loi applicable. Dans ce cas, il apparaît normal que le juge applique sa propre loi;
- la langue du contrat est, en revanche, un indice dont il faut se méfier car, à lui seul, il a régulièrement été jugé qu'il s'avérait insuffisant pour déterminer la loi applicable. »⁴

14. On pourrait se demander comment ces circonstances s'actualisent dans un contrat conclu par Internet et si des spécificités y apparaissent par rapport au cas où elles seraient présentes dans un contrat traditionnel. Chose certaine, l'utilisation d'un contrat-type conforme aux exigences d'un système juridique donné pourrait être importante dans le domaine des nouvelles technologies de l'information, où on considère les contrats comme une source institutionnelle de ce que plusieurs auteurs ont appelé la « Lex Electronica »⁵. Grâce à cet indice (l'utilisation d'un contrat-type), on pourrait détecter un choix tacite de la loi applicable au contrat, même si on peut dire que pour les contrats internationaux traditionnels, cet argument ne fournit pas assez de certitude. D'un autre côté, on peut constater la souplesse pour le moins excessive caractérisant la façon dont la Convention traite l'expression de la volonté des parties⁶, ce qui laisse au juge une énorme latitude pour déterminer la loi applicable au contrat à partir des « circonstances de la cause ».

15. Dans les contrats conclus par Internet, en général, les accords relatifs à la loi applicable ne se confirment pas par écrit, comme cela peut arriver dans un contrat « papier » traditionnel. Par ailleurs, comme T. Van Overstraeten⁷ le signale, quand on étudie la détermination de la juridiction compétente à partir de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et en matière commerciale, on voit bien que la question de la preuve de ces accords est de la plus haute importance : la partie demanderesse devra prouver que l'autre partie a accepté la clause du contrat qui prévoit comment il faudra régler les éventuels conflits de lois⁸.

16. On peut dire que la Convention de Rome est plus flexible en ce qui concerne les moyens de preuve que la Convention de Bruxelles, laquelle, dans son article 17, présente des exigences de forme que nous étudierons plus loin. Mais ce qui est sûr, c'est que certains de ces problèmes pourraient être résolus en recourant aux moyens techniques qui actuellement nous permettent de prouver l'existence d'un accord entre les parties, dont la signature électronique.

17. La Convention de Rome n'exige pas que la loi choisie par les parties présente des liens avec celles-ci ou avec le contrat; le choix d'une « loi neutre » n'est donc pas exclu. Pourtant, comme nous le verrons plus loin, un juge pourra déterminer la nullité d'une clause désignant une loi applicable si ce choix implique l'application de lois offrant des niveaux de protection plus bas que ceux prévus dans les lois des lieux de résidence des parties.

18. Ce même article de la Convention de Rome précise que « les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Par conséquent, cette Convention permet le « dépeçage ». Nous pouvons cependant constater que dans la plupart des

⁴ Olivier ITÉANU, *Internet et le Droit : Aspects juridiques du commerce électronique*, Éd. Eyrolles, 1996, p. 42.

⁵ Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYKHELF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la Lex Electronica », (1997) 5 *RDAl/IBLJ* 563.

⁶ Jean-Michel JACQUET, *Le contrat international*, 2^o éd., Dalloz, 1999, p. 45 et 46.

⁷ Tanguy VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet » , (1998) 3 *RDAl/IBLJ* 387.

⁸ *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, version consolidée publiée au J.O.C 27, le 26 janvier 1998.

contrats électroniques, on ne trouve pas ce choix stratégique de plusieurs lois, pratiqué dans les contrats internationaux traditionnels par des parties qui veulent avoir la certitude que leur contrat sera conforme aux lois dont les dispositions pourraient être internationalement impératives⁹. Quelques auteurs ont vu un renforcement marqué de l'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi applicable aux contrats conclus par Internet d'abord dans la souplesse relative des règles qui permettent le « dépeçage » – certaines questions spécifiques à l'Internet, (paiement, tiers certificateur de contenus et autres) reçoivent un traitement à part – et ensuite dans l'assouplissement de l'interdiction du contrat sans choix de loi étatique à cause de l'origine variée des sources relatives au droit des réseaux¹⁰. Alors, on devrait se questionner sur la validité d'un possible choix de la « *lex electronica* » comme loi applicable au contrat électronique, comme l'ont suggéré certains auteurs, étant donné que la Convention de Rome permet le choix des principes d'Unidroit ou d'autres sources de la *lex mercatoria* comme loi applicable aux contrats internationaux¹¹.

19. L'article 3.2 de la Convention de Rome permet un choix contemporain à la conclusion du contrat, mais aussi un choix tardif – et même modifié par les parties – de la loi applicable au contrat, avec certaines limites. Cette possibilité peut nous faire penser à une des particularités des contrats électroniques internationaux, soit leur caractère de « processus » plutôt que d'acte, ce qui permet la mise à jour de leurs clauses, dont celle portant sur la loi applicable si les parties en conviennent¹².

20. Une limite à l'autonomie de la volonté des parties est présente à l'article 3.3 qui permet le choix d'une loi étrangère pour un contrat interne, mais signale que « *lorsque tous les autres éléments dans la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays* », ce choix ne pourra avoir comme résultat de soustraire les parties à l'application des dispositions impératives « *auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat* ». Pour le sujet qui nous intéresse, nous examinerons plus loin cette limitation que la Convention a prévue pour les contrats de consommation dans le cadre desquels le consommateur ne peut être privé des dispositions impératives de la loi qui seraient objectivement applicables au contrat à défaut d'une clause d'*electio juris*. On pourrait alors dire que la solution de l'article 3 de la Convention de Rome s'applique sans difficulté aux contrats formés sur les réseaux, sous réserve des lois de police auxquelles fait référence l'article 7 de cette Convention.

21. En droit québécois, l'article 3111.1 du C.c.Q. reconnaît le principe de l'autonomie de la volonté des parties quant au choix de la loi applicable aux contrats, même si ceux-ci ne présentent aucun élément d'extranéité. Cela diffère de ce que dit la Convention de Rome qui exige à son article 1.1 que le contrat soit international pour que la Convention s'applique, car le domaine d'application de cette Convention ne concerne que les situations de conflits de lois. Par contre, nous pouvons y observer une conception plus limitée de la désignation implicite de la loi applicable : « *L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte* ». On peut dire alors que le C.c.Q. favorise plutôt le rattachement objectif, tandis que la Convention de Rome est plus favorable au subjectivisme puisqu'elle accorde une aire plus étendue à la

⁹ Jean-Michel JACQUET, *op. cit.*, note 6, p. 45.

¹⁰ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », <<http://www.droit-internet-2001.univ-Paris1.fr/vf/page3.01.html>>, octobre 2000, 11.

¹¹ Matthew BURNSTEIN, « A global network in a compartmentalised legal environment », dans Katharina BOELE-WOELKI et Catherine KESSEDJIAN (dir), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies?, Quel tribunal décide?, Quelle droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, p. 33.

