

Internet : un monde sans frontière ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet

Stéphanie FRANCA*

Résumé

La présente étude entend clarifier le débat relatif à la loi applicable aux contrats conclus sur Internet. Il est donc cet ouvrage proposé de prendre connaissance des instruments juridiques existants afin de dépasser les faux problèmes et de cerner les réelles sources d'incertitude. Sont ainsi présentées les principales conventions internationales auxquelles un juge européen aurait recours à savoir, la Convention de Vienne sur la vente internationale et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Les contrats commerciaux et les contrats de consommation sont distingués lorsque cela s'avère pertinent. Le lien est ensuite fait entre ces différentes conventions et le droit européen, primaire et dérivé. Nombre de directives de droit communautaire se présentent en effet comme des lois de police. Une attention particulière est à cet égard réservée à la nouvelle directive sur le commerce électronique dont les implications en droit international privé ne vont pas sans difficulté. Enfin, la conclusion soutient que la détermination de la loi applicable aux contrats conclus sur Internet pose peu de problèmes réellement nouveaux mais que les difficultés tiennent plus de l'incertitude entourant l'impact du droit européen sur le droit international privé.

Abstract

This study aims at clarifying the on-going debate concerning the law applicable to E-contracts. The major legal sources a European judge would rely on are therefore presented, in an attempt to identify the real uncertainties as well as the false problems. The article gives thus an overview of the Vienna Convention on international sales and the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations. Business to business and business to consumer contracts are distinguished where necessary. The link between these conventions and community law, primary and secondary, is then made. Various European directives can indeed be seen as international mandatory laws and should be implemented as such. A special attention is dedicated to the recently enacted directive on E-commerce whose implications on private international law are not clear. The conclusion asserts that the determination of the law applicable to E-contracts raises few new problems but that most uncertainties concern the impact of community law on the choice of law process.

Monsieur de La Polisse aurait eu un plaisir évident à sanctionner de ses réflexions l'évolution d'Internet. À vrai dire, il n'a pas été attendu et les ponts fleurissent dans toute la littérature consacrée à Internet, scientifique comme journalistique. Personne ne peut donc plus ignorer qu'Internet participe de la « globalisation », que « les frontières disparaissent » et même

« que le monde virtuel est un monde en soi ». Bien. Où cela nous mène-t-il ? À des situations, dans le fond, extrêmement classiques, qui prennent place dans un contexte certes neuf. La mesure dans laquelle la nouveauté de ce contexte appelle une adoption des instruments juridiques connus reste à déterminer. Cette nécessité est sans doute variable selon les matières

* Aspirante FNRS, Université catholique de Louvain.

concernées¹. Une chose est néanmoins certaine, Internet «interpelle» le droit international privé de manière particulière en ce qu'il se présente techniquement comme un moyen de communication transfrontière, communication qui engendre tout naturellement la multiplication des situations présentant un élément dit «d'extranéité». En cela, Internet ne se distingue pas fondamentalement d'autres médias techniques² qui ont engendré l'essor des relations transfrontières. S'il s'en distingue, c'est sans doute plus pour des raisons quantitatives que qualitatives³.

Parmi les lieux communs qui règnent sur Internet, l'un veut qu'Internet soit un monde sans droit. Il n'en est rien. Les lecteurs de cette revue n'ont pas besoin d'apprendre qu'Internet est aujourd'hui largement régulé, tant par des actes législatifs généraux que par des actes spécifiquement conçus pour Internet, tant au niveau national que régional ou international. Ceci ajoute bien sûr à la nécessité de recourir au droit international privé afin de déterminer quelle

législation est applicable. En droit international privé, comme en droit matériel, la difficulté tient alors à l'identification des sources législatives. L'infraction des textes légaux relatifs à l'utilisation d'Internet touche autant le droit international privé que le droit matériel. Cette étude se propose donc d'offrir un aperçu des sources essentielles réglant la problématique de la loi applicable aux contrats conclus sur Internet⁴. Ainsi les matières de la responsabilité délictuelle et de la propriété intellectuelle⁵ ne seront pas abordées.

