

## Chapitre 11 – Le règlement des litiges

par François JACQUOT ET Barbara WEITZEL

---

### Introduction

Comme tout contrat, le contrat de commerce électronique comporte certains risques juridiques susceptibles d'engager les parties dans un contentieux. Ces risques peuvent se développer dans cet environnement nouveau que constitue le réseau Internet. Le client ne peut matériellement voir, toucher, goûter, tester l'objet ou le service convoité avant de s'engager, il le découvre au moment de la livraison. Or il est sûrement plus facile, par exemple, de montrer et faire toucher une étoffe à un client que de la lui décrire. La chose achetée risque ainsi de ne pas être conforme à ses attentes, à la description ou bien encore à la photographie figurant sur le site Internet du commerçant et il peut avoir de multiples raisons de se plaindre.

Le contrat de commerce électronique est un contrat d'adhésion conclu à distance. Le client se voit imposer des conditions générales de vente et il ne peut contracter qu'en considérant les seules informations qui figurent sur le site Internet du commerçant. Il peut de ce fait manquer parfois de réflexion tant la conclusion du contrat par un simple clic de souris semble facile et tentante. Le recours aux nouvelles technologies pour la conclusion des contrats rend nécessaire l'adaptation (progressive) des législations nationales relatives au contrat. Toutes ne sont pas encore remises à jour et les adaptations réalisées ne le sont pas nécessairement de façon homogène. Il y a donc là aussi une insécurité juridique à prendre en considération.

Après la formation du contrat, c'est l'exécution dudit contrat qui peuvent être sources de désagrément et éventuellement de contentieux. La marchandise ou la prestation peut, par exemple, être attendue pour une date bien précise bien que le formulaire de commande ne permette pas de le spécifier expressément (Noël, Fête des Mères, Fête locale ou de famille...), auquel cas tout retard met le client dans une situation délicate puisque son contrat devient sans intérêt pour lui.

Quant au paiement électronique, il comporte des risques bien connus dont les médias se font souvent l'écho. Comment le fournisseur peut-il être certain de l'identité réelle et des pouvoirs de celui qui s'engage dans une transaction électronique ? Le client peut-il être certain de ne pas voir son compte en banque pillé par un « pirate du réseau » qui lui aurait subtilisé son numéro de carte ? Bien entendu, sur ce point de nombreuses législations sanctionnent par de lourdes peines les fraudeurs, mais lorsque le mal est fait, il ne suffit pas toujours qu'il existe des textes de lois pour que le préjudice subi soit effectivement réparé...

Le contrat de commerce électronique est un contrat qui se veut par essence mais non par nécessité un contrat international. Il est international par essence car le réseau sur lequel il

est conclu est lui-même international, mais non par nécessité car rien n'interdit un marocain de conclure un contrat avec un fournisseur marocain dont l'établissement se trouve au Maroc. Serions-nous alors dans le cadre d'un contrat international ? Il est permis d'en douter même si parfois les circonstances de l'espèce permettent la discussion.

L'Internet pulvérisant les frontières, il donne à tout fournisseur ou client un accès virtuel au commerce mondial jusqu'alors réservé au cercle fermé des importateurs et exportateurs. Il en résulte de nombreuses difficultés juridiques liées à l'inadéquation entre les règles juridiques de caractère essentiellement national et territorial et ces opérations économiques de nature internationale. Il devient alors délicat de savoir quelles règles juridiques encadrent l'opération, quelles possibilités d'arrangements particuliers elles acceptent, quelles autorités sont habilitées à dire le droit.

Dès qu'il s'agit d'Internet et des litiges que peut engendrer une opération de commerce électronique, une multitude de risques potentiels s'élèvent. Ces risques existent du côté du vendeur comme du côté de l'acheteur. Aux risques classiques de mauvaise exécution du contrat et de piratages informatiques, s'ajoute la nécessité de bien connaître les règles de droit qui vont avoir vocation à s'appliquer. De nombreux commerçants se lancent aujourd'hui sur Internet alors qu'ils ne s'adressaient jusqu'alors qu'à un achalandage modeste et de proximité à partir du structure d'exploitation restreinte. En développant son affaire vers « l'extérieur », ces nouveaux exportateurs risquent de ne pas toujours connaître et maîtriser le nouvel environnement juridique qu'ils abordent. Il s'agit cette fois de veiller à la réglementation en matière d'import-export, de fiscalité, sanitaire, militaire, douanière etc. émanant d'un grand nombre d'Etats.

A partir de ces quelques observations, l'opération de commerce électronique peut sembler une opération à hauts risques juridiques. Cela ne doit pas décourager les opérateurs mais simplement les inciter à la prudence et les inviter à prendre les conseils utiles.

***Encadré 26 : Les lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique – OCDE***

*Le conseil de l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economiques) a approuvé le 9 décembre 1999 les lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique. Ces dernières ont été élaborées par l'organisation en vue d'assurer aux consommateurs du cybermarché une protection équivalente à celle dont ils peuvent bénéficier dans le commerce traditionnel. Elles s'inspirent des protections juridiques déjà établies pour le commerce traditionnel et sont destinées à aider gouvernements, entreprises et représentants des consommateurs à développer des mécanismes de protection des consommateurs en ligne. Ces lignes directrices donnent également des indications quant au règlement des litiges et aux recours éventuels, concernant d'une part le droit applicable et la compétence juridictionnelle et d'autre part, les voies alternatives de règlement des litiges et de recours. Les lignes directrices sont consultables sur le site de l'organisation : <http://www.oecd.org/>*

Le risque de différends dans une opération de commerce électronique est réel mais il existe de nombreux textes, tant nationaux qu'internationaux, pour encadrer ces opérations. Au surplus, de nombreux travaux sont actuellement menés de par le monde pour faire de l'Internet un réseau de confiance. A ce titre, il convient de relever qu'il existe aujourd'hui plus qu'avant des techniques très précises en matière de protection du consommateur, en matière de droit international privé et en matière de résolution rapide des litiges.

Il importe de savoir d'emblée que deux voies bien différentes sont envisageables pour mettre fin à un litige.

La voie traditionnelle est la voie judiciaire qui fera l'objet de la deuxième section. Mais elle peut sembler souvent incertaine, longue, coûteuse, surtout dans un litige international où la simple détermination du tribunal compétent devient délicate.

C'est pourquoi les praticiens des affaires internationales recommandent fréquemment une autre voie, présentée dans la première section, celle du règlement extrajudiciaire des différends, encore appelé mode alternatif de règlement des litiges (ADR, « *alternative dispute resolution* »). Ils préconisent ainsi le recours à la médiation et à l'arbitrage dont il faudra dans une section première bien peser les avantages et les inconvénients.

Néanmoins, quel que soit le mode de règlement du différend envisagé par les parties, le caractère international de l'opération de commerce électronique impose de rechercher quelles règles juridiques (et aussi le cas échéant professionnelles) sont susceptibles d'être mises en œuvre pour parvenir à la solution du litige. La troisième section est ainsi consacrée à l'identification des règles applicables en vue de la solution du litige.

## Le règlement extrajudiciaire des litiges

Dès la conclusion du contrat ou encore après l'apparition de leur différend, les cocontractants peuvent décider d'un commun accord de ne pas s'en remettre aux tribunaux pour régler le litige qui les oppose. Ils s'accordent alors pour s'en remettre à une justice privée dont ils estiment qu'elle sera plus efficace et répondra mieux à leurs attentes.

Les motifs du recours à un mode alternatif de règlement des différends tiennent le plus souvent à un souci de discrétion et à un souci d'efficacité et de rapidité. En préférant un arrangement amiable ou un arbitrage confidentiel, les protagonistes cherchent à éviter une publicité qui pourrait les desservir. En désignant l'arbitre chargé de les départager, les protagonistes peuvent faire appel à toute personne (même non-juriste) et donc désigner un spécialiste du domaine technique ou commercial en cause qui n'aura pas besoin de faire appel à des experts pour se forger son opinion. Les parties attendent de lui qu'il rende une sentence mieux adaptée à leur profession et à leur situation.

C'est aussi, bien entendu, par souci de simplification et d'économie qu'est choisie cette technique extra-judiciaire. La désignation d'un arbitre supprime la difficulté de déterminer le tribunal compétent et affranchit du formalisme procédural, donc du recours obligatoire aux auxiliaires de justice (avocats, huissiers etc.). Cette technique dispense le demandeur et le défendeur de se déplacer ou se faire représenter devant un tribunal, ce

qui, compte tenu des distances qui peuvent séparer deux contractants du commerce électronique, constitue un avantage non négligeable.

Ces divers avantages du recours à un mode amiable de règlement des différends sont réels. Il faut cependant en relativiser la portée et la mesurer à l'aune de la sécurité juridique, de la garantie des droits des plaideurs, de la force contraignante de la décision rendue. Il faut, en outre, toujours bien apprécier la validité même du procédé alternatif utilisé car il existe dans la plupart des législations des restrictions et interdictions de ces méthodes dans certains domaines ou certaines circonstances. L'accord des parties est alors frappé de nullité.

Les principaux modes de traitement extrajudiciaire des litiges sont l'arbitrage et la médiation. Nul ne peut y être contraint. Il faut donc un accord en ce sens. En cas d'arbitrage, l'arbitre reçoit des parties la mission de vider le différend qui les oppose par une sentence arbitrale qui s'imposera à elles. En revanche, dans la médiation, la mission du médiateur n'est pas aussi autoritaire car son rôle consiste seulement à rechercher avec les parties les termes d'un accord amiable supprimant la difficulté qui les oppose.

Au plan national et international, de nombreux organismes se donnent pour mission de faciliter le recours à ces modes alternatifs de traitement des différends, notamment ceux liés aux opérations de commerce électronique. Les sites qui proposent en ligne un règlement des litiges sont en plein essor. Certains d'entre eux se sont spécialisés dans un seul mode de règlement ou bien encore dans un seul type de litige.

#### ***Encadré 27 : De récentes initiatives***

*En Europe, l'idée d'un réseau européen (« réseau EJE ») de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation relatifs à la fourniture de biens ou services a été lancée au mois de mai 2000. L'objet de cette initiative sera d'offrir aux consommateurs et aux professionnels un mode de traitement de leurs litiges réduisant les coûts et les formalités. Il sera mis en place des chambres de compensation dans chaque Etat membre de ce réseau. Elles auront vocation à traiter les litiges concernant les livraisons, les produits défectueux ou les produits ou services ne correspondant pas à leur description. La mise en place effective de ces structures a débuté au cours de l'année 2000.*

*En partenariat avec le Tribunal de Commerce de Paris, le Barreau de Paris, l'Association Française d'Arbitrage et le Comité National Français de la Chambre de Commerce Internationale, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris a élaboré, en 1994, un contrat-type de commerce électronique à l'usage des commerçants et des consommateurs.*

*Un paragraphe de ce document est consacré au règlement des litiges. Les parties peuvent ainsi convenir qu'en cas de litige survenu à la suite ou lors de l'exécution du contrat, elles auront recours à la médiation du centre de médiation et d'arbitrage de Paris.*

*En octobre 1994, la commission de l'ALENA (l'Accord de libre-échange nord américain) a institué, en vertu de l'article 2022 de l'accord, un comité*

*consultatif des différends commerciaux. Il s'est penché sur les procédures de règlements des différends privés en matière de commerce international dans la zone de libre-échange.*

*Le comité consultatif a publié un document sur les différends commerciaux privés destiné à aider les entreprises à comprendre la procédure de règlement extrajudiciaire de différends et à les inciter à intégrer de tels mécanismes dans les contrats internationaux. Le document comprend également des clauses-type pour les parties souhaitant avoir recours à la médiation ou bien encore à l'arbitrage.*

*La banque de données trilingue du Droit du Commerce International « **Juris International** » présente dans sa collection de textes des informations relatives à certains centres de règlement des litiges.*

*Outre des renseignements sur ces organismes, « Juris International » propose en ligne des clauses de médiation et d'arbitrage.*

*Le site est accessible gratuitement à l'adresse suivante :*

*<http://www.jurisint.org/>*

## ► La médiation

### *- Définition*

La médiation est la procédure dans laquelle les personnes en litige font appel à une tierce personne, appelée le médiateur, afin de les concilier sur le désaccord qui les oppose. Le médiateur se contente de proposer, d'orienter les parties, mais ne peut rien leur imposer. Il se prononce au regard des informations qu'elles ont bien voulu lui communiquer. Pour affiner ses conseils, Il peut choisir d'entendre les parties, ensemble ou séparément.

Le recours à la médiation est prévu par le commerçant et son client soit, par anticipation, au moment où ils contractent, soit au moment où un différend les oppose. Matériellement cela prend la forme d'une clause de conciliation encore appelée, clause de médiation.

La médiation peut être très intéressante pour son caractère non contraignant et très discret. C'est une solution très adaptée au litige que les demandeurs ne veulent pas voir ébruiter sur la place publique.

### *- Cadre de la médiation*

Le médiateur peut être, au choix des parties, une personne physique tierce ou un organisme. Ce sont les contractants qui décident. Ils peuvent opter pour un médiateur unique ou pour la collégialité, c'est-à-dire préférer que plusieurs personnes soient chargées d'administrer leur litige. Concernant la rémunération du médiateur, il est généralement prévu que ses émoluments seront supportés pour moitié par les parties.