¹² Vincent GAUTRAIS, « Contrats internationaux dans le cyberespace : les éléments du changement », (1997) *Congrès annuel du barreau du Québec*, 414. L'auteur mentionne que Ethan Kash a été le premier à qualifier le contrat de « processuel » et nous explique que l'emploi de ce qualificatif est adéquat en raison de la grande fonctionnalité offerte par le médium qui permet ces possibles modifications des clauses.

désignation implicite, comme on l'a vu précédemment. On pourrait alors parler de subjectivisme modéré¹³ dans le nouveau C.c.Q., où la désignation implicite de la loi doit venir « des dispositions de cet acte ».

22. L'article 3111.2 du C.c.Q., tout comme l'article 3.3 de la Convention de Rome, permet d'écarter les règles impératives du droit objectivement applicable quand le contrat présente des éléments d'extranéité. Finalement, on doit signaler que, dans ce même article, le C.c.Q. permet le « dépeçage » de la même façon que le fait la Convention de Rome. Par contre, le C.c.Q. ne permet pas la désignation de la loi postérieurement à la conclusion du contrat.

II.1.b) Détermination de la loi applicable au contrat électronique, en l'absence d'un choix des parties. « Le rattachement objectif ».

23. La Convention de Rome prévoit que si les parties n'ont pas fait un choix exprès relativement à la loi applicable, ou en cas d'inopposabilité d'une telle disposition et si les « circonstances de la cause » ne permettent pas de déterminer la loi applicable à un contrat, on peut déterminer celle-ci comme l'indique son article 4.1 qui, comme l'article 3112 du C.c.Q., énonce le principe des liens les plus étroits ou « principe de proximité ».

24. La disposition québécoise limite les critères devant servir à déterminer la loi applicable à défaut de choix par les parties à la « nature de l'acte » et « aux circonstances qui l'entourent ». Pour la détermination de cette loi ayant les liens les plus étroits, la Convention de Rome retient, elle, une conception plutôt « objective » tandis que l'article 3112 du C.c.Q. prend en compte des critères subjectifs liés à la volonté des parties que certains auteurs¹⁴ ont appelés « circonstances entourant » l'acte.

25. L'article 4.2 de la Convention de Rome et aussi l'article 3113 du C.c.Q. créent une présomption. Voici le texte de l'article 4.2 de cette Convention : « Le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la personne 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. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement ».

26. Un problème qui peut se poser est celui de déterminer quel est le lieu d'établissement d'une partie au contrat, mais grâce à la définition d'établissement que la Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹⁵ propose, on peut supprimer les incertitudes juridiques qui entouraient cette notion et être sûr que les opérateurs ne peuvent pas échapper au contrôle des autorités¹⁶. L'article 4 de la Convention de Rome et l'article 3113 du C.c.Q. prévoient un système de présomptions auxquelles il peut être suppléé par une éventuelle preuve à l'effet contraire. À cet égard, l'article 3112 C.c.Q. ne trouvera application que dans un cas d'impossibilité de déterminer la prestation caractéristique ou si une des parties repousse la présomption prévue par l'article 3113.

¹³ G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 3, 12.

¹⁴ G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 3, 14.

¹⁵ 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, J.O. n° L 178 du 17 juillet 2000.

¹⁶ Voir en ce sens André BERTRAND et Thierry PIETTE-COUDOL, *Internet et le Droit*, Collection « Que sais-je? », PUF, 1999, p. 45. La Directive définit l'établissement comme le lieu où se situe l'établissement stable à partir duquel l'opérateur exerce son activité économique indépendamment de la localisation des sites Web ou des serveurs utilisés par cet opérateur, ou de l'endroit où il dispose éventuellement d'une boîte postale (considérant n° 19). En tout cas, on peut conclure en disant qu'un site Web ne peut pas constituer à lui seul un établissement.

27. Analysons les contrats conclus par voie électronique. Les trois articles que nous venons de voir renvoient à un contrat de vente dans lequel, d'une manière générale, la prestation caractéristique¹⁷ est constituée par la contrepartie financière, l'obligation pour laquelle un paiement est dû. Or, la prestation pécuniaire n'est pas caractéristique parce qu'elle se trouve dans la plupart des contrats¹⁸. Nous pouvons affirmer, alors, que dans un contrat conclu par voie électronique, cette prestation caractéristique est la livraison de la chose vendue, auquel cas la loi du vendeur s'appliquera.

28. On doit se demander si cette règle de «la prestation caractéristique» présente des difficultés d'application à l'égard d'un contrat électronique¹⁹. Si Internet n'est qu'un moyen de communication entre les parties au contrat, on peut très bien appliquer les dispositions sus-mentionnées à un tel contrat. On pressent cependant les difficultés susceptibles de se présenter au procès quant à l'identification de cette «prestation caractéristique» quand Internet aura été non seulement le moyen de communiquer pendant les négociations, mais aussi le moyen de production et de transport de l'objet du contrat.

29. Ainsi, H. Kronke avance l'idée suivante quand il parle de cette difficulté d'identifier la prestation caractéristique :

*« The limits of the concept have already become apparent in the past, e.g. in complex contracts where both parties (or a multitude of parties) are to perform characteristically. The number and the variety of those contracts will probably increase dramatically, once the Internet will become both the means of negotiation and the means of production and of transport for the subject matter of the contract. One merely has to think of one party supplying images, and the other one supplying statistical data, in order to carry out a common scientific experiment. Both parties' performance are characteristic. And we all know that those indicators for the closest relationship, found by courts in contracts as simple as barter, hardly ever stood up to serious scrutiny. In the example of scientific exchange, unlike in the case of contracts for goods and services, one cannot even look for a market in order to establish the most significant contact. »*²⁰

30. L'auteur juge possible l'application de l'article 4.2 de la Convention de Rome aux contrats de vente de marchandises conclus par Internet quand le réseau ne sert que pour communiquer, mais il prévoit le développement de contrats où il y aura une pluralité de parties, plusieurs lieux d'établissement et de résidence habituelle, et où les échanges contractuels seront beaucoup plus complexes. Dans une telle éventualité, il juge insuffisante cette disposition.

31. On peut parler par exemple d'un contrat d'échange où une partie devrait fournir des images et l'autre aurait comme obligation de fournir des informations ou des données statistiques. Cette pratique est assez courante sur Internet, mais elle complique la détermination de la prestation caractéristique et par conséquent, elle rend plus difficile la désignation de la loi objectivement

¹⁷ Il faut noter que, si on parle d'un contrat de services, cette prestation caractéristique est la prestation d'un service et non le paiement des émoluments y relatifs.

¹⁸ Voir en ce sens Henri BATTIFOL, *Les contrats en droit international privé comparé*, Montréal, McGill University, Institut de droit comparé, 1981, p. 40.