Les sources pertinentes sont de trois ordres. Les premières sont les conventions internationales, instruments classiques de droit international public, à savoir la Convention de Bruxelles pour la détermination de la juridiction compétente⁶, la Convention de Rome pour la détermination de la loi applicable au contrat⁷ et enfin la Convention de Vienne porteuse de règles matérielles uniformes en matière de vente⁸. Les secondes sont d'origine communautaire : elles se présentent sous la forme de directives harmonisant les droits

nationaux et souvent porteuses de règles d'applicabilité, explicites ou implicites. Les troisièmes sont d'origine nationale. Ici sont visées les règles de conflit nationales applicables en cas de carence ou d'inexistence de règles conventionnelles, ainsi que les lois d'application immédiate⁹ protégeant des intérêts particuliers, comme ceux des consommateurs. À l'heure actuelle, ces dernières sont souvent¹⁰ le fruit de la transposition de directives européennes mentionnées plus haut. En raison de la primauté du droit international en général et du droit communautaire en particulier ainsi que de la large harmonisation communautaire des règles protectrices des consommateurs qui forment autrefois le cœur des législations nationales appelées lois de police, il semble pertinent de limiter l'analyse aux sources d'origine

internationale, à savoir les conventions et les directives. C'est aussi là que nous amène l'actualité législative. En effet, la Communauté européenne vient d'adopter une directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dite directive «commerce électronique»¹¹. Par ailleurs, une révision des Conventions de Bruxelles et de Rome est projetée. Suite à l'attribution de nouvelles compétences à la Communauté par le traité d'Amsterdam¹², il est prévu que ces deux conventions deviennent des règlements. Les travaux relatifs ou réglementant sur la compétence sont déjà très avancés¹³ et marqués principalement par un débat sur l'adoption des règles de compétence proposées au commerce électronique¹⁴.

1. Une adaptation des exigences en matière de preuve est certainement nécessaire mais le droit des contrats en général doit-il être affecté ? S'interrogeant sur la mesure dans laquelle le phénomène informatique suppose un bouleversement pour le droit : A. LEROUX et E. MONTRETO, «Informatique et droit : vers une subversion de l'ordre juridique ?», in *Droit des technologies de l'information, Regards prospectifs*, ed. E. MONTRETO, Cahiers du CRID, 1999, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. III-XX.
2. Presse, fax, téléphone, mais aussi développement des moyens de transport, en somme tout ce qui participe de la «réduction des distances».
3. Les qualités propres d'Internet se manifestent certes en droit international privé, en ce sens que certains facteurs de rattachement classiques s'avèrent inadéquats, comme le lieu du «fait générateur du dommage». Cependant, le caractère obsole de ce type de facteur avait déjà été démontré par d'autres auteurs comme, en matière de responsabilité, la problématique de la pollution transfrontière par exemple.
4. Le lecteur trouvera d'utiles informations à ce sujet en consultant, outre les études citées dans les notes suivantes : T. VAN OOSTRAËTEN, «Droit applicable et juridiction compétente sur Internet», R.D.A.I., 1998, p. 373-397 ; K. BOCK-WOELT, C. KESIDIAN (ed.), *Internet, Which Court decides ? Which law applies ?*, The Hague, Boston, London, Kluwer, 1999 (179 p.) ; avec une bibliographie sélective p. 177 et s. ; l'ouvrage aborde aussi des questions de responsabilité civile ; S. VAN DER HORP, «De Internet consument en het internationaal privaatrecht», Tijds. Consument, 1998, pp. 424-430 ; P. KAWCZYŃSKI, «Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktrecht», Rechts. Zeitschrift für ausländ. Sachen und Internationalen Privatrecht, 1999, pp. 203-294.
5. Celle-ci sera évidemment abordée de manière périphérique dans la mesure où les règles générales en matière contractuelle lui sont applicables.
6. Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La version actuellement en vigueur en Belgique date de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal : J.O., 3 oct. 1989, L.285, loi belge du 27 nov. 1996, M.B., 8 janv. 1998.
7. Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.O., 9 oct. 1980, L.266/1, les solutions de cette Convention ont été intégrées explicitement en droit belge par la loi du 14 juill. 1987 (M.B., 9 oct. 1987) mais la Convention elle-même n'est entrée en vigueur que la 1^{re} avril 1991.
8. Convention des Nations Unies sur la vente internationale du 11 avril 1980, loi belge du 4 sept. 1996, M.B., 1^{er} juill. 1997.