Il peut être judicieux pour les parties à la conciliation de préciser l'identité du médiateur dès la conclusion de la clause de médiation (sous réserve que celui-ci accepte sa mission et ne disparaisse pas avant de l'avoir mené à son terme !). En effet, une clause dans laquelle les parties prévoient que le médiateur sera désigné lors de la survenance d'un litige, d'un commun accord entre elles, peut aboutir à retarder ou bloquer le processus de

conciliation. Une fois un désaccord né, il est à craindre qu'elles ne se mettent jamais d'accord sur le choix du médiateur. La médiation est alors paralysée et il faut se tourner vers la voie judiciaire.

Les demandeurs à la médiation ont également intérêt à préciser le temps imparti au médiateur pour les aider dans leurs tractations. A défaut, les discussions et négociations peuvent s'éterniser jusqu'à ce que, de guerre lasse, une des parties prenne l'initiative de rompre les débats s'engage dans la voie judiciaire.

Dans la clause, les parties déterminent l'étendue des litiges qui seront soumis à la médiation. Elles peuvent donc délimiter les types de litiges susceptibles de donner lieu à médiation.

#### *- Rôle du médiateur*

En pratique, il existe deux modes de fonctionnement distincts pour la médiation et la clause de médiation elle-même peut apporter les précisions utiles.

- ❑ Dans le premier, le médiateur a pour mission de prendre le plus grand soin à aider les parties à comprendre leurs aspirations réciproques, d'animer et faciliter le dialogue entre elles afin de faire émerger un accord.
- ❑ Dans le second modèle, le médiateur émet un avis que les parties sont en mesure d'accepter ou de rejeter.

Le choix entre les deux modes est laissé à l'appréciation des parties, il peut également dépendre du mode de fonctionnement de l'organisme auquel elles ont confié leur médiation.

Le médiateur aide les parties à rédiger conjointement une transaction dans laquelle elles ne se sentent pas lésées. Pour ce faire, il devra développer le mieux possible ses arguments afin d'amener les parties à un accord ressenti comme équilibré et satisfaisant. La conciliation entre les parties a une très grande importance dans la médiation. Le médiateur n'est pas, à la différence de l'arbitre, chargé de trancher le litige. Il se contente de rendre un avis qui sera ou non suivi. Les parties n'ont pas à le convaincre. Chacune doit convaincre l'autre du bien fondé de ses arguments tandis que le médiateur doit les amener à une position transactionnelle.

La médiation s'achève par la rédaction d'un procès-verbal du médiateur constatant l'accord des parties ou bien encore l'échec de sa mission de conciliation. Pour lui donner une plus grande force juridique, chacune des parties peut choisir de faire homologuer cet accord par un juge (procédure dite « gracieuse » organisée par la plupart des législations).

A la différence de l'arbitrage, la médiation ne s'impose pas aux parties qui peuvent à tout moment abandonner cette procédure pour s'engager dans la voie judiciaire ou arbitrale. Dans ce cas, le caractère confidentiel de la médiation les empêche de divulguer ou même de réutiliser les informations qui auront été transmises pendant la tentative de médiation. Il peut, du reste, être prudent de préciser dans une clause annexe à la clause de médiation l'étendue et la force de l'obligation de confidentialité.

### ***Encadré 28 : Exemple de rédaction d'une clause de médiation***

*« Les parties s'engagent à tenter de résoudre à l'amiable tout différend susceptible d'intervenir entre elles à l'occasion du présent contrat sur la médiation de ... qui, saisi à l'initiative de la partie la plus diligente, formulera ses propositions dans le mois suivant sa saisine. Les frais de la médiation seront supportés par moitié par chaque partie. »*

*« Les parties au présent contrat s'interdisent toute action juridictionnelle ou arbitrale, avant d'avoir tenté de régler les litiges qui pourraient survenir à propos de ce contrat ou de son exécution, par voie de médiation conformément au règlement du Centre d'Arbitrage et de Médiation de ... »*

## **► L'arbitrage**

### *- Définition*

Cette procédure consiste à soumettre un différend (né ou à naître) à un ou plusieurs arbitres afin qu'ils tranchent le litige. Le procédé permet donc d'éviter que la contestation soit portée devant les juges et juridictions étatiques. C'est une solution particulièrement avantageuse pour des contractants qui, bien que rencontrant un différend, souhaitent préserver leur relation commerciale et sa confidentialité. Le déroulement de l'arbitrage est en effet moins austère, plus favorable à une justice de compromis, négociée et transactionnelle.

L'arbitre est chargé d'étudier les faits que chacun reproche à l'autre et de rendre ensuite une décision destinée à vider le contentieux. Cette décision appelée sentence s'impose aux parties et peut acquérir la même force contraignante qu'un véritable jugement à l'issue d'une procédure judiciaire simplifiée dite « d'exequatur ».

### *- Clause compromissoire et compromis d'arbitrage*

Le recours à l'arbitrage peut être prévu dès la conclusion de l'opération commerciale. Les contractants indiquent alors dans leur contrat qu'en cas de survenance d'une difficulté, ils soumettront leur différend à un arbitre et non à un juge. Ils doivent insérer à cet effet dans leur contrat, une clause spécifique appelée « clause compromissoire » ou bien encore « clause d'arbitrage ». Cette clause peut également être conclue postérieurement à la signature du contrat, dans un acte additionnel encore appelé « avenant ». Dans ces deux hypothèses, les parties agissent en prévision de leur relation future et des difficultés qu'elle pourrait engendrer. Il faut bien noter qu'après accord sur la clause d'arbitrage et sauf nouvel accord en sens inverse, les parties doivent impérativement soumettre à l'arbitrage tout litige entrant dans le champ de cette clause. La clause paralyse donc (selon la plupart des législations) le recours à la justice publique (hormis le cas d'infraction pénale, escroquerie par exemple).

Si la clause d'arbitrage n'a pas été conclue par anticipation, les parties peuvent encore décider de s'en remettre à l'arbitrage, une fois qu'elles rencontrent des difficultés. Dans

ce cas, elles signent, après qu'un litige est apparu, un compromis d'arbitrage qui produit les mêmes effets.

Pour la clause compromissoire comme pour le compromis, il est au minimum exigé par la plupart des législations que l'accord d'arbitrage soit passé par écrit. A défaut, l'accord d'arbitrage et aussi la sentence qui aurait été prononcée sur son fondement seront dépourvus de valeur juridique. Dans le même sens, il faut noter que si le recours à l'arbitrage est globalement licite pour toutes les opérations économiques, il est des questions pour lesquelles on ne peut y recourir valablement. Dans la plupart des pays (c'est notamment le cas de l'Inde, du Québec, du Danemark, de l'Algérie, de la Tunisie et de l'Égypte, des États-Unis), les questions qui touchent à l'ordre public ne sont pas arbitrables et seul le juge peut en connaître.

#### *- Arbitrage ad hoc et arbitrage institutionnel*

Sous réserve de quelques contraintes légales généralement très limitées, les contractants sont libres d'organiser à leur guise les conditions de l'arbitrage. Il leur est possible d'organiser directement, selon leurs vœux communs, toutes les modalités de l'arbitrage (nombre et identité des arbitres, procédure, règles applicables, pouvoirs de l'arbitre, mesures conservatoires éventuelles pour le temps de la procédure, procédure accélérée du référé arbitral, voies de recours, délais, langue employée etc.). Ce type d'arbitrage est dit « arbitrage ad hoc ».

La solution est assez dangereuse car les risques de lacune ou ambiguïté sont très importants. La sécurité juridique n'est pas garantie et le recours au juge ordinaire risque d'être la seule issue pour débloquer la situation. Dès lors, comme pour la médiation, il est important de bien organiser les conditions de déroulement de l'arbitrage. Les parties doivent avoir bien défini le cadre dans lequel l'arbitre doit intervenir, ainsi que le temps qui lui est imparti pour accomplir sa mission. A défaut, l'arbitrage pourrait bien durer au moins aussi longtemps qu'une procédure judiciaire et avec, à la clé, un coût exorbitant. Tout en prévoyant le délai dans lequel l'arbitrage doit être rendu ainsi que les conséquences de son inobservation, les parties peuvent néanmoins se réserver par prudence la possibilité de proroger conventionnellement le délai.

Pour éviter ces difficultés, il est plus sûr et plus simple (mais aussi souvent plus coûteux) de faire appel aux services d'une institution spécialisée. Cette formule dite de « l'arbitrage institutionnel » est plus fréquemment utilisée en pratique. Les institutions spécialisées jouent un rôle variable qui va de la simple fourniture d'une liste d'arbitres agréés à l'administration complète du litige. L'institution d'arbitrage propose, selon le cas, une clause-type d'arbitrage, les règles de procédure par son règlement d'arbitrage, une liste d'arbitres sur laquelle les parties peuvent faire leur choix ou même désigne elle-même les arbitres, fixe les coûts et les délais de l'arbitrage, offre des services matériels tels que secrétariat, bibliothèque, salle d'audience, etc.

La Chambre de Commerce Internationale est l'une des grandes institutions qui œuvrent dans le domaine de l'arbitrage. Elle a mis en place une cour d'arbitrage qui est un organisme permanent chargé d'administrer les différends en application du règlement de conciliation et d'arbitrage mis au point par la CCI. En matière de propriétés intellectuelles (droit d'auteur, logiciels, brevets, marques etc.) l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle développe également différents services. Les informations sur les

principaux centres d'arbitrage sont disponibles en accès libre et gratuit sur la banque de données du Centre du Commerce International : <http://www.jurisint.org>

*- Règles juridiques appliquées*

Quel que soit le mode d'arbitrage choisi par les parties, l'arbitre doit, par principe, juger en droit et non en équité. Il importe donc de déterminer quelles règles juridiques doivent être mises en œuvre (voir les développements infra).

La solution la plus sage consiste à fixer la loi applicable à la relation contractuelle dès la conclusion du contrat. S'agissant en effet d'un contrat international, les particuliers ont le droit de choisir leur Droit (dans une large mesure qui sera précisée dans les paragraphes suivants), sachant qu'en matière commerciale, l'arbitre tiendra compte aussi des usages professionnels. Sous cet aspect, le traitement du litige est donc proche de celui qu'aurait pratiqué un tribunal de l'ordre judiciaire.

A défaut de convention des parties sur les règles applicables, c'est l'arbitre qui les déterminera (selon les dispositions du règlement d'arbitrage et/ou de la loi régissant l'arbitrage, c'est à dire le plus souvent avec une large autonomie qui lui permettra d'appliquer les règles juridiques les plus adaptées).

Par une clause spéciale admise par un grand nombre de législations nationales, les parties peuvent autoriser l'arbitre à écarter les règles juridiques normalement applicables dès lors qu'elles conduisent à un résultat qu'il estime inéquitable. L'arbitre est ainsi autorisé à s'affranchir du Droit pour donner la solution qu'il estime la plus appropriée. On dit alors qu'il statue en amiable compositeur.

*- Sentence*

La mission de l'arbitre consiste à vider le conflit. Elle s'achève donc par le prononcé de la sentence arbitrale qui fixe les droits et obligations de chacun. La sentence rendue par les arbitres, à la majorité ou à l'unanimité selon les cas, s'impose au commerçant comme au client. Ils doivent donc l'exécuter, sauf dans les hypothèses où une voie de recours contre la sentence est admise par la loi qui régit l'arbitrage. Mais les parties peuvent renoncer contractuellement à faire appel de la sentence.

Néanmoins la sentence n'a pas automatiquement la force exécutoire d'un jugement judiciaire. Si la partie condamnée n'exécute pas spontanément les obligations mises à sa charge, l'autre partie devra en appeler à la justice publique pour voir conférer à la sentence la force contraignante nécessaire à la mise en œuvre des mesures coercitives. Par une procédure simplifiée appelée procédure d'exequatur, la sentence sera assortie de la formule dite « exécutoire » nécessaire à l'usage des voies d'exécution (intervention d'un huissier, saisie etc.). Cette complication liée à la mauvaise volonté (peu fréquente dans les milieux professionnels) de la personne condamnée par l'arbitre est l'un des inconvénients du recours à l'arbitrage. Pour tenter d'y remédier, on peut envisager d'inclure dans l'accord d'arbitrage une clause de pénalité ou d'astreinte destinée à sanctionner le défaut d'exécution de la sentence.

- *Textes de référence*

Pour renforcer la simplicité, l'efficacité et la fiabilité de la technique de l'arbitrage appréciée des milieux d'affaires internationaux, de nombreuses conventions internationales bi ou multilatérales ont été négociées entre les Etats dans la perspective d'améliorer l'environnement juridique du commerce international. Parmi celles-ci, il faut sans doute reconnaître une importance particulière à :

- ❑ *la* Convention de New York du 10 juin 1958 relative à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, *ainsi qu'à* :
- ❑ *la* Convention de Genève du 21 avril 1961 dite convention européenne sur l'arbitrage international.