¹⁹ Michel VIVANT et autres, *Guide pratique Lamy Informatique 2000*, Éd. Lamy, 2000, p. 707. À voir sur ces difficultés à déterminer la notion de «prestation caractéristique» des contrats conclus par Internet.

²⁰ Herbert KRONKE, « Applicable law in Torts and Contracts in Cyberspace », dans Katharina BOELE-WOELKI et Catherine KESSEDJIAN (dir), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies?, Quel tribunal décide?, Quelle droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, 1999, p. 75.

applicable. En conséquence, et comme mesure préventive, l'auteur recommande fortement qu'on fasse toujours un choix exprès de la loi applicable au contrat.

32. Il nous reste maintenant à nous questionner sur les difficultés qui peuvent se présenter quant à la « prestation caractéristique » et à nous demander si les solutions traditionnelles peuvent être envisagées. Ainsi, G. Goldstein soutient que « *dans le cas où il serait impossible de déterminer une prestation caractéristique à l'ensemble du contrat, il nous semble plutôt qu'on doit automatiquement revenir à la règle des liens les plus étroits de l'article 3112 du C.c.Q.* ». ²¹

33. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'article 4.5 de la Convention de Rome a prévu une méthode subsidiaire qui permet au juge d'écarter la présomption de prestation caractéristique pour choisir alors la loi du pays avec lequel le contrat a les liens plus étroits, au cas où l'identification de cette prestation soulèverait des difficultés. Cela équivaut à mettre à l'écart cette notion.

II.2. RÉGIME PARTICULIER APPLICABLE À LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS ÉLECTRONIQUES DE CONSOMMATION

34. Le principe général, nous le constatons, est celui qui consacre la liberté de choix des parties de désigner le droit applicable au contrat. Toutefois, le consommateur dispose souvent d'un « statut dérogatoire » quant à la loi applicable, ce qui suppose une exception au principe.

35. À cause du caractère d'ordre public des dispositions qu'on trouve en matière de consommation, nous pouvons affirmer qu'il existe un principe généralisé qui a comme finalité de protéger la partie la plus vulnérable – le consommateur ²². Pour cette raison, lorsque le commerçant rédige une clause spécifique stipulant que le droit applicable sera celui de son propre pays, celle-ci sera invalide dans un contrat de consommation conclu par Internet si les conditions visées aux articles 5 de la Convention de Rome et 3117 du C.c.Q peuvent s'appliquer ²³.

36. Dans la Convention de Rome, l'article 5 prévoit le régime applicable aux contrats internationaux de consommation. L'article 5.2 introduit la dérogation au principe d'autonomie de la volonté : la liberté de choix 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 dès lors que l'une des hypothèses suivantes est rencontrée :

- 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.

37. D'autre part, l'article 3117 du C.c.Q. reprend les conditions qui se trouvent à la Convention de Rome, ce qui prouve l'influence que cette Convention a eue sur le droit québécois en la matière.

²¹ G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 3, 17.

²² Voir en ce sens : Gérald GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil de Québec », (1994) dans *Nouveaux développements en droit de la consommation*, Cowansville, Y. Blais, 1994, 8.

²³ Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998, T.1, p. 262 et 263.

38. Nous pouvons constater que la doctrine a su voir les difficultés d'application du statut dérogatoire accordé aux « cyberconsommateurs » et identifier les problèmes qui se posent quand on veut confronter ces trois hypothèses au cyberespace.

39. Dans le cas de la première hypothèse, les difficultés naissent au moment de déterminer si la conclusion du contrat électronique a été précédée au pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par Internet. Certains auteurs ne voient pas la possibilité de lier une « offre spéciale » ou une « proposition spécialement faite » à un cas de commerce électronique. En ce sens, V. Gautrais précise que « l'auteur proposant ses œuvres dans le cyberespace est en état de perpétuelle offre mais ne s'adresse généralement pas à un utilisateur déterminé »²⁴. Quand le cyberconsommateur s'est rendu sur le site et a décidé d'y conclure le contrat, on peut dire que l'attitude du commerçant est plutôt « passive », le consommateur n'ayant pas répondu à une offre spécialement formulée à son intention. Pour cette raison, plusieurs auteurs limitent l'application de cette disposition aux offres non sollicitées envoyées par courrier électronique, cas où le commerçant adopte une attitude active²⁵.

40. D'autres problèmes se posent quand on parle de « publicité ». On s'interroge alors sur la nécessité que le commerçant ait eu l'intention de cibler le pays dans lequel son offre aura éventuellement été reçue par le consommateur. Certains auteurs vont rétorquer qu'il est très difficile de présumer de l'intention du commerçant à cause du potentiel commercial d'Internet, qui est un réseau à vocation mondiale. Pour ce qui est de certains sites, il est certain que les commerçants n'ont pas l'intention de limiter leur marché potentiel à des pays précis. Toutefois, depuis quelques années, il existe un ensemble de sites Internet qui circonscrivent la clientèle visée en refusant de vendre à l'extérieur de certains pays. Les méthodes « d'exclusion » des clients étrangers varient d'un site à l'autre, mais, à titre indicatif, nous pouvons mentionner le cas des sites qui demandent le code régional de l'acheteur potentiel avant de le laisser entrer, méthode qui peut nous faire penser à une volonté d'exclusion. C'est à nous maintenant de nous demander si d'autres indices pourraient nous aider à voir si un commerçant veut limiter son marché en intégrant à son site des dispositions indiquant au consommateur les pays où on livre les marchandises, les devises acceptées pour le paiement et les langues qui sont utilisées sur le site.

41. Quand on parle des « actes nécessaires » à la conclusion du contrat qui ont été accomplis par le consommateur au lieu de sa résidence, on peut se demander si le fait de *clicker* pour consentir est un de ces actes qui pourraient permettre l'application des lois de l'État où le consommateur a sa résidence²⁶.

42. Une partie de la doctrine montre que dans certaines pratiques publicitaires plutôt agressives, le consommateur n'était pas demandeur du service : on le lui a plutôt proposé par le biais d'une bannière subitement apparue à son écran. Cette bannière s'y déploie chaque fois qu'il introduit un mot-clé évocateur des produits vendus à ce site dans un moteur de recherche. Il est alors directement renvoyé au site du commerçant. Ce dernier a donc eu une attitude active qui pourrait en principe permettre l'application de cette disposition de la Convention de Rome. Ceci dit, en pratique, comment le consommateur peut-il prouver qu'il a acheté après avoir reçu cette publicité à son écran au lieu d'avoir eu une attitude active, et avoir lui-même cherché en ligne le produit acheté? Ces auteurs croient possible la mise en œuvre de cette protection de l'article 5 de la Convention de Rome si cette publicité peut être conçue comme « une invitation spécifiquement

²⁴ *Id.*, p. 263.

²⁵ Voir en ce sens : Thibault VERBIEST, « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », (Février 2001) *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>>, 4.