9. Malgré leur différence formelle, loi d'applicabilité immédiate et loi de police sont ici utilisées comme des synonymes, désignant ces lois protectrices d'un intérêt public ou particulier et assorties d'une règle directe d'applicabilité assurant leur application en dépit des règles générales de conflit de lois. Pour une définition classique de ces lois, voy. : C.J.C.E., 23 nov. 1999, C-369/96 et C-376/96, *Abdoel* n° 30 : «dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, ou point de vue, le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci. Sur la distinction entre ces notions, voy. : M. FALON, «Les règles d'applicabilité en droit international privé», in *Mélanges offerts à R. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 285-322.
10. Souvent mais pas entièrement... Ceci engendre une difficulté majeure. On trouve, au sein des législations nationales, certaines dispositions jouissant de la force obligatoire particulière réservée au droit communautaire alors que d'autres ne sont pas le résultat d'une harmonisation communautaire et sont, comme telles, dépourvues de la qualité de primauté des premières. Ces dispositions d'origine diverse sont parfois présentes au sein de la même loi. La loi belge du 23 juin 1991 sur les pratiques du commerce est devenue un exemple de ce phénomène. Il faut savoir que les conditions d'applicabilité des unes et des autres diffèrent puisque les premières, si elles sont assorties d'une règle d'applicabilité, sont applicables dès que les conditions de cette règle sont remplies. Ainsi elles peuvent déroger aux règles de rattachement contenues dans les instruments conventionnels comme la Convention de Rome. Par contre, les dispositions d'origine purement nationale, quand bien même seraient-elles assorties d'une règle d'applicabilité, ne sont finalement applicables que si la Convention l'autorise (on pense ici à l'article 7 de la Convention de Rome).
11. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive «sur le commerce électronique»), J.O., 17 juill. 2000, L.178/1. Le texte de la position commune arrêtée par le Conseil est disponible au J.O., 8 mai 2000, C.128/32 (le lecteur trouvera en annexe un intéressant exposé des motifs du Conseil).
12. L'article 61 CE change le Conseil de prendre des mesures relatives à la coopération judiciaire en matière civile. Celles-ci sont détaillées à l'article 65 qui entend notamment favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence.
13. Proposition de règlement du Conseil sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM(1999) 348 final.
14. Les 4 et 5 novembre derniers, la Commission a organisé une audition sur le commerce électronique et les questions de compétence internationale et de loi applicable, rassemblant des représentants de tous les milieux intéressés. Le débat fut, en termes très généraux et sans loi fixe tout à fait juste, se résumer à une opposition entre association de consommateurs d'une part et commerçants de l'autre. Les premiers souhaitent la compétence du lieu de résidence du consommateur, les seconds, celle du commerçant. Le débat se polarise de la même manière pour la loi applicable. Ces positions reflètent plus d'un priori que de réalité. Par exemple, les difficultés techniques engendrées par l'application de la loi de la résidence du consommateur semblent exagérées (voy. : J. GOLDSMITH, «*Universal Regulation of the Internet: A modest Datascan*», *European Journal of International Law*, 2000, pp. 135-146). En outre, il est possible ou vendeur de limiter l'étendue géographique de son offre.

La clarté de l'exposé nécessite la présentation des sources classiques (à savoir : les Conventions internationales sur la loi applicable et sur la vente) avant de passer aux sources proprement européennes (les directives et le

traité de Rome). Même si celles-ci sont appelées à avoir priorité sur les celles-là¹⁵, l'incertitude entourant leur contenu exact pousse à commencer par ce qui est établi.

Les certitudes

a. Remarque préliminaire

La règle de rattachement pertinente dépend du tribunal saisi. Chaque ordre juridique possède ses propres règles de droit international privé et ces dernières n'ont force obligatoire qu'à l'égard des autorités de cet ordre juridique. La question de la compétence internationale est donc un préalable nécessaire à l'identification de la règle de rattachement. La première est, pour les tribunaux européens, réglée de manière uniforme par la

Convention de Bruxelles¹⁶ appelée à devenir un règlement¹⁷. Les règles présentes et futures de compétence internationale ne seront pas détaillées dans un article consacré aux règles de rattachement régissant la matière du commerce électronique. Il semble toutefois important de rappeler que ces dernières ne trouvent à s'appliquer qu'après que le juge d'un Etat de l'Union européenne a été saisi.

b. Le contrat de vente

Les contrats de vente conclus sur Internet ne diffèrent pas des contrats de vente conclus dans d'autres circonstances et seront donc régis par la Convention de Vienne portant des règles matérielles uniformes pour les contrats de vente internationale de marchandises¹⁸. La seule particularité de ces contrats consiste à savoir si et dans quelle mesure ils peuvent être qualifiés de contrats de vente. La distinction entre une vente entièrement

effectuée on line (celle d'un programme informatique par exemple) et une prestation de service n'est pas toujours aisée. À cet égard, la Convention donne peu d'information puisqu'elle ne contient pas de définition du contrat de vente¹⁹, mais précise néanmoins que le contrat ne pourra être qualifié de vente lorsque la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit la marchandise constitue une prestation de service (art. 3.2). On peut en

déduire que le repère se trouve dans la définition de l'obligation de celui qui fournit la prestation caractéristique du contrat. S'il se contente de mettre des biens à disposition, sans modifier ou organiser ces biens d'une manière qui dénote un apport spécifique de sa part, le contrat sera probablement considéré comme une vente. Ceci pousserait à considérer l'offre d'abonnement à une base de données comme une prestation de service alors que l'offre de musique à télécharger pourrait être qualifiée de vente²⁰.