Ces deux conventions ont pour objet d'accroître la fiabilité et l'efficacité juridique de l'arbitrage. Dans le même sens, on peut encore prendre pour exemple :

- ❑ *la* Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international *conclue à Panama le 30 janvier 1975, et*
- ❑ *la* Convention conclue le 8 mai 1979 à Montévidéo qui traite de l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères.
- ❑ *Il faut également citer la* Convention arabe sur l'arbitrage commercial international *signée à Amman le 14 avril 1987.*

Le Conseil de l'Europe a lui aussi élaboré une convention dans ce domaine, il s'agit de la convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage, et la CNUDCI propose une loi-type sur l'arbitrage commercial international.

Dans le cadre du traité l'instituant, l'organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a élaboré un acte uniforme qui régit dans les pays signataires le droit de l'arbitrage.

***Encadré 29 : Exemples de rédaction de clause d'arbitrage***

*- Arbitrage ad hoc*

*« Tous différends découlant du présent contrat seront réglés par voie arbitrale. »*

*« Les parties conviennent de soumettre tous les litiges, sans exception, pouvant naître de la validité, de l'interprétation ou de l'exécution du présent accord, à un tribunal arbitral qui sera constitué comme suit... »*

*« Tout litige susceptible de survenir entre les parties, quant à la formation, l'exécution, ou à l'occasion du présent contrat, sera soumis, à l'initiative de la partie la plus diligente, à une juridiction arbitrale, composée de trois personnes. A cette fin, chaque partie désignera son propre arbitre. Celle qui prendra l'initiative de la procédure faisant connaître à l'autre partie par lettre recommandée A.R. le nom de l'arbitre choisi ; l'autre partie faisant connaître à la première, dans les*

*quinze jours de la réception de la lettre, dans les mêmes formes, le nom du second arbitre choisi. Les deux arbitres désignés dans les quinze jours de leur saisine commune s'accorderont sur la désignation du troisième. A défaut d'entente entre les deux arbitres, le troisième sera désigné par ..., à la requête de la partie la plus diligente. Le collège arbitral statuera, à charge d'appel, conformément aux dispositions ... »*

*« Tout différend relatif à l'interprétation, à l'application et à l'exécution du présent contrat est soumis à un arbitre unique à l'exclusion de tout autre tribunal. Les parties conviennent du choix de l'arbitre. »*

*- Arbitrage institutionnel*

*« Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de ... par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement. »*

*« Tous les litiges auxquels le présent contrat, ou son exécution, pourrait donner lieu, seront soumis à médiation, conformément au règlement du Centre d'Arbitrage et de Médiation de ..., et en cas d'échec de la médiation seront tranchés par voie d'arbitrage conformément au règlement dudit centre. »*

*- Note*

*Sur le site de l'International Alternative Dispute Resolution sont référencées les différentes législations nationales relatives à l'arbitrage. Un lien donne un accès direct aux textes de loi.*

*Le site met également à la disposition des internautes des liens leur permettant d'accéder à différentes organisations qui proposent, en ligne, des clauses d'arbitrage ou de médiation.*

*Le site est accessible à l'adresse suivante :*

*<http://www.internationaladr.com/Default.htm>*

## ► Le règlement en ligne des litiges

En même temps qu'il fait naître de nouveaux types de contentieux – conflit entre marque de commerce et nom de domaine par exemple - le développement de la pratique du réseau et des activités commerciales sur Internet suscite une évolution des méthodes de traitement des litiges. De nombreuses institutions nationales et internationales ont adapté leurs méthodes et leurs règles de traitement des différends aux possibilités offertes par les nouvelles technologies ou en poussant leur spécialisation dans ces nouveaux domaines. Parallèlement, de nouveaux organismes se sont constitués avec la finalité de prendre en charge de façon spécifique le contentieux né de l'usage de l'Internet. Enfin les entreprises elles-mêmes ont cherché à intégrer, dans le cadre du développement de leurs activités sur Internet, des modalités nouvelles de traitement des différends nés de leur cyber-activité.

*- L'adaptation des institutions : l'exemple de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*

L'évolution de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et de son centre d'arbitrage et de médiation est un bon exemple des mutations suscitées par l'essor de la technologie de l'information et de la communication. Tout en conservant les modes traditionnels de règlement extrajudiciaire des litiges qu'il proposait, le centre s'est mis à l'heure d'Internet. Pour mieux répondre aux besoins spécifiques des opérateurs du secteur des Nouvelles Technologies, il a procédé à diverses adaptations des techniques de médiation et d'arbitrage qu'il développait déjà en son sein.

Le centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI s'est donné pour objet le règlement de litiges commerciaux internationaux entre particuliers et/ou entreprises privées. Il est spécialisé dans le traitement des différends qui ont trait à la propriété intellectuelle mais se donne aussi compétence pour traiter de toutes sortes de litiges qui lui seraient soumis. Le centre s'est attaché à développer un cadre juridique approprié pour l'administration des litiges relatifs à l'Internet et au commerce électronique. Il constitue ainsi l'une des institutions majeures pour le règlement des différends liés à l'enregistrement et à l'utilisation des noms de domaine de l'Internet.

Le centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI est en effet l'un des centres agréés par l'ICANN. Il propose un service particulier de règlement des litiges relatif aux noms de domaine découlant de l'enregistrement ou de l'utilisation abusive de ceux-ci. La technique de résolution doit répondre aux règles et principes directeurs adoptés par l'ICANN (*l'Internet Corporation For Assigned Names and Numbers*) Ces règles sont présentées en détail dans la section relative au nom de domaine.

Sur son site Internet, l'OMPI présente, au titre de la médiation, un guide complet destiné à l'information des intéressés. Celui-ci explique la technique de la médiation, ses avantages, ses utilisations. Le centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI propose aussi un système en ligne de dépôt de plainte destiné à se prolonger par un mode de règlement en ligne des litiges. Les parties peuvent donc déposer via Internet toutes sortes de documents (communications, preuves...) leur permettant une bonne administration des pièces tout en accélérant la procédure.

Lorsque deux personnes en litige décident de se soumettre à la médiation de l'OMPI, elles adoptent son règlement de médiation. Le règlement donne aux parties les indications sur la procédure à suivre ainsi que sur son déroulement. Il définit les modalités de désignation du médiateur. Il leur garantit la confidentialité de la conciliation et règle les questions financières (honoraires du médiateur, frais de procédure).

La procédure de médiation administrée par le centre de l'OMPI commence par le dépôt d'une demande de médiation par les parties. Cette dernière doit comporter les informations nécessaires à la détermination du litige, des parties et de la convention de médiation. Après réception de la demande, le centre entre en relation avec les parties pour la désignation du médiateur, à moins qu'elles ne l'aient fait préalablement. Le médiateur s'entretient à tour de rôle avec les parties pour établir son programme de travail et fixer la date de la première réunion. Au cours de celle-ci, les règles de base de la procédure vont être établies. La langue utilisée est laissée au choix des parties, tout comme le lieu de la médiation. Toutefois, si elles optent pour Genève, l'OMPI met à leur disposition gratuitement une salle de réunion.

Au cours de la médiation, les questions litigieuses sont abordées successivement en vue de rechercher les solutions satisfaisantes au regard des intérêts de chacun des protagonistes. Si les parties vont jusqu'au terme de la médiation et trouvent un terrain d'entente, elles signent un accord de transaction. Sauf accord contraire, le coût de la médiation est supporté pour moitié par chacune d'entre elles.

L'OMPI administre également les contestations destinées à être tranchées par la voie de l'arbitrage. A ce titre, le centre de l'OMPI a mis en place trois procédures d'arbitrage : l'arbitrage proprement dit, l'arbitrage accéléré et l'arbitrage qui intervient après l'échec d'une procédure de médiation. Il propose des clauses-type pour chacun de ces types d'arbitrage, en distinguant entre litiges nés et litiges à naître.

L'arbitrage accéléré constitue une procédure aménagée et simplifiée de façon que la sentence soit rendue dans un délai plus bref et à un coût moins élevé. Chacune des étapes de l'arbitrage est écourtée et la sentence est rendue par un arbitre unique.

L'arbitrage après médiation combine la médiation puis l'arbitrage. Dans un premier temps, les parties doivent mettre tout en œuvre dans un délai déterminé pour régler leur différend par la voie de la médiation. Sur l'initiative de l'un ou l'autre des contractants, le litige peut être renvoyé à l'arbitrage par une décision obligatoire.

### ***Encadré 30 : Clauses et conventions recommandées par l'OMPI***

#### *- Clause de médiation recommandée de l'OMPI pour des litiges futurs*

*« Tout litige, controverse ou réclamation découlant du présent contrat et de toute modification ultérieure du présent contrat, ou s'y rapportant, et ayant trait notamment mais non exclusivement à sa formation, sa validité, ses effets obligatoires, son interprétation, son exécution, sa violation ou sa résolution, de même que toute réclamation extracontractuelle, sera soumis à médiation conformément au Règlement de médiation de l'OMPI. Le lieu de la médiation sera ... La langue de la procédure de médiation sera ... »*

#### *- Compromis d'arbitrage recommandé de l'OMPI pour des litiges déjà nés :*

*« Les parties soussignées acceptent par la présente que le litige suivant soit soumis, pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'OMPI :*

*(Brève description du litige)*

*« Le tribunal arbitral sera composé (de trois arbitres) (d'un arbitre unique). Le lieu de l'arbitrage sera ... La langue de la procédure sera ... Il sera statué sur le litige conformément au droit ... »*

#### *- Convention recommandée de l'OMPI pour une médiation suivie, à défaut de règlement du litige, par un arbitrage dans le cadre d'un litige déjà né :*

*« Les parties soussignées acceptent par la présente de soumettre à la médiation, conformément au Règlement de médiation de l'OMPI, le litige suivant :*

*(Brève description du litige).*

*« Le lieu de la médiation sera ...*

*La langue de la procédure de médiation sera ...*

*Elles conviennent d'autre part que si, et dans la mesure où, dans les (60) (90) jours qui suivent son introduction, la procédure de médiation n'a pas abouti au règlement du litige, celui-ci, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'une ou l'autre partie, sera soumis, pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'OMPI. Si par ailleurs, avant l'expiration de ce délai de (60) (90) jours, l'une ou l'autre des parties s'abstient de participer ou cesse de participer à la procédure de médiation, le litige, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'autre partie, sera soumis, pour règlement définitif, à arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de l'OMPI. Le tribunal arbitral sera composé (de trois arbitres) (d'un arbitre unique). Le lieu de l'arbitrage sera ... La langue de la procédure d'arbitrage sera ... Il sera statué sur le litige conformément au droit ... »*

Les institutions nationales ou internationales ne sont pas les seules à développer des actions destinées à faciliter le règlement des différends dans le domaine des nouvelles technologies. De multiples initiatives provenant de sources très diverses prennent place sur le réseau et proposent des services destinés à favoriser le règlement des différends.

*- Sites spécialisés dans le règlement en ligne*

Plusieurs sites se proposent de résoudre en ligne les litiges. Ils utilisent la technique de la médiation ou de l'arbitrage selon les cas ou bien encore les deux. Quant à leurs domaines de compétence, certains sites se veulent généralistes tandis que d'autres se spécialisent dans le règlement d'un seul type de litige.

Parmi les sites spécialisés, il y a tout particulièrement ceux qui se consacrent à la lutte contre le « cybersquattage » et traitent les litiges relatifs aux noms de domaine mais aussi d'autres sites qui se destinent à résoudre les conflits liés à l'usage du Net.

L'un des premiers centres dédiés à la résolution en ligne des litiges fut le *CyberTribunal*, centre de résolution des conflits cybernétiques, qui avait été présenté en juin 1998 par le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal à l'initiative du professeur Karim Benyekhlef.

### ***Encadré 31 : Le CyberTribunal***

*Le CyberTribunal proposait en ligne à la fois des services de médiation et d'arbitrage.*

*Pour la médiation, le CyberTribunal avait proposé une solution innovante en vue de garantir l'intervention des deux parties à la procédure de conciliation. Une fois nommé, le médiateur était chargé d'inviter par courrier électronique l'autre partie à consulter une page à son nom. Il trouvait sur celle-ci une explication de ce qui lui était reproché par la ou les parties plaignantes. Les concepteurs de CyberTribunal voyaient dans cette formule une façon de prendre contact avec la partie incriminée sans l'indisposer. En cas d'échec de la procédure de médiation, les parties avaient encore l'opportunité de se tourner vers l'arbitrage.*

*Le CyberTribunal était saisi d'une procédure d'arbitrage par le biais d'un formulaire préétabli. Le demandeur y indiquait notamment son nom, la nature du différend à l'origine de sa demande, l'objet de sa demande et le texte de la clause compromissoire ou de la convention d'arbitrage.*

*Si la demande entrait dans son champ de compétence, le secrétariat du CyberTribunal nommait un ou trois arbitres. Ce choix devait être approuvé par les parties. Par le biais du site de l'affaire en cours, les parties communiquaient entre elles. Au vu des documents qui lui avaient été fournis et éventuellement après l'audition de témoins, le tribunal arbitral rendait sa décision dans les trente jours de la clôture des débats. Celle-ci était sans appel possible.*

*L'activité du Cyber-Tribunal a pris fin en décembre 1999 pour faire place à un nouveau projet de résolution en ligne des différends dénommé « eResolution ».*

Depuis le 1er janvier 2000 la société canadienne eResolution propose ses services en ligne dans le domaine de la résolution des litiges relatifs aux noms de domaine (<http://www.eresolution.ca/>). La société eResolution bénéficie de l'accréditation de l'organisation américaine chargée d'attribuer les noms de domaine, l'Internet Corporation For Assigned Names and Numbers (ICANN), pour la mise en œuvre de sa politique de résolution des différends et lutter contre le cybersquattage.