²⁶ M. VIVANT et autres, *op. cit.*, note 19, p. 708. « (...) si le consommateur reçoit sur son ordinateur la proposition de contracter ou une publicité pour le faire, s'il répond de chez lui pour accepter cette proposition, il y accomplit les actes nécessaires à la conclusion de la convention ». Selon les rédacteurs de ce guide, cela permet l'applicabilité des normes protectrices des consommateurs du lieu de sa résidence.

dirigée vers le consommateur »²⁷. Le Règlement 44/2001 du Conseil de L'Europe du 22 décembre 2000 « concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » remplace le critère du démarchage par celui « d'activités dirigées »²⁸. Cette doctrine dont on parle nous annonce qu'on a voulu, dans le cadre de la future révision de la Convention de Rome, étendre ce critère à la question de la loi applicable aux contrats conclus avec les consommateurs.

43. Dans le cas de la seconde hypothèse, où le commerçant doit recevoir la commande du consommateur dans le pays de ce dernier, on pourrait trouver des difficultés, comme V. Gautrais en témoigne quand il affirme que ce critère de la localisation est inadapté à ce type de contrats et que « *la grande fonctionnalité d'Internet comme mode de communication est précisément celle de permettre au consommateur d'adresser sa commande dans le pays du commerçant* »²⁹. Et, pour la troisième hypothèse, cet auteur voit ces mêmes difficultés d'adaptation, car « *Internet aurait pour but d'éviter le déplacement du consommateur* ». Il serait difficile d'affirmer que quand un consommateur visite le site Internet d'un commerçant, il se rend au pays du commerçant.

44. Un autre auteur, T. Van Overstraeten³⁰, juge très peu probable l'application de cette troisième hypothèse aux contrats conclus par Internet. Par contre, il pense que le consommateur pourrait toujours se fonder sur la première de ces hypothèses et peut-être aussi sur la deuxième pour que les lois protectrices des consommateurs de son pays puissent s'appliquer. Et il note les difficultés qui peuvent se présenter pour les commerçants qui vendent aux consommateurs par Internet, car ils devront « *prendre en considération toutes les lois protégeant ces consommateurs qui seraient susceptibles de s'appliquer* ».

45. En tout cas, les particularités d'application de ces articles aux contrats conclus par Internet sont rattachées aux critères contenus dans la Convention et dans la loi québécoise. Ces critères se rapportaient à l'origine à des situations contractuelles où les biens étaient toujours des biens matériels et où les nouvelles technologies n'étaient pas comme aujourd'hui omniprésentes dans le processus de formation et parfois, d'exécution du contrat. Pour identifier la source d'une possible inadaptation de ces dispositions aux contrats conclus par Internet, on pourrait souligner l'utilisation de critères géographiques tels la notion de déplacement et de lieu de réception³¹.

46. Par ces raisons, il faut se demander quels critères peuvent s'appliquer à un contrat de consommation conclu par Internet pour déterminer la loi lui applicable, et on peut dire que ce qui caractérise ce média est parfois le comportement actif des utilisateurs. En parlant de « connexion », ce concept peut très bien nous aider à mieux saisir les modalités techniques et psychologiques du processus. On devrait déterminer quel est le mode de fonctionnement d'un serveur informatique, d'un site Internet, si une offre commerciale existait antérieurement à la conclusion du contrat et si l'information était disponible en permanence. De cela dépendra aussi l'applicabilité des règles de l'article 5 de la Convention de Rome. Sommes-nous devant un consommateur plutôt actif?³². Le critère de la « sollicitation » pourrait déterminer la validité de certaines clauses; il s'agirait de vérifier si un consommateur n'aurait pas effectué une démarche active auprès du

²⁷ T. VERBIEST, *loc. cit.*, note 25, 4.

²⁸ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.L 12 du 16 janvier 2001.

²⁹ V GAUTRAIS, *op. cit.*, note 23, p. 264.

³⁰ T. VAN OVERSTRAETEN, *loc. cit.*, note 7, 389.

³¹ Voir en ce sens V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 23, p. 265.

³² Claude RETORNAZ, « Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur; le commerce électronique international », (1998) *Expertises*, <<http://www.celog.fr/expertises/1998/som0598.htm>>, 2 : l'auteur met en relief ce caractère du consommateur par Internet : « *Cela le différencie radicalement du télé-achat lié à la télévision qui rencontre un consommateur passif et impersonnel, loin de ses possibilités d'interactivité.* »

commerçant. V. Gautrais répond à cette question et détermine que si on répond affirmativement, une clause désignant comme droit applicable celui du commerçant serait valide, mais si, au contraire, on établit que le commerçant a effectué une démarche active auprès du consommateur, la clause du contrat deviendra nulle. Quoi qu'il en soit, il conclut en disant que le rattachement à un critère objectif – celui de la protection du consommateur – offrirait la protection qui, en commerce électronique devrait être assurée³³. Il est nécessaire de déterminer ce qu'il faut entendre par « sollicitation ». D'ores et déjà, on peut affirmer sans crainte que la technique appelée *spamming* et les pratiques publicitaires dont on a parlé précédemment peuvent aussi être considérées comme étant de la sollicitation.³⁴

III. JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRATS ÉLECTRONIQUES

III.1 CADRE LÉGISLATIF D'APPLICATION GÉNÉRALE POUR LA DÉTERMINATION DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRATS ÉLECTRONIQUES

47. Pour étudier les règles qui vont nous permettre de déterminer la juridiction compétente dans un contrat électronique, nous devons procéder à l'examen de nombreuses dispositions qui se trouvent dans des textes juridiques divers.

48. La *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* a été, depuis sa mise en vigueur, la référence incontournable en Europe pour voir à la détermination de la juridiction compétente dans les contrats internationaux. Cependant, le très récent *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* est appelé à devenir l'instrument législatif le plus adapté pour la détermination de la compétence judiciaire pour le commerce électronique. Le Règlement, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, remplace la Convention. Pourtant, la *Directive 2000/31 du Parlement Européen et du Conseil sur le commerce électronique*, à son article 1.4, souligne que « *la présente n'établit pas des règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* »; elle renvoie plutôt à l'application des Conventions de Bruxelles et de Rome.

49. La Convention de Bruxelles, en son article 2, établit la règle générale de la compétence de l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur, en raison de la position dans laquelle se trouve cette partie, qui en général est la plus faible, quoique cette règle générale trouve des exceptions en matière contractuelle. L'article 5.1 de cette Convention retient la compétence du « *tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée* », en tenant compte d'un lien particulièrement étroit entre le tribunal et le litige, bien qu'il puisse y avoir des difficultés à déterminer ledit lieu quand l'exécution s'est faite en ligne. Le Règlement communautaire qui a entre autres comme finalité de tenir compte des spécificités du commerce électronique précise cependant à son article 5.1 b) le caractère du « *lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande* » en distinguant :

- lorsqu'il s'agit d'une vente de marchandises, le lieu d'exécution sera celui où en vertu d'un contrat les marchandises ont été ou auraient dû être livrées;
- pour la fourniture de services, ce lieu sera celui où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis.