Deux caractéristiques de la Convention de Vienne justifient sa primauté sur la Convention de Rome : son caractère spécial et son contenu, composé de règles matérielles uniformes. Suivant le principe du spécial dérogeant au général, une convention porteuse de règles spécifiques à la vente prime sur une convention concernant les obligations contractuelles. En outre, le recours à une règle de conflit n'est nécessaire que lorsque le conflit de lois existe. S'il existe des règles matérielles uniformes et dans la mesure où la question posée est réglée par celles-ci, le recours à une règle de rattachement n'est pas nécessaire. Ce raisonnement suppose donc

que la situation tombe dans le champ d'application matériel, spatial et temporel de la Convention²¹ uniformisant le droit matériel.

D'un point de vue spatial, il est requis d'une part, que les parties résident dans des Etats différents et d'autre part, que soit ces Etats soient tous deux contractants (art. 1.a), soit les règles de rattachement du juge saisi désignent la loi d'un Etat contractant (art. 1.b)²². D'un point de vue matériel, la Convention couvre toutes les questions liées à la formation du contrat et aux droits et obligations qu'il fait naître. Elle ne règle pas, par exemple, les problèmes liés à la validité du contrat²³. Par ailleurs, certains types de ventes sont exclus, notamment les ventes aux consommateurs (art. 2.a), ou les ventes de valeurs mobilières (art. 2.c). En outre, les parties peuvent décider d'écarter les règles de la Convention, en tout ou en partie (art. 6).

Pour les questions non réglées par la Convention de Vienne, d'autres sources légales devront être consultées. La Convention de Rome permet alors de déterminer la loi applicable²⁴.

15. *Info*, point c.3.
16. *Supra* note 6.
17. *Supra* note 13.
18. Les règles matérielles donnent une réponse de fond à une question de droit par opposition aux règles de droit international privé qui indiquent quel système consulter pour trouver cette solution, mais ne donnent pas la solution elle-même.
19. « The characteristics of a contract of sale are deduced from the obligations of the buyer and the seller. The sale is the sale of a contract for delivery and the transfer of the property of goods for a monetary consideration », H. VAN HOUTE, *The Law of International Trade*, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 126 qui cite, ICC award n° 7153 (1992), J.D.I., 1992, 1005.

20. On peut à ce sujet raisonner par analogie avec la vente d'une machine par exemple : « Dans le cas (...) de la vente d'une machine avec l'assistance de techniciens pour sa mise en marche et pour la formation du personnel, la Convention est applicable ; si, inversement, c'est le travail des techniciens ou leur prestation intellectuelle qui sont essentiels ou bon fonctionnement de l'objet vendu et que le vendeur de leurs services est prépondérante par rapport à celle de la machine, la CIVE n'est pas applicable », K. H. NEUYMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, Lousanne, ed. F. DESKONNET, Centre de droit de l'entrepreneuriat, 1993, p. 63. Le prix semble jouer un rôle important également. Il s'agit de voir ce qui justifie le motif de vente de la rémunération due (l'Engelstein et D. MASHKOW, *International Sales Law*, New York, Londres, Oceana Publication, 1992, p. 36).
21. Pour le détail de ces conditions, voir : M. FAUCHON et D. PHUPE, « La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », J.T., 1998, pp. 17-35. Les conditions d'applicabilité spatiale et matérielle se trouvent aux articles 1 à 6, les conditions d'applicabilité temporelle principalement à l'article 100. La Convention s'applique aux articles, aux contrats conclus ou formés après le 11 juillet 1992.
22. Cet article peut tenir l'objet d'une réserve, voir, art. 95.
23. L'article 12 concerne néanmoins la validité formelle du contrat. Il exclut toute condition de forme, y compris l'existence d'un écrit.
24. A. KASIS, *Le nouveau droit des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 539. Une précision supplémentaire s'impose, la Belgique était jusqu'il y a peu partie à la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (M.B. 20 sept. 1964). Celle-ci vient d'être dénoncée par la Belgique (lettre à partir du 1^{er} septembre 1999, voir : <http://www.hcci-nei.fr/actus/aff303.htm>) mais reste applicable aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la dénonciation. Pour ces contrats, elle constitue donc la règle permettant de désigner la loi applicable, par priorité sur la Convention de Rome, en vertu de sa spécificité. On peut néanmoins penser que ces contrats conclus sur Internet avant la dénonciation qui deviendront litigieux longtemps après. Quoi qu'il en soit, cette Convention reconnaît l'autonomie de la volonté (art. 2) et désigne dans la plupart des autres cas, la loi du lieu d'établissement du vendeur (art. 3).

c. Les obligations contractuelles en général

Les règles de rattachement relatives aux obligations contractuelles sont rassemblées et uniformisées dans la Convention de Rome. Ce texte négocié entre les États membres de l'Union européenne constitue une avancée majeure sur le plan de la sécurité juridique. D'une part, les parties ne sont plus soumises aux décrets liés à l'impossibilité de connaître la règle de rattachement à laquelle elles seront soumises (et donc la loi qui leur sera appliquée) avant de connaître la juridiction saisie de leur différend²⁵. D'autre part, le contenu des règles de la Convention offre un certain équilibre entre souplesse et prévisibilité, en laissant d'abord une large liberté aux parties et en prévoyant ensuite des facteurs de rattachement abstraits mais assortis de présomptions les qualifiant.