La société canadienne a mis sur pied un système permettant de mener intégralement en ligne la procédure de règlement des litiges. Les différends sont étudiés par des juristes spécialisés dans le droit des marques de commerce, de la propriété intellectuelle ou bien encore des technologies de l'information. eResolution se propose de régler les différends dans un délai de moins de soixante jours.

La société a offert ses services d'arbitrage pour le contentieux des noms de domaine dans un premier temps, mais elle se propose à brève échéance de traiter également de tout litige concernant le commerce électronique par les voies de la médiation et de l'arbitrage.

Parallèlement à ces initiatives bien connues, de nombreuses structures de type associatif prennent désormais place sur l'Internet avec l'objectif affiché de rendre le réseau plus convivial. Agissant le plus souvent à titre gracieux et bénévole, elles proposent plus spécialement aux internautes de leur apporter une aide pour résoudre les litiges.

### ***Encadré 31 : Autres initiatives de règlement en ligne des litiges***

*En France par exemple, une association privée créée en 1997 et dénommée IRIS (Imaginons un réseau Internet plus solidaire), propose ses services en ligne pour la résolution des petits conflits liés à Internet. La démarche de l'association Iris en matière de médiation est expérimentale. Elle vise à aider les utilisateurs de l'Internet à trouver facilement une solution à leurs difficultés. L'association est désireuse de prouver que la plupart de ces conflits peuvent être résolus sans l'intervention de la justice ou d'un comité de censure. Les parties désireuses de soumettre un litige à la médiation disposent de deux procédés pour joindre l'association, soit par l'intermédiaire du formulaire qui se trouve sur le site, soit par courrier électronique. Sur le formulaire, le demandeur indique ses coordonnées et donne un exposé bref des problèmes qu'il rencontre. Les médiateurs de l'association sont des bénévoles issus de diverses professions (juristes, enseignants, informaticiens ...). Ils sont chargés de mettre le demandeur en relation avec l'autre partie. Mais le médiateur n'est pas en mesure de leur imposer une solution. La médiation de l'association Iris est gratuite dans la mesure où les médiateurs interviennent à titre bénévole. (<http://www.iris.sgdg.org/>)*

*Parmi les pionniers du règlement en ligne des litiges, il faut également citer l'Online Ombuds Office (<http://aaron.sbs.umass.edu/center/ombuds/default.htm>) qui propose un service de médiation en ligne. Ce projet a vu le jour en juin 1996, grâce aux financements du NCAIR (National Center for Automated Information Research). La fondation Hewlett a fourni une subvention pour la création du Centre pour la technologie de l'information et la résolution des litiges de l'université du Massachusetts. L'Online Ombuds Office est l'outil du Centre consacré à la résolution des litiges.*

*L'association peut être jointe par le formulaire en ligne ou par courrier électronique, quel que soit le type de différend. Ce site s'est particulièrement illustré dans le règlement des litiges nés à l'occasion des enchères en ligne. Il est également très présent pour les différends relatifs aux noms de domaine.*

Le nombre de sites proposant le règlement en ligne des litiges est en pleine expansion. Nombre de ces sites sont consacrés aux litiges entre consommateurs et

cybercommerçants. Ces sites se chargent de recevoir la réclamation du client et de la transmettre au cybercommerçant pour le compte du consommateur. A défaut de réponse du professionnel dans un délai donné, une seconde transmission est faite au fournisseur. Si elle n'est pas suivie d'effet, l'opérateur propose au consommateur de donner une suite judiciaire à l'affaire par l'intermédiaire de ses propres conseils.

Certaines des sociétés opérant sur ce marché (par exemple *Complain.com* (<http://www.complain.com/>) qui propose ses services pour 20 dollars US ou encore *Cemptor*) se proposent en outre de mettre en ligne une base de données des litiges qu'elles auront traités. Les informations fournies par la base de données attesteront de l'activité du site mais serviront aussi à faire réfléchir et orienter les consommateurs avant leurs achats en ligne. Le service rendu peut avoir son utilité, même s'il faut s'assurer de sa conformité aux dispositions nationales régissant l'activité des professionnels du droit et à la déontologie.

Les instances européennes ont adopté, le 8 juin 2000 une Directive sur le cadre juridique du commerce électronique dont les dispositions (art. 17) consacrent l'importance des modes extrajudiciaires des différends dans la Net-économie. L'objectif de la directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres. La directive s'applique à toutes les relations entre professionnels (B to B) et entre professionnels et consommateurs (B to C) sous la seule restriction de certains domaines comme la fiscalité et les questions réglées par d'autres textes communautaires.

***Encadré 32 : Article 17 de la Directive européenne sur le cadre juridique du commerce électronique***

*Règlement extrajudiciaire des litiges*

*1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.*

*2. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.*

*3. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que tout autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatives au commerce électronique. »*

Les entreprises commerciales qui prennent position sur le nouveau marché du commerce électronique s'efforcent aussi de mettre à profit la technologie pour faciliter le règlement des difficultés qui peuvent apparaître dans leurs rapports avec la clientèle. Elles proposent de résoudre en ligne les litiges à partir de leur site Internet.

*- Service offert aux clients par les entreprises*

Pour les entreprises qui font commerce sur Internet, le règlement en ligne des éventuelles difficultés peut être un bon argument commercial. Ce service aux clients vient simplement s'ajouter aux divers autres services déjà proposés en périphérie de l'opération commerciale principale. Par ce procédé, les professionnels cherchent à rassurer leurs clients, à développer la confiance qui les conduira à préférer ce fournisseur à d'autres. Pour le client, il est d'ailleurs souvent important de savoir qu'en cas de difficulté, il trouvera un interlocuteur prêt à prendre son problème en considération. Quant au commerçant, il trouve là également l'avantage d'un procédé indirect d'information sur les difficultés rencontrées par sa clientèle aussi bien dans l'usage de ses produits ou services que dans l'utilisation de son site Internet dont les insuffisances ou obscurités peuvent être à l'origine des difficultés rencontrées (les groupes de discussion sont aussi un excellent mode d'information du professionnel sur les sentiments ou ressentiment de la clientèle).

Selon une première démarche, le client insatisfait d'une opération conclue avec le commerçant électronique (par exemple : erreur de modèle à la livraison, manquants, absence ou inadaptation des accessoires, insuffisance du mode d'emploi, article détérioré lors du transport etc...) se voit offrir la faculté d'en avertir le fournisseur par courrier électronique expédié vers une adresse (de préférence) dédiée ou encore par téléphone (pratique dite des « numéros verts » en France). Dans le contrat ou une charte annexe, souvent utilisée d'ailleurs comme argument publicitaire, le fournisseur s'engage à apporter une réponse à toute réclamation dans un délai bref déterminé.

Dans bien des cas, le litige peut être réglé très vite par un simple dialogue entre les parties. Le commerçant y a d'ailleurs tout intérêt s'il veut fidéliser sa clientèle et donner une image positive de son entreprise perçue ainsi comme soucieuse de la satisfaction du client (c'est la logique du « satisfait ou remboursé ! »). Dans ce cas, le service-client joue à la fois un rôle de service après-vente et un rôle de conciliateur entre les intérêts bien compris du client et de l'entreprise. La démarche consiste à aplanir facilement et rapidement les difficultés en vue d'éviter la naissance d'un véritable contentieux.

Ce service représente évidemment un coût pour l'entreprise. Mais il lui permet de faire l'économie des frais et désagréments d'éventuels litiges portés devant les tribunaux locaux ou même étrangers. Il évite aussi les effets néfastes d'une contre-publicité. Quant au client, il y trouve également l'intérêt de ne pas avoir à s'engager dans des procédures (internationales) aléatoires et trop coûteuses en même temps qu'il peut espérer une satisfaction plus grande du fait de la démarche plus commerciale que strictement juridique de l'entreprise. En contrepartie, il perd toutefois la garantie que lui aurait procurée l'impartialité d'un juge ou d'un arbitre extérieur à l'affaire.

Suivant une autre démarche dépassant cette fois le cadre consensuel du service à la clientèle, certaines entreprises insèrent également des modalités de règlement des litiges sur leur site mais en préférant ne pas avoir à les gérer. Elles font alors appel au service de professionnels, spécialisés dans les solutions alternatives de résolution des conflits. Un lien est inséré sur le site du commerçant pour renvoyer au site du professionnel de la

résolution des litiges en ligne. La valeur juridique de ces dispositions doit être appréciée au cas par cas. Elle sera souvent nulle à l'égard d'un client non-professionnel.

Bien qu'ils puissent de nombreux avantages, spécialement dans les affaires internationales, les modes de règlement extrajudiciaire des litiges sont parfois tenus en échec. Il arrivera par exemple que les protagonistes ne puissent s'entendre pour recourir à l'une de ces techniques ou encore qu'elles refusent de se plier à une solution amiable non contraignante. Pour vaincre les réticences, il n'y a pas d'autres voies que de se tourner vers les tribunaux étatiques pour faire trancher le différend qui les oppose.

## La résolution judiciaire des litiges

Le commerce électronique efface les distances et dépasse les frontières. Prenons l'exemple d'un client espagnol résidant au Maroc qui achète sur Internet son ordinateur familial à un fournisseur américain. Devra-t-il s'adresser au juge espagnol, marocain ou américain si la machine lui refuse tout service après quelques semaines ? Et si le juge marocain accepte de se prononcer sur ce litige, quelle valeur contraignante aura sa décision aux Etats-Unis ? Il y a là des questions juridiques bien délicates ! Elles pourraient laisser penser que la simplification du commerce international est inversement proportionnelle à la complexité juridique du contentieux qu'il engendre. Ces questions juridiques méritent d'être éclaircies car devant l'essor du commerce électronique, il est bon d'informer les utilisateurs d'Internet qui souhaitent s'y engager afin de leur éviter, dans la mesure du possible, de sérieux désagréments.

### ► La problématique des règles de compétence des juridictions

Le choix du tribunal appelé à connaître d'un litige privé appartient à celui qui prend l'initiative de saisir la justice. Par un penchant naturel bien compréhensible, le demandeur cherchera à porter le litige devant le juge qui lui semble le plus proche. Il s'adressera donc en priorité aux tribunaux de son lieu de résidence, domicile ou établissement, ou encore à ceux de l'Etat dont il porte la nationalité. Ce choix spontané a de fortes chances d'être contesté par l'adversaire dont les intérêts sont précisément inverses. En outre, au regard des règles juridiques déterminant la compétence des juridictions, ce choix ne sera pas toujours valable ni juridiquement efficace. Comme au surplus la compétence des tribunaux est en général déterminée par la loi nationale qui les institue, il ne sera pas rare de se heurter en pratique à des solutions législatives divergentes.

Des conventions internationales s'efforcent d'harmoniser les règles de la compétence territoriale des juridictions (en reconnaissant le plus souvent une marge d'autonomie aux parties à la relation commerciale internationale) et en favorisant l'exécution des décisions judiciaires dans les Etats étrangers.

### **Encadré 33 : Le consommateur et la juridiction compétente**

*La chambre de commerce et d'industrie de Paris a adopté lors de son assemblée générale du 3 février 2000 des propositions relatives aux aspects juridiques de la société de l'information et du commerce électronique. Sur la détermination de la juridiction compétente, les propositions de la chambre de commerce et d'industrie de Paris vont dans le sens du libre choix par les parties au contrat dans les relations interentreprises. En matière contractuelle la compétence est donnée, dans les relations avec les consommateurs, à la juridiction du pays d'exécution de l'obligation (« délivrance du bien ou fourniture du service »).*

*La CCI de Paris privilégie également les modes alternatifs de règlement des conflits. Elle prône la médiation pour les litiges survenus dans les relations avec les consommateurs et la médiation et l'arbitrage pour les relations interentreprises.*

*Le 4 novembre 1999, le Bureau Européen des Associations de Consommateurs (BEUC) avait rappelé son attachement à la possibilité pour les consommateurs de saisir une juridiction dans leur propre pays pour tout litige avec un fournisseur relativement à un produit acheté sur Internet. Le BEUC avait déclaré qu'il « est essentiel, en dernière instance, que les consommateurs puissent entamer une action en justice devant les tribunaux de leur pays de résidence ». Le BEUC soulignait le fait qu'il serait injuste que les consommateurs soient moins bien protégés lors de leurs achats en ligne que lorsqu'ils effectuent des achats de façon traditionnelle (<http://www.beuc.org>).*

#### **► Les règles nationales**

Chaque Etat détermine de façon autonome dans sa législation nationale la compétence de ses juridictions. En pratique, il faut donc interroger systématiquement les règles de compétence édictées par l'Etat dont on saisit le juge. Si un professionnel chinois saisit le juge français pour un litige l'opposant à un fournisseur français, il devra s'enquérir des règles françaises définissant la compétence des tribunaux français pour les litiges internationaux.