50. Le Règlement énonce ces règles – qui peuvent s'appliquer en cas de téléchargement – et désigne comme compétent le juge du lieu où ont été reçues les données téléchargées et non le juge du lieu depuis lequel elles ont été envoyées.

³³ V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 23, p. 269.

³⁴ Voir sur la notion de *spamming* et sur les différentes manifestations de cette technique sur Internet : Eric LABBÉ, « Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », *Lex Electronica*, vol. 6, n° 1, printemps 2000, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/labbe.htm>>

51. La règle de principe énoncée à l'article 2 souffre d'autres exceptions que nous étudierons plus loin.

L'avant-projet de *Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale* constitue une nouveauté législative relativement aux contrats électroniques; elle deviendra croyons-nous un instrument déterminant pour les relations entre les pays européens et les pays tiers en ce domaine.

III.1.a) Le principe de l'autonomie de la volonté : le choix de la juridiction compétente par les parties en matière de contrat électronique

52. La Convention de Bruxelles admet les clauses attributives de juridiction à son article 17, mais, pour que cet article entre en jeu, il est nécessaire que l'une des deux parties ait son domicile ou son siège sur le territoire d'un État de la communauté, et il est également nécessaire que la clause désigne un ou plusieurs tribunaux d'un État contractant. La juridiction choisie par les parties peut être différente de celle qui serait compétente en vertu d'autres dispositions de cette Convention, à l'exception des cas de compétence exclusive (article 16) et des cas issus de contrats conclus avec des consommateurs (article 15). Comme on l'a vu précédemment, cette Convention contient des exigences formelles que la Convention de Rome ne formule pas.

53. Ainsi, l'article 17 de la Convention de Bruxelles subordonne la validité de la clause d'attribution de compétence au respect de l'une des ces quatre formes : la convention écrite, la convention verbale confirmée par écrit, la convention conforme aux habitudes des parties et la pratique conforme aux usages du commerce international. Chacune de ces restrictions peut apparaître comme une « restriction majeure » quant aux contrats conclus par Internet³⁵. Pour notre propos, il est possible de se demander si la forme « conforme aux usages » pourrait constituer un élément de la « lex electronica », car la masse de transactions sur le réseau est telle que son poids peut accélérer la formation d'un usage en tant que tel³⁶.

54. Pour la condition « convention écrite », dans le cas des contrats électroniques (à l'exception des contrats-cadres portant sur l'EDI, qui prévoient l'attribution de juridiction et répondent à la condition « forme écrite » puisqu'ils sont en général conclus sur support papier)³⁷, la question la plus importante est celle de déterminer l'équivalent électronique de l'écrit. La loi-type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique a choisi une approche d'équivalence fonctionnelle³⁸, en dressant un parallèle entre le message informatisé et le support papier.

55. L'article 6 de la loi-type comporte une exigence, car si la loi requiert qu'une information soit mise par écrit, la loi-type reconnaît qu'« un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement ». Pour plus de clarté, il serait pourtant utile de pouvoir compter sur une règle conventionnelle nouvelle. La version révisée

³⁵ T. VAN OVERSTRAETEN, *loc. cit.*, note 7, 383. L'auteur explique en quoi une tentative d'application de ces dispositions aux contrats électroniques prouve la nécessité d'adopter de nouvelles législations concernant les transactions conclues via le Net.

³⁶ Voir en ce sens Gabrielle KAUFFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication », dans Katharina BOELE-WOELKI et Catherine KESSEDJIAN (dir), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies?, Quel tribunal décide?, Quelle droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, p. 126.

³⁷ Eric CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce électronique international : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », (1997) *J.D.I.* 323, 357. Les auteurs parlent en ce sens sur les modèles TEDIS et WP. 4.

³⁸ Sur cette approche de la loi-type de la CNUDCI, voir E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, *loc. cit.*, note 37, 380-381.

de l'article 17 devrait « prévoir expressément que l'élection du for peut être conclue par tout moyen de télécommunication, si l'information qui y est contenue est accessible pour être consultée ultérieurement »³⁹. Le Règlement communautaire 44/2001 précise à cet égard à son article 23.2 que « toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite », ce qui pourrait permettre d'établir une équivalence avec une convention sur support papier. L'avant-projet de *Convention de La Haye sur la compétence et jugements étrangers en matière civile et commerciale* comporte une disposition qui semble satisfaire aux besoins du commerce électronique : son article 4 énonce les conditions de validité des clauses d'élection du for. Ainsi, l'article 4.2.b) dispose qu'une telle convention d'élection du for est valable dans sa forme si elle a été conclue ou confirmée « par tout moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ».

III.1.b) Détermination de la juridiction compétente en matière de contrat électronique en l'absence de choix par les parties

56. L'article 6 de l'avant-projet de Convention de La Haye présente d'importantes nouveautés en ce qui concerne la compétence juridictionnelle. Cet article propose des règles de compétence internationale en matière contractuelle, lorsque le contrat est passé entre professionnels :

«Art. 6 – Contrats

Le demandeur peut introduire une action contractuelle devant les tribunaux de l'État dans lequel :

- a) en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournis en tout ou en partie;*
 - b) en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie;*
 - c) en matière de contrats portant à la fois une fourniture d'objets mobiliers et une prestation de services, l'obligation principale a été exécutée en tout ou en partie.*
- »

57. Plusieurs experts ont admis que cet article peut être applicable sans problèmes aux « *contrats conclus en ligne et exécutés hors-ligne* ». Pourtant, une disposition complémentaire pourrait être nécessaire pour les « *contrats conclus et exécutés en ligne* »⁴⁰. Certains experts ont précisé que pour ce qui est de la compétence d'un tribunal donné, la nature – produits ou services – de ce qui est échangé par les parties au contrat importe peu; ce qui est crucial, c'est de bien indiquer que l'article 6 actuel ne s'applique pas au contrat exécuté en ligne. On constate que les difficultés qu'engendre l'inadéquation de certaines dispositions (nous les avons vues précédemment) quant à la loi applicable sont identiques à celles qu'on trouve dans les règles sur la compétence, et que les problèmes les plus importants se posent toujours au sujet des contrats exécutés en ligne. Ces experts proposent pour le contenu d'une règle supplémentaire un concept de présomption simple de localisation au lieu de livraison de l'information. Ils s'inspirent de l'article 15.4 de la loi-type de la CNUDCI de 1996. L'article 15 de cette loi résout certains problèmes concernant le moment et le lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données.

58. Cette disposition reconnaît la théorie de la réception comme principe général, mais établit une exception pour les cas où l'expéditeur envoie le message à un autre système que celui désigné. En

³⁹ G. KAUFFMANN - KOHLER, *loc. cit.*, note 36, 131.