Datant de 1980, la Convention ne réserve évidemment pas un traitement spécifique au commerce électronique mais le régit néanmoins. L'application de ses dispositions dans le contexte d'Internet s'avère parfois complexe. L'article premier définissant l'application matérielle²⁶ de la Convention en offre un exemple. Cet article subor-

donne l'application des règles conventionnelles à l'existence d'un conflit de lois. Celui-ci peut résulter de différents facteurs, comme la résidence des parties dans des États différents ou le lieu d'exécution du contrat²⁷. La localisation de ces facteurs et leur connaissance par les parties peut se révéler problématique dans le cadre du commerce électronique. Les adresses e-mail ou les noms de domaine ne donnent pas nécessairement d'informations sur le lieu d'établissement réel des parties. Le lieu d'exécution des obligations est également aléatoire dans le cas où il s'agit simplement de télécharger des données. Ces difficultés ne doivent néanmoins pas être surestimées. Les parties peuvent se communiquer leurs adresses physiques²⁸ comme elle peuvent convenir du lieu d'exécution de l'obligation. En cas de doute, la loi applicable peut également permettre de déterminer ce lieu en fonction du type d'obligation en cause.

Une autre particularité de la Convention tient en son caractère dit « universaliste ». Ce terme signifie que les règles de la Convention permettent de désigner la loi d'un État non

membre (art. 2). Par conséquent, si les parties choisissent, conformément à la Convention, la loi d'un État tiers à l'Union européenne, celle-ci sera applicable. Par ailleurs, la Convention peut désigner la loi d'un État tiers lorsque le vendeur ou le prestataire de service y est établi. Cette particularité explique sans doute certaines dispositions contenues dans les directives envisagées ci-dessous.

La protection particulière réservée aux consommateurs par le texte conventionnel explique qu'il soit préalable de distinguer les contrats « business to business » des contrats « business to consumer ». Cette dichotomie sera également suivie lors de la présentation des textes d'origine communautaire lorsque ceux-ci l'imposent.

c.1. Les contrats commerciaux

Les contrats conclus entre personnes agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles²⁹ sont soumis aux deux règles de base de la Convention énoncées aux articles 3 et 4. Les articles 7, 8 et 9 retiendront également l'attention.

Le premier consacre largement l'autonomie de la volonté. Le choix opéré par les parties doit simplement être exprès ou résulter de façon certaine des

dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. La question de la forme de la clause de choix de la loi applicable et du contrat lui-même relève cependant d'un autre article (art. 9). Ainsi l'exigence éventuelle d'un écrit dépendra soit de la loi applicable au contrat, soit de la loi du lieu où se trouvent les parties³⁰. La reconnaissance quant à la forme d'une clause de désignation de loi applicable insérée dans un contrat on line sera assurée dès que les exigences de l'une de ces lois seront satisfaites. La directive sur la signature électronique mérite à cet égard d'être mentionnée puisqu'elle harmonise les législations des États membres afin de favoriser la reconnaissance des signatures électroniques³¹.

Pour le reste, l'article 4 de l'article 3 renvoie encore aux articles 8 et 11³² quant à l'existence et la validité du consentement des parties à la clause³³. En somme, la validité de la clause, comme la validité du contrat est soumise à la loi applicable au contrat, c'est-à-dire, dans les cas d'application de l'article 3, la loi choisie par les parties. S'il semble déraisonnable de se référer à cette loi pour évaluer le consentement d'une partie, celle-ci pourra invoquer la loi de sa résidence habituelle (art. 8.2)³⁴. Ainsi, c'est à

25. *Supra* point 1.a ; les États parties à la Convention de Bruxelles énoncent par ailleurs la Convention de Rome, l'ala n'existe plus que pour le cas où les juridictions d'un État tiers à la Communauté européenne seraient saisies. Cette possibilité est évidemment non négligeable en matière de commerce électronique (voir sur les clauses de juridiction en matière de commerce électronique : G. KAUFMANN-KOHLER, « Choix de cour et choix de law clauses in electronic contracts », in *Aspects juridiques du commerce électronique*, ed. Vincent JENNIFER, Zurich, Schulthess, 2000, 10 paratexte).