##### *- Principe*

Un principe commun se dégage toutefois du patchwork des législations nationales. Il y est unanimement admis que :

- Le tribunal du lieu du domicile, résidence ou établissement du défendeur est compétent et donc que les tribunaux de l'Etat dans lequel celui-ci est établi sont compétents. La règle vaut pour la plupart des matières et notamment en matière commerciale.

Cette règle générale connaît cependant des exceptions dans la plupart des législations :

- ❑ Si par exemple le conflit concerne la propriété d'un immeuble ou une hypothèque sur un immeuble, ce sont les tribunaux du lieu de situation de l'immeuble qui devront être saisis.
- ❑ S'il s'agit de sanctionner une infraction pénale, le juge répressif compétent est toujours celui du lieu de commission de l'infraction, même lorsqu'il est appelé à statuer sur les intérêts civils des victimes.

Dans d'autres matières, il est possible de choisir entre le tribunal du lieu du domicile du défendeur et un ou plusieurs autres tribunaux situés le cas échéant dans d'autres pays. C'est le cas par exemple dans le contentieux contractuel où il est possible de saisir le juge du lieu de l'exécution des obligations ou encore en matière de responsabilité civile où l'on peut se tourner vers le juge du lieu où le dommage a été causé.

#### *- Dérogations*

Parallèlement à ces règles dites ordinaires, la plupart des législations nationales contiennent des dispositions dérogatoires et exorbitantes qui sont spécifiques au contentieux international. La majorité de ces règles instituent un chef de compétence particulier au profit des juridictions de l'Etat de la nationalité du défendeur ou bien encore du demandeur.

Ces règles à caractère nationaliste perturbent évidemment l'équilibre des intérêts en présence. C'est par exemple le cas avec le privilège de juridiction découlant de l'article 14 du code civil français. Celui-ci énonce que « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

Au plan européen, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et le règlement communautaire 44-2001 du 22 décembre 2000 qui lui succède (<http://europa.eu.int>) neutralisent ces dispositions dans le contentieux intracommunautaire. Mais elle leur donne plein effet à l'encontre des plaideurs résidant hors d'Europe.

En droit américain, la compétence des juridictions pour connaître d'un différend est liée en tout premier lieu à la présence des parties sur le territoire national. Les tribunaux américains ont, en effet, une compétence générale lorsque le défendeur est domicilié dans l'Etat ou y exerce des activités. Parallèlement à cette compétence générale, les juridictions américaines acceptent des motifs de compétence particulière s'il apparaît un lien suffisant entre le tribunal saisi et le défendeur non-résident. La jurisprudence américaine récente, appliquant ce principe, admet que les communications via Internet puissent servir de base à la compétence d'un tribunal local à l'égard d'un tiers ou d'une entreprise qui n'est pas formellement établi dans le ressort de la juridiction. Les juridictions américaines se sont déclarées compétentes sur la base de contacts établis au moyen de courriers électroniques dans une affaire de dol en matière boursière. Elles ont également accepté de traiter un différend relatif à la contrefaçon de marque sur Internet en relevant que la compétence était établie du fait que la publicité faite sur Internet s'adressait, entre autres, aux personnes résidant dans le ressort du tribunal.

Compte tenu de la disparité des règles contenues dans les législations nationales, il existe toujours une relative incertitude sur l'identification de la juridiction susceptible de connaître du contentieux issu d'une relation. Pour tempérer ces incertitudes, deux techniques sont envisageables. Il s'agit d'une part :

- de l'harmonisation internationale des règles de compétence juridictionnelle, et d'autre part,
- de la négociation entre les particuliers d'une clause contractuelle déterminant le tribunal compétent pour traiter de leur différend.

***Encadré 34 : La compétence juridictionnelle dans le cadre du commerce électronique en matière de responsabilité délictuelle – Illustration française***

*La chambre criminelle de la Cour de Cassation française a rendu le 7 mars 2000 un arrêt dans lequel elle a eu à se prononcer sur la compétence juridictionnelle dans le cadre du commerce électronique en matière de responsabilité délictuelle. La Cour avait à trancher un litige portant sur la nullité de la marque, la contrefaçon de la marque, l'atteinte à la dénomination sociale et le parasitisme entre la société nationale de télévision France 2, la demanderesse, et Monsieur Padovano propriétaire de la marque 36 15 FR2. Ce dernier concluait à l'incompétence du tribunal de grande instance de Paris, au profit de celui de Marseille.*

*La cour de cassation a confirmé la décision rendue par la cour d'appel qui s'était fondée sur l'article 46 al3 (saisine au choix par le demandeur de la juridiction du lieu où demeure le défendeur, celle du fait dommageable ou celle dans le ressort duquel le dommage a été subi), pour rejeter l'exception d'incompétence.*

*La cour de cassation a en effet retenu « qu'ayant constaté que le service télématique dont le code d'appel est litigieux était accessible à Paris, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que le dommage ayant été subi dans cette ville, le tribunal de grande instance de Paris était compétent, peu important que le fait dommageable se soit produit dans le ressort d'autres tribunaux, fût-ce sur l'ensemble du territoire national. »*

En France, le tribunal de commerce de Paris a créé une chambre spécifique pour les affaires relevant du multimédia et d'Internet. Cette idée innovante mise en oeuvre en début d'année 2000 est destinée à centraliser les demandes afin de rendre des décisions homogènes.

► **Les règles internationales**

Il existe un certain nombre de conventions internationales, dont l'objet est de fixer des normes communes sur la compétence judiciaire en cas de litige international

(<http://www.jurisint.org/>). La portée pratique de ces conventions dépend bien évidemment du nombre de pays qui s'y soumettent et des matières qu'elles régissent.

- *Solutions dégagées par la convention de Bruxelles*

Au plan européen, les instruments fondamentaux pour le contentieux du commerce sont la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et, dans une moindre mesure, la convention conclue à Lugano le 16 septembre 1988. Ces deux textes ont instauré des règles communes à tous les pays européens (UE et AELE) en matière de compétence internationale des juridictions. Ces dispositions ont été intégrées dans le règlement communautaire 44-2001 du 22 décembre 2000 applicable au 1<sup>er</sup> mars 2002.

Le principe général de la compétence judiciaire découlant des textes européens est développé dans l'article 2 ainsi rédigé : « *Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont atraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicable aux nationaux* ».

Le texte donne donc compétence aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur pour connaître du litige. Avant de juger l'affaire, une juridiction d'un Etat contractant saisi d'un litige civil ou commercial appréciera sa compétence par référence aux dispositions de la convention.

A la compétence générale, issue de l'article 2 de la convention de Bruxelles, s'ajoutent des compétences spéciales qui trouveront fréquemment à s'appliquer aux litiges nés d'opération de cybercommerce. La convention admet ainsi la compétence :

- ❑ du tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée en matière contractuelle
- ❑ du tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit en matière délictuelle ou quasi délictuelle
- ❑ du tribunal saisi de l'action publique s'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondée sur une infraction
- ❑ dans le cas d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, du tribunal du lieu de leur situation,
- ❑ du tribunal du lieu du domicile du trust pour les actions contre le fondateur ou le bénéficiaire du trust
- ❑ du tribunal premier saisi en cas de pluralité de défendeurs, demandes en garantie ou intervention, demandes reconventionnelles.

Pour certains types de contentieux, les règles européennes établissent la compétence exclusive d'une juridiction déterminée. Aucun autre tribunal ne peut être valablement saisi d'un litige relevant de ces domaines. La règle s'applique aux litiges concernant les droits réels immobiliers et les baux d'immeubles, à ceux tendant à la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un Etat contractant, aux différends relatifs à la validité des inscriptions sur les registres publics, à l'inscription ou la validité des brevets, marques, dessins et modèles, et les autres droits analogues, ainsi qu'aux litiges relatifs à l'exécution des décisions judiciaires.

Il est important de noter que la réglementation européenne énonce des règles spécifiques de compétence judiciaire en matière d'assurance et surtout en matière de contrats conclus par les consommateurs. Ces dispositions particulières ont pour objet d'ouvrir au profit du particulier-consommateur le plus large choix possible du tribunal et inversement de restreindre le choix de la juridiction par le professionnel, partie la plus forte.

***Encadré 35 : Section 4 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 (articles 14 et 15 du règlement 44-2001)***

*Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs*

*Article 13*

*En matière de contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ci-après dénommée « le consommateur », la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5 point 5 :*

- 1. lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;*
- 2. lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ;*
- 3. pour tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels si :*
  - a) la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que*
  - b) le consommateur a accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat.*

*Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État contractant, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.*

*La présente section ne s'applique pas au contrat de transport.*

*Article 14*

*L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.*

*Ces dispositions ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.*

Par ailleurs, le droit européen reconnaît aux parties la possibilité de statuer contractuellement sur la compétence juridictionnelle mais limite l'efficacité de ces clauses attributives de juridiction dans les contrats les plus sensibles.

*- Autres dispositions internationales*

Des dispositions de même ordre et souvent similaires sont présentes dans la plupart des diverses conventions internationales bilatérales ou multilatérales régissant la compétence juridictionnelle. A défaut de convention internationale applicable, les dispositions nationales doivent recevoir application.

***Encadré 36 : L'affaire Yahoo!***

*Le tribunal de grande instance de Paris, dans une procédure de référé en date du 22 mai 2000 a eu à se prononcer sur la juridiction compétente dans le cadre du commerce électronique.*

*Dans cette affaire, le géant Yahoo France était poursuivi par la Licra et l'UEJF (Union des étudiants juifs de France) afin que cesse le trouble constitué par la présence sur son site américain de ventes aux enchères d'objets nazis.*

*La compagnie Yahoo rejetait la compétence territoriale du tribunal de grande instance de Paris, arguant que les faits reprochés par les demandeurs étaient commis sur le territoire des Etats-Unis.*

*Le tribunal n'a pas retenu les motifs avancés par Yahoo et les a rejetés par application de l'article 46 du nouveau code de procédure civile français.*

*« Attendu qu'en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo !Inc. commet donc une faute dont le caractère non intentionnel est avéré mais qui est à l'origine d'un dommage tant pour la Licra que pour l'Union des Etudiants Juifs de France qui ont, l'une et l'autre, vocation à poursuivre en France toute forme de banalisation du nazisme, peu important au demeurant le caractère résiduel de l'activité litigieuse au regard de l'ensemble de l'activité du service de ventes aux enchères proposé sur son site Yahoo.com. »*

► **Les clauses contractuelles sur la compétence des juridictions**

*- Utilité*

Pour éviter les hésitations, les contestations, les fausses manœuvres et les mauvaises surprises, il est prudent de définir par anticipation le ou les tribunaux qui pourraient être amenés à connaître d'un éventuel litige ultérieur.

Cette faculté de choisir son juge d'un commun accord est très largement reconnue par les règles nationales et internationales pour ce qui concerne le contentieux des relations économiques. Ainsi deux commerçants sont parfaitement autorisés à identifier dans leur accord initial ou postérieurement la juridiction qui règlera leurs éventuels différends dès

lors que celui-ci n'entrerait pas dans le champ d'une compétence dite exclusive (notamment en matière immobilière). De nombreuses réglementations exigent que ces clauses soient écrites sans pour autant exiger formellement qu'elles fassent partie du contrat (bon de commande, facture ou même document informatique dans le nouveau règlement européen).

Les clauses déterminant la juridiction compétente en cas de litige sont très fréquentes en pratique. Elles figurent le plus souvent dans les conditions générales de contrat pré-imprimées qu'utilisent les entreprises et que l'on néglige souvent de lire attentivement. Il existe un contentieux abondant en ce domaine et les solutions retenues dans les différents systèmes juridiques sont loin d'être homogènes, certains droits neutralisent les clauses contradictoires, d'autres appliquent les dernières ou les premières conditions générales adressées à l'un des contractants par l'autre !

Une telle disposition peut aussi être insérée dans la convention d'un entrepreneur avec ses clients. En ce cas, il faut porter la plus grande attention aux règles de protection des consommateurs éventuellement applicables. Qu'il s'agisse de règles nationales autant qu'internationales, la réglementation limite ou interdit souvent ce type de clause.

Ainsi le droit européen limite l'efficacité de ces clauses attributives de juridiction dans les contrats les plus sensibles. Pour les contrats de consommation, des dispositions particulières ont pour finalité de préserver les intérêts des clients consommateurs car il est vrai qu'en adhérant à de telles clauses, ceux-ci n'ont le plus souvent aucune conscience des conséquences qu'elles engendrent (cf. art. 15 de la Convention de Bruxelles). En l'absence de limitations, un client anglais pourrait être tenu, sans bien s'en être rendu compte, par une clause du contrat qu'il a signé, de saisir un tribunal espagnol pour un litige qui le lie avec une entreprise établie dans cet Etat. Il est facile d'imaginer la difficulté qu'une telle situation pourrait représenter pour le consommateur qui devrait se déplacer en pays étranger pour voir plaider son affaire et l'avantage qu'une telle disposition représente pour le professionnel.