⁴⁰ Réunion d'experts destinée à explorer les questions posées par le commerce électronique et la compétence juridictionnelle internationale : « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale » Ottawa, du 28 février au 1^{er} mars 2000, *Rapport des travaux rédigé par Catherine Kessedjian avec l'aide de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada*, <<http://www.hcch.net/doc/jdgm12.doc>>, p. 4 et 5.

un tel cas, le moment de la réception est celui où le message est relevé par le destinataire. L'article 15.4 présume que, sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le message de données est réputé avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement et énonce des règles pour la détermination de l'établissement aux fins de l'application de cette règle, spécialement conçue pour résoudre les problèmes posés par le commerce électronique quand les contrats sont exécutés en ligne.

III.2 RÉGIME PARTICULIER APPLICABLE POUR LA DÉTERMINATION DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRATS ÉLECTRONIQUES DE CONSOMMATION

59. Le principe de protection de la partie faible au contrat conclu par voie électronique conduit à instaurer des fors particuliers pour ce type de contrats, mais il faut se demander si un cyberconsommateur doit être protégé comme un consommateur « classique ». Encore une fois apparaissent les questions posées au moment où nous examinons les règles sur la loi applicable dans un contrat de cyberconsommation. L'article 13 de la Convention de Bruxelles où on établit la compétence de juridiction en matière de contrats conclus par les consommateurs⁴¹ est une disposition calquée sur l'article 5 de la Convention de Rome. Il présente les mêmes défauts quant à la réalité du cyberspace que ceux que nous avons étudiés précédemment. Le point de départ est le même : un commerçant qui fait des démarches pour vendre ses produits ou services dans le pays de résidence du consommateur. Le critère du démarchage a été substitué par le Règlement précité dans l'article 15 par celui « d'activités dirigées » vers l'État membre du consommateur ou vers plusieurs pays, dont cet État membre⁴². Ainsi, si un consommateur de l'Union Européenne achète un livre sur un site étranger, il pourra toujours saisir les tribunaux de son domicile, même si les conditions générales du site prévoient la compétence exclusive des tribunaux du domicile du commerçant, dès lors que le site « dirige » ses activités vers le pays de l'acheteur ou vers plusieurs pays, dont celui de ce dernier. Cette possibilité dont le commerçant dispose encouragera sans doute l'achat en ligne et favorisera le développement du commerce électronique en Europe.

60. Une déclaration du Conseil et de la Commission précise à cet égard « que le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site 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 »⁴³.

61. C'est là la position du Conseil et de la Commission, qui établissent ainsi certaines conditions pour que le consommateur soit protégé par cette disposition et – c'est là le plus important – voient à déterminer la pertinence de certains facteurs, en particulier la langue et la monnaie utilisées.

⁴¹ Art.13 : « [...] si la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur [...] et si le consommateur a accompli dans cet état les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat. » L'article 14, en ces cas, permet au consommateur de poursuivre soit devant les tribunaux du domicile du défendeur, soit devant les tribunaux de l'État où il a son propre domicile. Si le cocontractant décide d'intenter une action à l'encontre du consommateur, il ne peut le faire que devant les tribunaux de l'État où le consommateur est domicilié.

⁴² L'article 15 du règlement dit « [...] 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 ses activités vers cet état membre ou vers plusieurs États, dont cet état membre et que le contrat entre dans le cadre de ses activités. » (nous avons souligné)

⁴³ Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission concernant les articles 15 et 73 du Règlement (CE) n° 44/2001, <http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_fr.pdf>. Voir sur cette déclaration Roland LOUSKY, « Compétence judiciaire pour l'e-commerce : le nouveau Règlement européen est adopté et publié » (19 janvier 2001) *Droit et Nouvelles Technologies*, <<http://www.droit-technologie.org>> et T. VERBIEST, *loc.cit.*, note 25, 3.

62. En ce qui concerne les contrats conclus avec des consommateurs, l'avant-projet de Convention de la Haye, précité, pose à son article 7 pour que le consommateur puisse agir devant les tribunaux de sa résidence habituelle, deux conditions cumulatives :

- a) la conclusion du contrat de consommation est liée aux activités du professionnel dans l'État de la résidence du consommateur ou dirigée vers cet État en particulier en sollicitant des affaires par des moyens de publicité;
- b) le consommateur a accompli des démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans l'État de sa résidence.

63. Pour remplir la première condition, nous devons nous interroger sur la pertinence de vérifier l'existence d'une telle publicité, comme nous l'avons fait quand nous avons étudié d'autres dispositions similaires. Quand à la seconde, nous constatons que les moyens actuels de télécommunications permettent au consommateur de conclure le contrat dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle sans que ce soit déterminant pour les questions de compétence juridictionnelle⁴⁴. Le paragraphe 2 de l'article 7 établit que l'action intentée contre le consommateur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État où le consommateur a sa résidence, et protège le consommateur, comme le Règlement 44/2001 et la Convention de Bruxelles le font par des dispositions similaires.

64. Pendant l'élaboration de l'avant-projet de Convention, plusieurs experts⁴⁵ ont proposé l'intégration dans la règle de conflit de juridictions de la notion de « cible », en anglais, *target*. M. Geist⁴⁶ nous confirme que ce critère a été pris en compte par la Conférence de la Haye de droit international privé, à l'avant-projet précité, et pour les contrats de consommation, afin de déterminer la juridiction compétente. Selon lui toutefois, on met déjà de l'avant cette analyse sur le ciblage dans plusieurs pays, dont le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis.

65. En ce cas, et pour trouver une plus grande certitude légale, ce test sur le ciblage ou *targeting* quant à la loi applicable et à la juridiction compétente peut être un très bon instrument, mais l'objectif maintenant est d'établir les critères à utiliser dans le test afin de déterminer le degré de ciblage d'un site web. La détermination de ces critères peut s'avérer difficile, car ils devront respecter le « principe de neutralité technologique ». Ici, des critères comme la langue ou la monnaie ne sont pas déterminants, à cause de la possible conversion en temps réel de ces réalités grâce aux nouvelles technologies qui apparaissent, en particulier aux techniques de traduction sur Internet qui existent actuellement (on constate ainsi que ces deux critères sont les mêmes que ceux que le Conseil et la Commission ne voyaient pas comme pertinents dans la déclaration précitée sur le Règlement 44/2001).

66. De plus, ces critères devront avoir un « contenu » ou une « nature » neutre pour ne pas favoriser certains intérêts plutôt que d'autres, ou un groupe ou une communauté en particulier. On se réfère plus concrètement aux commerçants et aux consommateurs.

67. Pour voir à la détermination des critères de ce test, on devra revenir au principe de prévisibilité, car ce principe est d'une importance capitale en ce qui concerne la protection des consommateurs quant à la loi applicable et à la juridiction compétente.