26. L'article 1 précise également que la Convention n'est applicable qu'aux obligations contractuelles, définies par la négative à l'alinéa 2. Les autres conditions d'applicabilité sont précisées aux articles 2 (applicabilité spatiale) et 17 (applicabilité temporelle) : la Convention s'applique aux contrats conclus après son entrée en vigueur dans l'État dont les juridictions sont saisies – en Belgique le 1^{er} avril 1991, voir toutefois la loi belge du 14 juillet 1987 citée *supra* note 7).

27. Selon G. KAUFMANN-KOHLER (*supra* note 25), le lieu de situation des intermédiaires techniques comme le serveur importe peu. Elle note à cet égard que ces éléments sont trop incertains et arbitraires pour être pris en considération. Elle cite à cet égard l'article 2.c. de la directive commerciale électronique qui distingue les moyens techniques utilisés du lieu d'établissement d'un prestataire de service. À propos de la Convention de Rome, il faut noter qu'elle peut être applicable à une situation purement interne mais pour laquelle un conflit de lois se pose, soit parce que la litige est pendante devant le juge d'un autre pays, soit parce que les parties ont fait choix d'une loi étrangère (P. LACABE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. dr. int. privé*, 1991, pp. 287-340, n° 7).

28. La Directive commerciale électronique pré-voit que les prestataires de services doivent communiquer leur adresse géographique aux destinataires de service et aux outilleries de contrôle (art. 5.b).

29. *Supra* la notion de consommateur, point c.2.

30. Art. 9.2 comparant le cas de parties localisées dans des États différents. L'article 9.1 régit la situation de parties situées dans le même État et prévoit que la forme dépend de la loi applicable au contrat ou de la loi du lieu de conclusion du contrat. On suppose que les contrats on line concernent au premier chef l'article 9.2.

31. Elle ne prétend pas cependant avoir d'impact sur les exigences formelles des législations nationales ayant à la conclusion et à la validité des contrats (art. 1). Ainsi « il n'est pas demandé aux États membres de supprimer les exigences formelles relatives à la conclusion des contrats, mais plutôt de reconnaître que lorsqu'un écrit signé est exigé, ces exigences peuvent être remplies par la signature électronique » (M. ANTONIE et D. GOEBEL, « La directive européenne sur la signature électronique », dans la sécurisation des transactions sur l'Internet 3, J.T.D.E., 2000, pp. 73-78.) Nous n'ommettons pas cette directive plus souvent car elle ne contient que peu d'informations relatives au droit international privé. Elle prévoit cependant la reconnaissance des certificats délivrés par des services de certification établis dans un pays tiers à de strictes conditions (art. 7).

32. A cela, il faut ajouter que les parties à un contrat purement interne ne peuvent déroger par le choix de la loi applicable aux dispositions impératives de l'État dont elles relèvent (art. 3, alinéa 3), voir *supra* note 27.

33. Sur la notion de consentement électronique en droit international privé : M. FAUCH, « Le concept de distance dans l'échange de consentement électronique », in *Le consentement électronique*, ed. B. DE NAYER et J. LEMETRE, Bruxelles, Bruylant, Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, Collection Droit et Consommation, 2000, pp. 247-273.

34. Cette seconde partie d'article 4 principalement pour objectif de permettre une certaine souplesse dans l'application du silence d'une partie (M. GIULIANO et P. LACABE, « Rapport explicatif concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.O., 1980, C-282/1-30). L'idée même du silence d'une partie appliquée à Internet laisse songeur...

l'une de ces lois qu'il reviendra de déterminer si le simple fait de cliquer sur « OK » peut suffire à la manifestation du consentement à la clause de désignation de la loi applicable ou si d'autres conditions sont exigées. La plupart des contrats offerts sur Internet se présentent comme des contrats d'adhésion, on peut en effet imaginer que les lois nationales imposent des conditions supplémentaires³⁵.

À défaut de choix exercé par les parties, le contrat sera soumis à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4). Une présomption rétrogradable (art. 4.5) précise cette règle en situant ces liens au lieu d'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat³⁶. Cette présomption a l'avantage de contourner la difficulté de localisation de la prestation elle-même et s'adapte donc aisément à Internet. Les parties ont toujours un lieu d'établissement géographique. À cet égard, la seule particularité des contrats on line devrait être l'ajout de l'exigence d'information mutuelle des parties quant à leur adresse géographique³⁷. En outre, le caractère rétrogradable de la présomption permet de l'écarter lorsqu'une autre loi présente un lien plus étroit avec le contrat. Ceci peut viser les hypothèses où le lieu d'établissement du prestataire est fictif, constitutif d'une fraude à la loi ou dépourvu de pertinence par rapport au contrat.