***Encadré 37 : Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968***

*Article 15 (art. 17 du règlement 44-2001)*

*Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :*

- 1. postérieures à la naissance du différend ou*
- 2. qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ou*
- 3. qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État contractant, attribuent compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions. »*

*- Initiative limitant la compétence*

Face à la difficulté qu'il peut exister à déterminer la juridiction compétente en cas de litige, certains sites ont trouvé une parade et limitent volontairement la portée de leur offre commerciale. Dans la pratique, de telles dispositions peuvent être stipulées en faveur d'un territoire ou bien encore d'une certaine catégorie de personnes. Un commerçant prendra soin par exemple de prévoir que son site ne s'adresse qu'à des clients résidant en Amérique du Nord ou à des clients résidant en Algérie. Bien qu'elles n'aient pas les mêmes conséquences qu'une clause attributive de juridictions, qui est entendue entre les parties et désigne clairement la juridiction qui aura à connaître du litige, de telles dispositions ont pour effet de limiter considérablement le nombre de systèmes juridictionnels susceptibles d'avoir à trancher d'éventuels différends. Mais elles limitent aussi évidemment le nombre de clients potentiels...

*- Effets*

Selon la plupart des législations, les clauses déterminant la compétence des juridictions ont une force considérable puisqu'elles excluent toute possibilité de saisir une autre juridiction que celle convenue. Il ne peut y être dérogé que d'un commun accord ou encore, s'il peut être établi que la clause a été stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie, par la renonciation de celle-ci à se prévaloir de l'avantage offert par la clause.

***Encadré 38 : Règlement 44-2001 (ex-Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)***

*Article 23*

*1. Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État 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 État sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue :*

*a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit*

*b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit*

*c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.*

*2. Toute transmission par voie électronique qui permet de conserver durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.*

*3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État contractant, les tribunaux des autres États contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.*

*4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant auxquels l'acte*

*constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.*

*5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22.*

Dès lors qu'il est possible de recourir licitement à une clause de compétence et sous réserve de respecter les éventuelles exigences formelles, les législations laissent généralement libre choix aux parties. Le choix de la juridiction chargée de trancher les différends sera donc inspiré du souci de rapidité (éviter les discussions préalables à la procédure ou les saisines inutiles), d'efficacité (préférer le juge d'un pays dont on pratique la langue ou dans lequel l'exécution de la décision sera la plus facile), d'économie (éviter des déplacements, centraliser le contentieux au siège de l'entreprise). Les parties au contrat peuvent donc choisir de fixer le contentieux dans le pays de résidence, domicile, établissement ou nationalité de l'un quelconque des contractants ou même prévoir qu'il sera porté devant les juridictions d'un pays tiers dont elles recherchent la neutralité et l'impartialité. Dans ce dernier cas, il est prudent de vérifier que le droit procédural du pays désigné reconnaîtra la compétence de ses propres organes judiciaires.

***Encadré 39 : Exemple de rédaction d'une clause attributive de juridiction***

*« Tout litige né du présent contrat, ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera porté devant ... »*

*« Tout litige susceptible de s'élever entre les parties, à propos de la formation, de l'exécution, ou de l'interprétation du présent contrat, sera de la compétence exclusive du tribunal de ... »*

Il apparaît donc que la désignation de la juridiction compétente par les contractants eux-mêmes peut constituer une bonne précaution et un atout essentiel pour les suites contractuelles de leur engagement. Le stade de la négociation de la clause est une phase importante. Plus cette dernière sera claire et étendue par l'accord des deux signataires, plus sa mise en œuvre se fera facilement. Il est en outre souvent plus aisé de s'entendre avant la survenance d'un incident qu'après l'apparition d'une difficulté. Celle-ci fera en effet apparaître des tensions entre les parties qui rendront difficile un accord sur la compétence judiciaire.

La détermination de la juridiction compétente est un préambule au règlement du litige. Il reste ensuite au tribunal saisi la tâche de trancher le différend. De façon schématique, il

est possible de dire que la procédure se déroule selon les règles en vigueur dans l'Etat dont relève la juridiction saisie (*lex fori*). Mais il faut être attentif aux subtilités des règles de droit international privé relatives à la preuve sur le détail desquels on ne peut s'étendre ici.

Dès lors que la justice est rendue, la phase finale se traduit par l'exécution de la décision.

### ► L'exécution de la décision étrangère

#### - *Principe*

Une fois que le juge a dit le droit et tranché le litige opposant fournisseur et client, il est fréquent en pratique que sa décision soit exécutée spontanément par les parties à l'instance. Les commerçants sont conscients de l'importance de l'image de leur entreprise auprès des milieux économiques et du public. Dès lors, ils auront le souci d'apparaître plutôt comme de « beaux joueurs » que comme d'impénitents chicaniers.

Dans les affaires internationales et particulièrement dans les affaires financières, l'exécution spontanée est donc très courante. Elle évite des divulgations intempestives sur les relations commerciales, les conditions dans lesquelles elles se déroulent et les différends auxquels elles donnent lieu. Il est indéniable qu'un procès peut être une bien mauvaise publicité et qu'une entreprise préférera s'en passer, surtout dans le cadre du cybercommerce. La confiance des clients y est en effet plus essentielle qu'ailleurs et où les informations nuisibles à la notoriété d'une entreprise peuvent se répandre comme une traînée de poudre sur le Net.

Néanmoins, à défaut d'exécution volontaire, le plaideur qui veut en obtenir l'exécution forcée d'une décision de justice doit utiliser les mesures contraignantes des voies d'exécution.

#### - *Difficultés liées à l'exécution*

Lorsque l'exécution du jugement ne se fait pas spontanément alors pourtant qu'il est définitif (à tout le moins hors de portée de toute voie de recours suspensive), il faut pouvoir opposer le jugement au « perdant » et mettre en œuvre les mesures de contrainte prévues par la loi. Or dans une opération juridique internationale, cela n'est pas toujours très simple !

Il convient d'abord de savoir si le jugement obtenu par le demandeur a bien la valeur d'une décision de justice dans un pays autre que celui où il a été rendu. Si c'est le cas, le jugement est considéré comme ayant vidé le contentieux et il serait vain de prétendre faire rejurer l'affaire par un tribunal de ce second pays. Inversement, lorsqu'un Etat ne reconnaît pas la valeur d'une décision intervenue dans un autre Etat (au motif, par exemple, que les règles de procédure locales bafouent les droits élémentaires de la défense), il reste possible de saisir la justice de la même affaire puisqu'elle est considérée comme n'ayant jamais été jugée.

Ainsi, un jugement qui porterait, par exemple, interdiction de diffuser une certaine campagne de publicité en raison de son caractère injurieux pourra, s'il est reconnu comme tel, être opposé aux protagonistes sur le territoire d'un autre Etat contractant. Si au contraire sa valeur n'y est pas reconnue, l'affaire peut éventuellement être soumise aux

juges de ce deuxième Etat qui, libres de leur décision, estimeront peut-être que le caractère injurieux de la campagne publicitaire n'est pas caractérisé. Dès lors, la campagne publicitaire pourra être diffusée licitement sur un site Internet localisé dans cet Etat plus permissif. Elle sera alors accessible depuis les machines situées dans le premier pays, celui qui avait interdit la publicité et qui continuera de sanctionner la réception de cette diffusion sur son territoire !

Il y a là une difficulté sérieuse en l'état de la technique et du Droit. Le problème juridique tient au fait que la détermination de la valeur des jugements étrangers relève par principe de chaque législation nationale, selon ses propres critères et procédures (cela va de l'examen formel à la reprise complète du jugement).

Il existe évidemment des conventions internationales destinées à harmoniser les conditions de la reconnaissance des jugements (en Europe, la convention de Bruxelles de 1968 a posé le principe général de la reconnaissance de plein droit des jugements rendus par les juges des autres Etats européens). Il ne faut pas manquer de se référer aux instruments internationaux dans chaque concret. Mais leur portée reste toujours limitée, au moins au plan géographique (par exemple la convention de Bruxelles de 1968 pour le territoire européen). L'internationalisation de la circulation de l'information appelle une intensification de la concertation et de la coopération internationales (le G8 l'avait inscrite à l'ordre du jour de sa réunion de juillet 2000 au Japon). Elle accélérera sans doute l'internationalisation des règles juridiques de procédure et de fond (particulièrement celles qui encadrent le cybercommerce) et la mise en place d'une institution chargée de les élaborer et/ou de les appliquer.

A supposer acquise la reconnaissance de la valeur juridique d'un jugement rendu à l'étranger, cela ne suffit pas encore à garantir à son bénéficiaire qu'il pourra en obtenir tous les effets. La décision étrangère n'a pas par elle-même la force contraignante que peuvent avoir les décisions nationales sur le territoire où elles ont été rendues.

Toutes les réglementations nationales et internationales (même dans les systèmes avancés de coopération judiciaire internationale) subordonnent en effet l'attribution de la force exécutoire à une vérification plus ou moins étendue de la décision initiale. Le contrôle s'effectue dans le cadre d'une procédure dite « d'exequatur » dont la complexité varie selon les systèmes juridiques. L'ampleur du contrôle de la décision étrangère va du simple examen de la régularité formelle de la procédure d'origine et de sa conformité avec l'ordre public du second Etat à une vérification de la façon dont le juge étranger a jugé et de la solution à laquelle il est parvenu...

#### *- Dispositions internationales*

Pour limiter les incertitudes il existe également sur ce point différentes conventions internationales.

En Europe, c'est encore à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (et au règlement 44-2001 qui lui succède à compter de 2002) qu'il convient de se référer. Les règles européennes tendent à faciliter au maximum la mise en œuvre des jugements et donc simplifie au maximum la procédure et l'intensité du contrôle des décisions intra-communautaires. Elles déterminent limitativement (articles 27 et 28 de la convention) les motifs pour lesquels les décisions ne peuvent obtenir l'exequatur. Il s'agit d'hypothèses où la décision déferée est gravement irrégulière (violation des droits de la défense,

contrariété à l'ordre public de l'Etat dans lequel l'exequatur est demandé, etc.). Le système européen conduit en définitive dans les matières civiles et commerciales à un principe (relatif) de reconnaissance et à un mécanisme d'exequatur quasi-automatique des décisions judiciaires intra-communautaires.

Quant aux décisions émanant de juridictions appartenant à des Etats extra-européens, leur valeur et leur efficacité continue d'être déterminées par les dispositions internes de chaque Etat membre.

Sur le continent américain, c'est la convention interaméricaine signée à La Paz le 24 mai 1984 sur la compétence judiciaire dans la sphère internationale pour la validité extraterritoriale des jugements étrangers qui s'applique. La convention poursuit les mêmes objectifs que le dispositif européen.

A défaut d'instrument international de portée universelle, la mise à exécution forcée du jugement obtenu à l'étranger s'avère souvent hypothétique en dépit de l'existence de nombreuses conventions bilatérales relatives à l'entraide judiciaire conclues entre les Etats. On n'en citera que deux exemples :

- ❑ la *Convention intervenue entre la France et la Tunisie, le 28 juin 1972 sur l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires*. L'article 15 de la convention établit une liste exhaustive des conditions permettant que les décisions contentieuses et gracieuses rendues en matière civile et commerciale par les juridictions françaises et tunisiennes soient reconnues de plein droit sur le territoire de ces deux Etats
- ❑ la *Convention sur la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires en matière civile et commerciale* conclue le 6 juin 1966.

A supposer que les obstacles liés à la reconnaissance de la décision étrangère aient été surmontés, il faut savoir que les mesures d'exécution (saisies etc.) qui pourront être utilisées par celui qui cherche à faire valoir son droit désormais reconnu, sont celles que définit et autorise le droit du juge sur le territoire duquel elles doivent être mises en œuvre. Cette ultime étape peut donc encore réserver des surprises !

Que le litige ait été orienté vers un mode judiciaire ou extrajudiciaire de traitement des différends, et parfois même en dehors de tout contentieux, les opérations commerciales internationales soulèvent encore la délicate question de savoir à quelles règles juridiques elles sont soumises. C'est ce point fondamental qu'il faut aborder dans un dernier développement.

### ► **Quelles règles juridiques pour l'opération de commerce ?**

Le caractère potentiellement international de la relation commerciale conclue sur le Web place fournisseurs et clients en face de difficultés nouvelles. Le contrat international qu'ils passent pose en effet la délicate question de savoir lequel des systèmes juridiques en présence aura à fournir le cadre juridique de l'accord et de ses suites. Faute de règles juridiques universelles, le contrat doit-il en effet être soumis au droit du pays du fournisseur, du client, du lieu d'exécution ou de conclusion du contrat ou tout autre système encore ? Qui doit en décider et selon quel critère ? Et où trouver les règles qui peuvent en décider ?