⁴⁴ Voir en ce sens les opinions des experts au Rapport « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », *supra*, note 40, p. 6.

⁴⁵ Cette idée a été avancée, mais elle ne fait pas encore l'unanimité. Voir en ce sens le Rapport « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », *supra*, note 40, p. 7.

⁴⁶ Michael GEIST, « Is there a there there? Toward a greater certainty for Internet jurisdiction », (2001) <<http://www.aix1.uottawa.ca/~geist/frameset.html>>, p. 38.

IV. LA VALIDITÉ DES CLAUSES SUR LA LOI APPLICABLE ET LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE DE CONTRAT ÉLECTRONIQUE - « LE CONSENTEMENT EN LIGNE »

68. Comme nous l'avons vu dans les pages précédentes, la validité des clauses désignant une loi applicable et une juridiction compétente doit être reconnue d'une façon particulière, comme conséquence de la manifestation du consentement dans un contrat conclu en ligne. Un contrat électronique peut inclure ces clauses et on doit se demander si le consentement du consommateur doit être examiné de la même façon que si ce consentement avait été manifesté dans un contrat papier.

69. Les réponses à ces questions peuvent être trouvées dans la jurisprudence canadienne et dans la jurisprudence américaine, qui reconnaissent depuis quelques années la validité de ces consentements, d'après les circonstances dans lesquelles ceux-ci ont été manifestés. Dans les contrats qui nous intéressent, le contenu ne fait l'objet d'aucune négociation et le consommateur, en manifestant son acceptation, s'oblige notamment en ce qui concerne la loi applicable et la juridiction compétente, que le commerçant impose d'une façon unilatérale.

70. On peut alors identifier deux types de consentement. En premier lieu, nous retrouvons ce qu'on connaît en anglais comme *click-wrap agreement*. Par l'activation du bouton « *I agree* » ou en tapant les mots « *I agree* » ou « *I consent* », en principe, on manifeste son consentement. En ce moment, la jurisprudence admet la validité de ce consentement et confirme la force contraignante de ces contrats. La tendance juridictionnelle américaine est celle de maintenir la validité d'un *click-wrap agreement* et, comme conséquence, la validité des clauses désignant une loi et une juridiction compétente contenues dans un contrat électronique⁴⁷. La jurisprudence canadienne a apporté sa contribution à cette tendance : le 8 octobre 1999, dans l'affaire *Rudder v. Microsoft Corp*⁴⁸, le juge Winkler a reconnu la validité d'une clause de désignation juridictionnelle stipulée dans un contrat en ligne. L'avis du juge est que l'activation du bouton « *I agree* » équivaut à l'expression valide du consentement, de façon analogue au consentement attesté dans un contrat papier. La raison en est que ce genre de consentement demande un comportement actif⁴⁹, car la personne qui consent a *clické* sur le bouton et cela est suffisant pour pouvoir considérer qu'elle a consenti aux termes du contrat. Cette tendance est suivie dans la plupart des jugements américains qui doivent voir à la détermination de la validité d'une clause désignant une loi applicable, une juridiction compétente ou une clause compromissoire d'arbitrage dans les contrats en ligne⁵⁰.

71. Un autre type de consentement est possible également. On le constate dans le cas des contrats où les clauses sur la loi applicable et la compétence juridictionnelle se trouvent dans les conditions d'utilisation d'un site web, où normalement on indique qu'en utilisant le site web, on est réputé consentir aux conditions qui y apparaissent. Ici, on doit déterminer la validité de ce type de consentement où il n'y a pas un comportement actif comme celui que laisse supposer le *click-wrap*. Cette fois, il se peut que l'internaute n'ait pas pris connaissance de ces conditions d'utilisation. Dans ces cas-là, et à plusieurs reprises, la tendance américaine a été de rejeter la validité de ces clauses si elles n'étaient pas suffisamment visibles dans les conditions d'utilisation pour que l'utilisateur puisse les lire⁵¹. Dans l'affaire *Mendoza v. AOL*⁵², des clauses désignant loi applicable

⁴⁷ Matthew BURNSTEIN, *loc. cit.*, note 11, 33. L'auteur fait observer que les *Restatements* et la *United States Supreme Court* acceptent les clauses désignant une loi applicable quand ce choix est « *reasonable and not oppressive* ».

⁴⁸ *Rudder v. Microsoft Corporation* (1999) 2 C. P. R. (4 th) 474 (Ont. S. C. J.)

⁴⁹ Voir en ce sens M. GEIST, *loc. cit.*, note 46, 43 et Steven C. BENNETT, « Crafting an enforceable *click-wrap agreement* », (20 juin 2000) vol. 223, 118 *New York Law Journal*, 3.

⁵⁰ Steven C. BENNETT, *loc. cit.*, note 50, 3. L'auteur présente l'état de la jurisprudence américaine et confirme cette tendance jurisprudentielle qui accepte la validité de ces clauses acceptées par un consentement *click-wrap*, que les juges ont considéré comme équivalant à un consentement standard dans un contrat papier.

⁵¹ Voir sur cette tendance jurisprudentielle M. GEIST, *loc. cit.*, note 46, 44.

la loi de l'État de Virginie et désignant les tribunaux de cet état comme compétents ont été considérées par le juge comme non valides.

72. Ces clauses étaient contenues aux « *Terms of service* », et le demandeur a affirmé qu'il n'était pas au courant de l'existence de ces clauses contenues dans son accord d'utilisateur. Le juge a effectivement confirmé que ces clauses ne pouvaient pas être identifiées, elles se trouvaient à la fin de l'accord d'utilisateur, elles étaient des « clauses cachées ».

73. D'autre part, les dispositions protégeant les consommateurs dans l'État du demandeur (Californie) étaient de loin plus généreuses envers ceux-ci que celles de l'État de Virginie, ce qui prouve l'existence de cette pratique adoptée par plusieurs sites, de désigner comme lois applicables des dispositions offrant un bas niveau de protection pour les consommateurs. Ainsi, les juges devraient considérer le fait que cette pratique fait intervenir des clauses désignant des lois et des juridictions compétentes qui n'ont aucun lien de connexité avec les parties, ce qui suppose le non-respect de plusieurs règles qui visent à éviter cette pratique.

74. Règle générale donc, la jurisprudence américaine reconnaît la validité de ces clauses « click-wrap » dans un contrat, sauf dans le cas des exceptions étudiées. On peut alors constater une tendance consistant à voir comme équivalents les consentements donnés en vue d'un contrat électronique et ceux qui ont trait à un contrat papier. La Directive 97/7 CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, applicable aux contrats conclus par Internet, établit à son article 12 qu'un consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par celle-ci en vertu de sa transposition dans son pays. Cet article énonce aussi que les États membres doivent prendre des mesures pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par cette directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable à un contrat. Cette disposition a comme conséquence qu'une clause de droit applicable apparaissant dans un contrat conclu grâce à un « *click-wrap agreement* » serait une clause non valide si elle désigne une loi qui prive les consommateurs de la protection assurée par la directive⁵³.