La plupart des contrats conclus entre professionnels actifs sur Internet seront probablement pourvus d'une clause de désignation de la loi applicable. Les cas d'application de l'article 4 s'en trouveront réduits.

Tant la loi désignée par les parties, que la loi applicable en vertu de l'article 4 peuvent être écartées, en tout ou en partie, en vertu de l'article 7. Celui-ci réserve en effet l'application des dispositions impératives du *for* de manière inconditionnelle (art. 7.2). La mise en œuvre de cet article implique bien sûr que les dispositions dont question puissent être qualifiées de lois de police, c'est-à-dire qu'elles entendent régir la situation concrète quelle que soit la loi applicable au contrat³⁸ et qu'elles protègent un intérêt particulier³⁹. En outre, les dispositions impératives d'une loi autre que la loi contractuelle ou du *for* peuvent trouver à s'appliquer (art. 7.1). La situation doit présenter un lien étroit avec le pays concerné et les effets de ces dispositions être acceptables aux yeux du juge saisi. Ce dernier joint dans ce second cas de figure d'une large liberté d'appréciation.

c.2. Les obligations contractuelles à l'égard des consommateurs

En matière de consommation, la Convention prévoit des modalités d'application particulières pour les articles présentés ci-dessus. L'article 5 dispose en effet que le choix de la loi applicable exercé par les parties ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection qui lui est offerte par les dispositions impératives de son lieu de résidence (art. 5.2). En outre, à défaut de choix exercé par les parties, la loi applicable au contrat de consommation sera celle du lieu de résidence du consommateur (art. 5.3).

Les conditions de mise en œuvre de la protection du consommateur sont

strictement définies, d'une manière telle que l'internaute en jouira rarement⁴⁰.

La première condition résulte de la définition du contrat de consommation. Celui-ci a pour objet la fourniture d'objet mobilier corporel ou de service à une personne, pour un usage étranger à l'activité professionnelle de cette dernière (art. 5.1)⁴¹. La lecture de cette définition, dans la perspective de son application aux contrats on line, appelle deux remarques. Il n'est pas requis que le cocontractant du consommateur connaisse la qualité de celui-ci. Dans un contrat à distance, seule la qualité du bien vendu ou de la prestation fournie renseignera le professionnel sur la personne avec laquelle le contrat s'il ne prend pas soin de s'en informer. Cette difficulté n'est donc pas propre aux contrats conclus sur Internet. Ensuite, la notion d'objet mobilier corporel visée par la définition du contrat de consommation crée certaines incertitudes à propos des biens vendus sur Internet dont beaucoup peuvent être simplement télé-chargés.

Les circonstances entourant la conclusion du contrat sont ensuite à prendre en considération. Le consom-

mateur doit avoir reçu, au lieu de sa résidence habituelle, une publicité ou une offre spécialement faite. En outre, il doit avoir accompli dans ce même endroit les actes nécessaires à la conclusion du contrat. De toute évidence, les références au lieu de l'offre, de conclusion du contrat ou même d'exécution du contrat ne sont pas pertinentes dans le cadre du commerce électronique. Ces lieux s'avèrent souvent impossibles à déterminer. Comment savoir où le consommateur pose les actes nécessaires à la conclusion du contrat lorsqu'il dispose d'un ordinateur portable ? Rien ne l'empêche en outre d'effectuer ces opérations ou départ d'un poste fixe qui ne soit pas le sien. Cela justifierait-il qu'il soit déchu de la protection généralement offerte aux consommateurs ? La détermination de ce qui constitue une offre spécialement faite n'est pas plus aisée.

Le consommateur qui surfe sur Internet, de lien en lien, peut-il être considéré comme recevant des offres spécialement faites ou des publicités dans son pays de résidence, pour chaque site visité ? Le rapport Giuliano-Lagarde précise que le vendeur ou le prestataire de service doit avoir pris des mesures visant spécifiquement le