Cette délicate question juridique est résolue par application des règles dites « de conflit de lois » que comportent tous les systèmes juridiques nationaux et dont de nombreuses instances et accords internationaux s'efforcent de limiter les divergences. Le rôle des règles conflit de lois consiste seulement à identifier la réglementation étatique qui fournira les règles juridiques substantielles gouvernant la situation lorsqu'il n'existe pas de règle internationale commune susceptible de fournir la solution au problème concret rencontré.

Face à la complexité que de telles situations peuvent engendrer, les parties ont pu s'entendre sur les règles applicables à leur relation commerciale. A défaut, la loi et le juge en décideront à leur place.

***Encadré 40 : Les propositions relatives aux aspects juridiques de la société de l'information et du commerce électronique de la Chambre de commerce internationale de Paris***

*Dans les propositions relatives aux aspects juridiques de la société de l'information et du commerce électronique adoptées lors de son assemblée générale le 3 février 2000, la CCI Paris a cherché à tracer des pistes pour la détermination de la loi applicable dans les transactions électroniques internationales. Pour les relations entre entreprises, relations dite B to B (business to business), les propositions de la CCI Paris privilégient l'autonomie de la volonté, laissant aux contractants le libre choix de la loi applicable. Dans les rapports avec les consommateurs étrangers, les propositions de la CCI privilégient la loi du pays de localisation du vendeur mais en concurrence le cas échéant avec la loi du pays de résidence ou domicile du consommateur dont la nature protectrice fera le plus souvent une loi d'application impérative.*

*Elle met également en garde les entreprises sur l'éventuelle utilité de délimiter, notamment en dehors de l'Europe, la zone de couverture de leur offre commerciale pour certains produits qui peuvent être soumis à des restrictions au regard de droits de la consommation de certains pays. Ce peut être une précaution minimale mais l'efficacité du procédé ne peut être pleinement garantie.*

► **Le choix de la loi par les contractants**

*- Principe d'autonomie*

Qu'elles soient d'origine nationale ou internationale, les règles juridiques ayant pour objet de définir la loi applicable aux contrats internationaux, reconnaissent aux contractants eux-mêmes la liberté de fixer la loi destinée à régir au fond leur relation contractuelle. Ce principe dit « d'autonomie » est admis de façon quasi-universelle quoique sa portée fasse fréquemment l'objet de restrictions plus ou moins sévères.

Les systèmes juridiques des Etats européens consacrent largement et depuis longtemps la liberté des contractants de choisir la loi applicable au contrat.

En revanche, en droit américain où les règles de conflit de lois sont de la compétence de chacun des Etats fédérés, les tribunaux ont longtemps rejeté le principe du libre choix par les parties de la loi applicable. Cependant, le principe d'autonomie a depuis été reconnu par la Cour Suprême. Il est également affirmé par le code de commerce uniforme, adopté par tous les Etats de la fédération sauf la Louisiane, avec néanmoins l'exigence qu'il existe un lien suffisamment étroit entre la loi choisie et la convention.

Dans le même sens, l'application du principe d'autonomie résulte dans le droit marocain de l'article 13 du Dahir du 12 août 1913 : « les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer. ». Lorsque les parties n'ont pas stipulé expressément quelle serait la loi applicable à leur contrat, les juges doivent rechercher quelle était leur volonté présumée.

Quant à la législation turque, elle valide la détermination volontaire de la loi applicable au contrat est licite mais à la condition qu'elle soit expressément visée par une clause du contrat.

Grâce au principe d'autonomie, une clause du contrat ou un accord postérieur entre les parties sert donc à fixer le cadre juridique du contrat. Les parties s'accordent ainsi pour placer, selon leur choix commun, leur convention sous l'empire, par exemple, du droit du pays de résidence de l'une d'entre elles ou du pays où doivent être exécutées les prestations. Elles choisissent ainsi entre les droits concurrents émanant des pays avec lesquels la relation commerciale vient d'une façon ou d'une autre à être en contact. Les droits modernes ouvrent au maximum les possibilités de choix offertes aux particuliers qui peuvent même désigner valablement le droit d'un Etat totalement étranger à la situation contractuelle concernée (loi neutre).

Le libéralisme caractérisant le droit des contrats internationaux conduit aussi à admettre que le choix initial des parties puisse être modifié au cours de la vie du contrat ou encore qu'il puisse être multiple, chaque partie distincte d'un même contrat pouvant être soumise à un droit différent...

S'accorder sur la loi applicable au contrat de commerce électronique apparaît donc comme une sage précaution. La validité de cet accord est très largement reconnue et il garantit aux parties une meilleure maîtrise juridique de la situation. Son utilité pratique est indéniable car il évite toute discussion préalable du droit applicable à la résolution des litiges.

***Encadré 41 : Les précautions à prendre – le site ibazarpro***

*Concernant le choix de la loi dans les relations contractuelles, le site ibazarpro fournit une illustration des précautions à prendre. Ce site est un site d'enchères entre professionnels pour le matériel de destockage. Il est notamment spécifié que l'utilisation d'Ibazarpro implique l'acceptation des conditions générales d'utilisation. Ces dernières fixent la loi applicable et à la juridiction compétente. Il y est spécifié d'une part que « la présente convention ainsi que les*

*différentes relations entre le membre et ibazarpro sont régies par les lois françaises, indépendamment de tout conflit de loi. »  
D'autre part les conditions générales du site précisent qu' « en cas de litiges ou différends les opposant, les parties acceptent de se soumettre exclusivement à la juridiction des tribunaux du ressort de la cour d'appel de Paris. » (<http://www.ibazarpro.com/>)*

*- Limites, protections*

Toutefois il faut absolument observer que l'efficacité du choix de la loi applicable opéré par les contractants n'est pas sans limite. La loi voulue par les parties cède en effet devant les contraintes de l'ordre public international des Etats qui auraient à connaître de la situation contractuelle (prohibition de la traite des êtres humains par exemple). Elle ne peut pas, d'autre part, faire obstacle à la mise en œuvre contraignante des lois dites « de police » ou « impératives » susceptibles de régir la situation et parmi lesquelles se classent les règles de la concurrence et celles de la protection des consommateurs.

Les principes de l'ordre public international que chaque Etat définit en fonction de ses valeurs fondamentales feront obstacle à l'application de législation voulue par les parties et le cas échéant, à l'opération commerciale conclue. Pour exemple, il suffit d'imaginer un contrat de vente à titre onéreux d'un organe d'un enfant vivant et en bonne santé (œil, oreille, main etc.). Conscient de l'immoralité et du caractère illicite de leur transaction au regard de leurs propres droits, les parties tenteront de la placer sous l'empire d'un système juridique tierce reposant sur d'autres valeurs et validant ce type de commerce. La manœuvre sera sans doute de piètre efficacité car dès lors qu'il s'agira d'invoquer à une fin ou une autre ledit accord dans un pays autre que celui dont le droit avait été choisi, les tribunaux ou autres autorités publiques refuseront de lui donner effet en raison de sa contrariété au principe d'ordre public international de l'intégrité de la personne humaine.

Quant aux lois dites de police, il s'agit des normes dont l'application est jugée nécessaire même dans les situations à caractère international pour la conservation de leur utilité même. Il en est ainsi du droit de la concurrence, par exemple pour la réglementation des ententes contractuelles entre entreprises permettant de cloisonner un marché et faussant le jeu de la concurrence. Ces règles s'appliquent indistinctement et impérativement aux opérateurs nationaux et étrangers et indépendamment de toute considération du droit normalement applicable à l'accord conclu. A défaut, il suffirait d'introduire un élément d'extranéité dans l'accord pour en faire un accord international soumis à un droit étranger et ouvrir une brèche dans la protection du jeu de la concurrence instaurée par le législateur national.

En matière de commerce électronique, il faut que les opérateurs aient pleinement conscience que de nombreux systèmes juridiques considèrent les règles de protection des consommateurs comme des lois de police, des lois d'application immédiate et nécessaire. Il en résulte que, quel que soit le droit applicable au fond à l'opération commerciale, il sera donné effet (dans des conditions et mesures variables selon les systèmes juridiques et le contenu de la règle protectrice) aux règles protectrices du consommateur figurant dans la législation du Pays de son domicile ou de sa résidence ou même dans d'autres législations dans certains cas !

Selon les règles européennes notamment, le consommateur qui surfe et commande sur Internet doit pouvoir bénéficier des mêmes garanties que celles auxquelles il peut prétendre ordinairement dans son Etat de résidence. Or les contrats conclus sur le Web sont des contrats à distance. Un des droits attachés à ce type de contrat est le droit de repentir ou délai de rétraction. Le commerçant est tenu d'informer lui-même le consommateur sur l'existence de ce droit qui permet au client de renoncer au contrat durant un certain délai après sa conclusion. L'ensemble de ce dispositif revêt la nature d'une règle impérative. Il s'applique donc quelle que soit la loi choisie par les contractants.

De façon voisine, en droit fédéral américain, le Magnuson-Moss Warranty Act est la principale législation qui régleme les contrats de vente de marchandises aux consommateurs. Il contient des dispositions impératives qui imposent au vendeur certaines obligations d'information, liberté lui étant toutefois laissée quant aux conditions qu'il propose aux consommateurs. Le vendeur doit notamment informer l'acheteur de l'étendue exacte de la garantie. Une autre disposition fédérale permet aux juridictions américaines de limiter les effets ou de ne pas appliquer une clause ou un contrat (y compris une clause déterminant la loi applicable à la transaction) lorsque celle-ci présente un caractère abusif ou choquant au moment de sa conclusion.

Il est clair que, pour le cybercommerçant, ce type de réglementation constitue un aléa juridique important susceptible de modifier substantiellement l'équilibre économique de l'opération commerciale et auquel il ne peut que difficilement échapper. Il devra supporter en effet, au gré des législations applicables, les délais de réflexion ouverts aux consommateurs retardant l'entrée en vigueur, le formalisme fragilisant la validité du contrat, la faculté de rétractation supprimant rétroactivement le contrat, les sanctions financières, la neutralisation de certaines clauses, l'aggravation de sa responsabilité etc., sans préjudice de l'application de la législation répressive conduisant aux sanctions pénales (en cas par exemple de fraude, falsification, contrefaçon...)!

Les lois de police applicables dans le cadre du commerce électronique sont nombreuses et l'on peut encore citer notamment celles réglemant la publicité trompeuse ou déloyale, les opérations boursières, les jeux de hasard... Toutes ces législations ne représentent pas une mince affaire pour le cybercommerçant qui devra s'assurer de la conformité de son activité avec les lois de police en vigueur dans les pays de sa clientèle potentielle.

#### *- Les règles internationales*

Les conventions internationales qui ont pour objet de fixer la loi applicable aux contrats internationaux admettent pareillement le libre choix de la loi du contrat par les contractants dans les limites découlant de l'ordre public international et des lois de police.

En Europe, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (comme le règlement communautaire qui lui succède) accorde ainsi la plus grande autonomie aux parties quant à la détermination de la loi applicable à leur transaction. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un contrat ayant pour but la fourniture ou le financement d'objets mobiliers corporels ou de services à un consommateur, la convention pose des restrictions. Ce choix ne doit pas avoir pour conséquence de priver le contractant consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle (article 5). De manière générale, les

articles 7 et 16 confirment la primauté des lois de police et des principes de l'ordre public international.

Dans un esprit comparable, la convention de La Haye du 15 juin 1955 relative à la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels consacre la validité du choix par les parties, suivant une clause expresse ou une disposition incluse dans le contrat, de la loi interne du pays qu'elles auront désigné pour régir leurs relations (article 2).

La *Convention inter-américaine de Mexico* en date du 17 mars 1994 (ouverte à la signature des Etats membres de l'organisation des Etats américains) régleme également le droit applicable aux contrats internationaux (chapitre II). La convention valide le choix par les parties de la loi applicable au contrat dans son article 7 alinéa 1 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le consentement des parties à ce choix doit être exprès ou, en l'absence d'un tel consentement, ce choix doit découler, d'une façon évidente, du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. Ce choix pourra régir la totalité du contrat ou une partie de celui-ci. ».

***Encadré 42 : Exemples de rédaction d'une clause relative à la loi applicable***

*« De convention expresse, le présent contrat sera gouverné par le droit ... »*

*« Le présent contrat sera régi par le droit de ... tel qu'en vigueur à la date de sa signature. »*

*« Les parties conviennent que ce qui suit sera soumis à la loi ... »*

Bien que disposant de la faculté de choisir les règles juridiques applicables à leur opération, les parties négligent fréquemment de préciser cet aspect de leur accord. C'est alors généralement à l'occasion d'un litige que sera soulevée la question de la loi régissant le contrat.

► **La loi du contrat international en l'absence de choix des contractants**

*- Détermination des législations en conflit*

En l'absence d'indication dans le contrat, les règles de conflit de lois issues de sources nationales ou internationales serviront à identifier le droit applicable au contrat en cause. A cette fin, les critères utilisés par les législations sont variables, de même que la valeur attachée à chacun d'eux. Ils consistent communément à rechercher dans la situation concrète les éléments de rattachement à un pays ou un système juridique donné (lieu de conclusion du contrat, langue du contrat, lieu d'exécution du contrat, lieu du domicile de l'une ou l'autre des parties etc.). La disparité des règles de conflit de lois crée évidemment une incertitude juridique. Il faut déjà déterminer quelle règle de conflit de lois va jouer (ce sera celle en vigueur dans la matière considérée dans le droit

international du pays du juge saisi ou à saisir ou toute autre qu'il se substituerait) pour y trouver la règle de conflit et identifier les critères de rattachement utilisés avant de les appliquer à la situation en vue de trouver le système de droit qui fournira enfin la règle de solution du litige !!!