CONCLUSION

75. Nous avons examiné les instruments juridiques susceptibles d'être applicables aux contrats électroniques aux fins de déterminer la loi applicable et la juridiction compétente. Il nous incombe à présent de nous questionner quant à l'applicabilité et à l'effectivité des règles existantes. Le caractère international des activités commerciales qui se déroulent sur Internet suscite des difficultés qui ne peuvent pas être réglées par un contrat conclu entre les parties ou par le droit d'un État déterminé⁵⁴. Le phénomène de l'Internet et celui du commerce électronique provoquent depuis des années un débat autour de la nécessité d'adapter et de renouveler les règles portant sur les conflits de lois et de juridictions entre les lois des différents pays et les conventions internationales⁵⁵. Les réseaux, en tout cas, rendent évident le fait que les apports du droit

⁵² *Mendoza v. AOL*, (2000) Superior Ct. Of cal., County of Alameda, dept. No. 22.

⁵³ M. BURNSTEIN, *loc. cit.*, note 11, 33.

⁵⁴ Pierre TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet », (sept.-oct. 1995) *Revue du Barreau*, n° 55, 543.

⁵⁵ Communication de M. Pierre-Yves GAUTIER, « Les aspects internationaux de l'Internet », (1997-1998) dans *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 245. L'auteur se demande s'il faut des lois pour réglementer l'Internet et sa réponse est que la plupart des lois existantes sont des lois d'inspiration romaine, et par conséquent, abstraites, générales et impersonnelles, propres à s'appliquer même aux cas les plus modernes. Après cette communication, dans le cadre du débat du 21 novembre 1997, M. Georges DROZ confirme que le droit international est prêt à servir et explique que la CNUDCI, pendant la période de préparation de ses travaux sur les transferts électroniques de paiements, « *avait étudié attentivement toutes les possibilités et, après deux ans de recherche et d'études, son rapport a conclu que pour ce qui est du droit international privé, le*

international privé sont indispensables; ce droit doit assurer la protection des individus dans toutes les relations affectées d'un élément d'extranéité. En raison des divergences existantes entre les droits européen et américain sur des aspects importants comme la protection des consommateurs et la protection des renseignements personnels, il est devenu nécessaire de pouvoir offrir un cadre sûr au commerce électronique.

76. Certains auteurs estiment nécessaire une « adaptation » et un renouvellement en profondeur, mais pas une révolution ou une transformation radicale pour pouvoir répondre au phénomène de la mondialisation du droit portant sur Internet et le commerce électronique⁵⁶. Ces mêmes auteurs sont bien conscients malgré cela de la métamorphose qu'a subie cette discipline, par la transformation de ses sources d'une part, mais d'autre part à cause de l'altération de l'objet même du droit international privé : « *La prolifération de nouvelles sources de droit et le succès des modes alternatifs de règlement des litiges invitent à se demander si l'objet de la discipline – résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions – n'est pas devenu trop étroit.* »⁵⁷

77. L'unanimité est maintenant faite quant à la nécessité de pouvoir compter sur des modes alternatifs de règlement des litiges. Cette façon de faire permet un règlement rapide et peu onéreux de petites réclamations; on y recourt en vue de nombreuses transactions de faible valeur effectuées par des consommateurs qui ne pourraient pas se permettre de régler leurs différends devant les tribunaux. Les problèmes qui peuvent se poser relativement à la loi applicable et à la juridiction compétente font ressortir le besoin de trouver réponse à des questions relatives au caractère contraignant ou pas des modes alternatifs de règlement des différends, à leur champ d'application, à leur articulation avec les voies judiciaires le cas échéant, et le rôle des tribunaux de dernier recours⁵⁸.

78. Même si d'aucuns sont critiques par rapport à ces modes alternatifs de règlement des différends⁵⁹, les nouveaux textes juridiques qui ont été particulièrement conçus pour servir aux besoins du commerce électronique ont tous pris en considération l'importance de cette approche. Ainsi, même si l'avant-projet de Convention de La Haye n'est pas l'instrument juridique le plus adéquat pour ce qui est de pouvoir compter sur des dispositions précises à cet égard, plusieurs experts ont convenu que la Convention « *ne devait pas être interprétée comme faisant obstacle à l'utilisation des modes alternatifs de règlement des différends qui sont appelés à se développer en marge de la convention* »⁶⁰. D'autre part, dans la Déclaration du Conseil et de la Commission sur le Règlement 44/2001, précitée, ce souci d'éviter que l'application de ce texte juridique puisse empêcher le développement de ces modes alternatifs de règlement des différends est aussi présent⁶¹. De même, à l'article 17 de la Directive 2000/31 sur le commerce électronique, on encourage le règlement extrajudiciaire des litiges, surtout en ce qui concerne les litiges en matière de consommation.

transfert électronique obéissait strictement aux mêmes règles que le transfert papier. Il était donc inutile de faire des règles de conflit » (*ibid.*, aux p. 255 – 256).

⁵⁶ Voir en ce sens B. FAUVARQUE-COSSON, *loc. cit.*, note 10, 2-9.

⁵⁷ *Id.*, 14.

⁵⁸ J. SEYVET, *loc. cit.*, note 1, 5.

⁵⁹ P. - Y. GAUTIER, *loc. cit.*, note 55, 252 : « *S'agissant des arbitrages, je suis beaucoup plus pessimiste, parce que la présence physique aux audiences m'apparaît irremplaçable. Je ne crois pas du tout au cyberjuge, je crois beaucoup à l'utilisation de l'Internet pour transmettre les assignations, les conclusions, les jugements, etc., mais rendre la justice par écran interposé, franchement non. La justice est humaine, chaleureuse, elle est physique et intellectuelle.* »

⁶⁰ Voir en ce sens les opinions des experts au Rapport Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale, *supra*, note 40, p. 7.

⁶¹ Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission, *supra*, note 43, p. 1. Dans cette déclaration, on note qu'« *il est d'intérêt des consommateurs et des entreprises de tenter de régler à l'amiable leurs litiges avant d'avoir recours aux tribunaux. Le Conseil et la Commission soulignent à cet égard que le règlement, et notamment ses articles 15 et 17, n'a pas pour objet d'interdire aux parties d'avoir recours à des modes alternatifs de règlement des litiges* ».

79. On peut dire, pour conclure, qu'en ce moment, plusieurs problèmes doivent être résolus afin de permettre le développement à l'échelle mondiale du commerce électronique. L'un des plus immédiats et des plus urgents est celui de la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente en matière de contrats électroniques de consommation. Heureusement, plusieurs mécanismes, y compris la méthode de résolution des litiges par des modes alternatifs, sont en train de combler ces vides juridiques pour que commerçants et consommateurs puissent agir de façon encadrée et ordonnée dans ce domaine.