L'extrême complexité et les incertitudes de la démarche incitent à prendre le soin de prévoir contractuellement la loi du contrat ou à recourir à un arbitre qui dispose d'une bien plus grande latitude que le juge dans l'identification des règles applicables au litige.

Néanmoins le recours à une clause de loi applicable n'est pas toujours autorisé et efficace. Ainsi, bien que reconnaissant le principe d'autonomie, les législations de certains Etats comme l'Egypte, le Soudan, les Emirats Arabes Unis, invalident de telles clauses lorsque le contrat porte sur des immeubles. Dans une telle situation, seule la loi du lieu de situation des immeubles est applicable.

#### *- Harmonisation par les règles internationales*

Les conventions internationales destinées à harmoniser les règles de conflit de lois sont nombreuses et d'importance variable (<http://www.jurisint.org>). Leur champ d'application couvre tantôt un type de contrat particulier (la vente par exemple), tantôt une technique juridique déterminée (le trust, les contrats conclus par représentation), tantôt le contrat en général.

Ainsi, en Europe, la convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (article 4 al1) et le règlement qui lui succède ont pour objet de fixer des règles uniformes de détermination de la législation applicable au contrat en général. Les règles européennes prévoient qu'en l'absence de volonté des parties, la loi du contrat est celle du pays avec lequel celui-ci présente les liens les plus étroits. Le contrat est présumé jusqu'à preuve contraire avoir les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale (ou, sous certaines conditions, une succursale ou un établissement). Cette disposition conduit donc globalement à l'application de la loi de l'Etat du fournisseur (vendeur, prestataire etc.). Par exception, pour les contrats du secteur immobilier, c'est la loi du pays de situation de l'immeuble qui s'applique tandis que, dans les contrats de consommation, la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur a vocation concurrente à s'appliquer s'il y va de la protection du consommateur (sans préjudice de règles voisines en matière de contrat de travail et d'assurance notamment).

Les règles européennes réservent ici aussi l'application des lois de police et des principes de l'ordre public international dans les mêmes termes que lorsque la loi du contrat a été choisie par les parties elles-mêmes (articles 7 et 16).

S'agissant spécifiquement d'un contrat de vente et dans les pays qui appliquent la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, la règle internationale est un peu différente. L'article 3 rend applicable la « loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande » ou la loi interne du pays de situation d'un de ses établissements si c'est celui-ci qui a reçu la commande. Par dérogation, la convention donne compétence à la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle où dans

lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par un de ses représentants.

Pour un marché de bourse ou une vente aux enchères, elle prévoit que c'est la loi interne du pays où se trouve la bourse ou dans lequel sont effectuées les enchères qui prévaut. En revanche, la convention réserve pareillement le jeu de l'ordre public international (article 6).

La convention de La Haye précitée n'est cependant appliquée que par un nombre restreint d'Etats. C'est l'inverse pour la convention de Vienne du 11 avril 1980 relative aux ventes internationales de marchandises dont le succès est considérable. La plupart des grands pays appliquent en effet cet instrument essentiel des relations commerciales internationales. Mais à la différence des textes précités, fournit directement les règles de fond tout en réservant la place des usages et pratiques professionnels. Elle fixe donc un cadre juridique appréciable pour les contrats de vente (livraison d'un bien contre paiement d'un prix) en précisant les conditions de formation du contrat, les obligations des parties et les remèdes aux difficultés de leur exécution.

La convention de Vienne régit spécifiquement les opérations de vente internationale de marchandises mais exclut de son champ d'application les ventes aux consommateurs. Il ne devrait pas y avoir cependant d'obstacle majeur à son application à de telles ventes si les parties en disposaient ainsi spécialement dans un contrat de consommation. Une clause de ce type pourrait constituer une solution de secours et présenter l'avantage de donner un cadre connu et facilement admissible à un contrat conclu sur le Web entre des partenaires craignant les incertitudes juridiques des systèmes nationaux en présence. Bien entendu, la solution trouverait néanmoins ses limites dans les règles d'ordre public international et les lois de police éventuellement applicables pour la protection du consommateur.

La convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux signée à Mexico le 17 mars 1994 donne compétence à la loi de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace (article 9).

La difficile question de la détermination du droit applicable se pose pour toute situation juridique ayant un caractère international. Aucun des points de la relation commerciale n'y échappe.

Dans le cadre contractuel, la loi du contrat servira à apprécier la validité de l'accord, les conditions de sa formation, l'étendue et la preuve des obligations des contractants, les conséquences de leur mauvaise exécution ou de leur inexécution, les causes d'exonération de leur responsabilité etc.

Mais il faut toujours rester très vigilant car d'autres lois peuvent avoir vocation concurrente ou parallèle à s'appliquer, soit qu'elles aient le caractère impératif des lois de police (Voir les développements sur le droit de la consommation), soit qu'elles concernent des questions périphériques à la matière contractuelle qui mettent en œuvre d'autres critères d'identification de la loi applicable (loi du lieu de conclusion du contrat par exemple pour l'appréciation de sa validité formelle, loi nationale du contractant pour l'appréciation de sa capacité juridique à contracter, loi de procédure du juge saisi d'un litige pour la détermination des modalités d'administration de la preuve en justice etc.).

Il faut encore savoir que diverses conventions internationales plus spécifiques peuvent aussi avoir vocation à intervenir dans le rapport contractuel, spécialement pour fournir des règles de conflit particulières à tel ou tel aspect de l'opération (transfert de propriété dans la vente, responsabilité du fait des produits défectueux etc.).

Dans le même sens mais au-delà du cadre contractuel de la relation client-fournisseur, l'activité de commerce électronique peut être la source de bien des litiges de toutes natures. Tel sera le cas si le cybercommerçant vient à être recherché en responsabilité civile délictuelle (pour faute ou sans faute) par la victime d'un préjudice causé par ses activités. Une action de ce type peut être imaginée, par exemple, contre un commerçant qui mettrait en circulation sans précautions suffisantes un produit nuisible à la santé ou polluant causant des dommages au public, donc à des tiers au contrat originaire. Outre sa responsabilité contractuelle à l'égard des acheteurs du produit, il pourrait voir engager sa responsabilité civile extra-contractuelle par tous les tiers qui auraient subi un dommage pour avoir été en contact fortuitement avec le produit dangereux.

Une autre hypothèse juridiquement voisine serait que le cybercommerçant soit recherché en responsabilité par une entreprise étrangère concurrente qui estimerait subir un préjudice du fait d'agissements illicites ou déloyaux qui lui seraient imputables (par exemple pour contrefaçon de marque, usurpation de nom commercial, dénigrement etc.). Dès lors que le litige prendra un caractère international, se posera inéluctablement la question de la loi applicable aux prétentions invoquées. Le principe général posé par le droit international privé français et la majorité des systèmes de conflit de lois étrangers ou internationaux consiste à donner application à la loi du lieu où s'est produit le délit (fait générateur de la responsabilité) ou encore à la loi du lieu de réalisation du dommage. D'autres critères de rattachement sont aussi utilisés dans certains domaines particuliers ou par certains systèmes juridiques nationaux ou internationaux (notamment pour la protection du consommateur victime de produits défectueux).

Il faut surtout retenir de ces exemples que le cybercommerçant s'expose à des régimes de responsabilité multiples souvent beaucoup plus rigoureux que celui de son pays d'origine et qui, dans de nombreuses circonstances, paralysent même l'efficacité des clauses et autres mesures destinées à limiter ou dégager la responsabilité que le professionnel aura pris la précaution d'utiliser.

Pour exemple, la responsabilité des prestataires techniques, à savoir les personnes qui transmettent ou hébergent des informations émanant de tiers sur Internet n'est pas organisée spécifiquement dans toutes les législations.

Le système américain est l'un des plus avancé en la matière. La législation américaine s'est enrichie le 28 octobre 1998 des dispositions du Digital Millenium Copyright Act. Cette loi contient notamment des dispositions relatives à la responsabilité des prestataires techniques en matière de contrefaçon. Des limitations existent quant à la mise en œuvre de cette dernière. Elles sont fonction du type d'activité exercé ainsi que du rôle technique du prestataire.

Au surplus, le commerçant ne saurait échapper aux rigueurs des dispositions répressives du seul fait de sa position d'étranger. De façon générale, le droit pénal (et notamment le droit pénal des activités économiques) s'applique à tout délinquant, quelle que soit sa nationalité ou le lieu de son domicile qui commet une infraction sur le territoire national.

Toute la question est donc de savoir où l'infraction est commise. Il s'agira souvent du lieu où se trouve le serveur Web qui permet la diffusion de l'activité de commerce électronique (ce que renforce la tendance actuelle des législateurs nationaux à organiser la responsabilité personnelle directe de l'hébergeur pour le contenu des sites qu'il diffuse). Mais il ne peut être exclu que l'infraction soit constituée dans d'autres pays, là où les produits vendus sont livrés (s'agissant par exemple de drogue ou autres produits interdits) ou encore là où se produisent les effets illicites des informations diffusées sur le réseau (s'agissant par exemple d'une publicité mensongère ou calomnieuse etc.). Il est concevable en pareil cas que l'auteur des informations incriminées soit poursuivi pénalement dans chacun des pays dont la législation et les tribunaux estimeraient pouvoir et devoir se saisir des faits.

## Conclusion

L'importance du risque de contentieux doit inciter certes à la prudence mais encore à la plus grande déontologie dans la pratique des relations commerciales électroniques.

Il faut néanmoins relativiser la part que le contentieux peut avoir dans le développement des nouvelles technologies et plus particulièrement du commerce électronique. L'exécution de bonne foi du contrat reste majoritairement la suite donnée à un accord commercial et ceci grâce à la bonne volonté des cocontractants et à leur intérêt bien compris.

Le commerçant électronique qui s'engage dans un nouveau mode de commercialisation de ses produits a su percevoir l'intérêt qu'il pouvait dégager du cybermarché. Il doit comprendre aussi que, plus que jamais, il doit convaincre les clients de lui faire confiance dans cet univers virtuel qu'est Internet.

En dehors de toute relation contractuelle et face aux possibles débordements qui peuvent être plus tentant sur la toile en raison de l'immensité des réseaux, les utilisateurs d'Internet ont développé des règles dites de bonne conduite. La première des expériences dans le domaine a réuni l'ensemble de ces règles, en français, sous le nom de « *netiquette* ». Un exemple de ces règles est l'interdiction de faire état de propos racistes sur le Web. Néanmoins l'application de ces règles reste au bon vouloir de chacun dans la mesure ou aucune sanction ne peut leur être attachée. La « Charte de l'Internet » élaborée ultérieurement semble, elle aussi, destinée à demeurer un exercice abstrait.

## Bibliographie sélective

- *Ouvrages*

- ❑ Lamy « Droit de l'informatique et des réseaux ». éd. 2000
- ❑ *BENSOUSSAN, Alain, Le commerce électronique : aspects juridiques, Edition Hermès.*
- ❑ GAUTRAIS, Vincent, BENYEKHLEF, Karim et TRUDEL, Pierre, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage cybernétique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du cybertribunal », (1999) 33-3 *Thémis* 537.
- ❑ TILMAN, Vincent, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative cyberdispute resolution », (1999) 2 *Revue Ubiquité* 47.

- Sites Internet

- « La vente sur internet » par le cabinet BRM avocat, <http://www.br mavocats.com/>
- « Les lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique ». Document du conseil de l'OCDE, <http://www.oecd.org>
- « Commerce électronique : une poudrière juridique » par Gérard Haas sur le site Juriscom.net, <http://www.juriscom.net/chronique/ghaas2.htm>
- L'association des internautes médiateurs : <http://www.adim.asso.fr/>
- L'association Iris (*imaginons un réseau internet solidaire*), <http://www.iris.sgdg.org/mediation/index.html>
- Le centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, <http://arbiter.wipo.int/center/index-fr.html>
- « Loi applicable et juridictions compétentes pour les sites internet » par Alain Bensoussan sur le site du journal du net, <http://www.journaldunet.com/juridique/juridique15yahoo.shtml>
- Site l'internet juridique : <http://www.internet-juridique.net/>
- Le bureau européen des unions de consommateurs, [http://www.beuc.org/index\\_f.htm](http://www.beuc.org/index_f.htm)
- L'Alena : Accord de libre échange nord-américain, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/report12-f.asp>
- Site de la chambre de commerce franco-américaine : « Vendre aux Etats-Unis sur Internet : Aspects juridiques du commerce électronique. Tenir compte des règles juridiques américaines. », <http://www.faccparisfrance.com/fr/them/document215.htm>
- « La résolution des différends » par Alexia Roussos, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/roussos.htm>