40. La Convention de Bruxelles sur la compétence internationale (*supra* note 6) offre au consommateur la possibilité de se pourvoir devant les juridictions de son lieu de résidence (art. 13 à 15) à des conditions similaires à celles prévues par l'article 5 de la Convention de Rome. Le projet de règlement sur la compétence, appelé à remplacer la Convention, entend élargir la protection offerte en donnant une définition plus large du consommateur protégé, au vu de pouvoir viser les internautes. En résumé, le compromis qui semble devoir être retenu consiste à protéger le consommateur qui conclut un contrat avec un cocontractant qui exerce ses activités dans le pays du consommateur ou qui par tout moyen dirige ces activités vers cet État membre ou vers un ensemble de pays, dont cet État, lorsque le contrat relève de ces activités. Si cette formulation est finalement retenue, la révision prochaine et l'adoption d'un règlement correspondant à la Convention de Rome suivront probablement les mêmes lignes. Cette proposition a été vivement critiquée par les représentants des professionnels lors de l'audition organisée par la Commission (*supra* note 14). Il leur semble impossible de respecter la loi de tous les États où résident les consommateurs avec lesquels ils sont susceptibles de contracter. Les associations de consommateurs adoptent la position inverse. Elles soutiennent que l'impossibilité de s'informer sur le contenu des lois étrangères se trouve dans le chef du consommateur. Une telle polarisation du débat n'est pas forcément nécessaire (*voy. supra* note 14). La détermination de la loi applicable et de la juridiction se présente comme un enjeu important sur le plan économique. Ce débat rappelle les discussions ayant entouré l'adoption de la directive sur la responsabilité du fait des produits (*voy. M. Fallon, Les accidents, de la consommation et le droit, Bruxelles, Bruylant, 1982 (Itésel)*).

41. Au vu, il est difficile de certifier que l'accessibilité d'un site web sera considérée comme une manière pour le professionnel de « diriger » ses activités vers le pays du consommateur. Le projet de rapport explicite n'est pas particulièrement clair à cet égard. Il distingue le cas d'un site interactif via lequel le contrat serait conclu (ce qui entraînerait l'application de la protection du consommateur) de celui d'un site purement passif par lequel le consommateur serait informé de l'existence d'un produit. La configuration du site serait donc déterminante.

41. La financement de ces contrats est également visé.

35. On pense ici, notamment, à la transposition de la directive sur les clauses abusives. *Infra* point II, b. 2.
36. D'autres présomptions visent les contrats relatifs à des immeubles (art. 4.3) et les contrats de transport (art. 4.4).
37. Ca qu'elle doit parfois naturellement.
38. Art. 7.2 in fine.
39. Ceci résulte de la définition même des « lois de police » que vise l'article 7 (*voy. le titre de l'article*). Comme nous l'avons mentionné plus haut, la définition de cette notion n'est pas entièrement claire dans la doctrine.

marché du lieu de résidence du consommateur⁴². Cette observation pourrait susciter des conclusions contradictoires. Il est possible de soutenir que celui qui met ses produits en vente sur Internet vise volontairement le monde entier puisqu'il choisit d'utiliser un média qui présente cet avantage particulier. D'autre part, l'on peut objecter qu'aucun pays n'est visé spécifiquement. Le rapport semble favoriser cette deuxième interprétation. Il précise que le consommateur allemand répondant à une annonce insérée dans une publication américaine par une compagnie française ne serait pas protégé par l'article 5 à moins que l'annonce ne se trouve dans une édition spécialement conçue pour l'Europe⁴³. L'interprétation devra se faire en fait, et certaines circonstances propres au site concerné, telle la langue utilisée, la nature du produit vendu, l'existence d'une limitation géographique de l'offre, permettront de nuancer les appréciations. Quoi qu'il en soit, l'article 5 de la Convention de Rome requiert de la part du consommateur une certaine positivité, exigence à laquelle ne semble pas répondre celui qui d'initiative recherche un produit ou un service sur Internet.

Si le consommateur ne se trouve pas dans l'une des situations définies par l'article 13, il sera traité exactement comme un professionnel⁴⁴, à

cette différence près que les hypothèses d'intervention de l'article 7 seront plus fréquentes. Ce dernier prévoit l'application de lois de police, du for ou d'un État tiers. La notion même de loi de police implique la protection d'un intérêt particulier qui, au cours des dernières décennies, s'identifie de plus en plus fréquemment à un intérêt privé, celui de la partie faible au contrat⁴⁵. On connaît les conditions de mise en œuvre de ces articles⁴⁶. Ces dernières méritent sans doute une certaine attention dans le cas du contrat de consommation. Celui-ci se voit en effet réserver une protection particulière dans le cadre de l'article 5. Les situations non visées par cet article sont donc volontairement dépourvues de protection. Il est dès lors improbable que la logique interne de la Convention souffre une application via l'article 7 de la protection qui a été refusée à certaines situations à l'article 5⁴⁷. L'article 7 peut néanmoins viser d'autres lois que celle désignée par l'article 5. La résidence du consommateur ne se situera pas forcément au lieu du tribunal saisi mentionné à l'alinéa 2 de l'article 7, ni dans le pays présentant un lien étroit avec la situation dont la législation serait invoquée au titre du premier alinéa du même article. En outre, rien dans la Convention n'exclut explicitement l'application

de l'article 7 aux hypothèses non couvertes par l'article 5⁴⁸.

c. 3. Lien avec la législation communautaire

Lorsque les normes d'origine communautaire contiennent des règles de rattachement ou des règles d'application, celles-ci priment sur les règles de la Convention. La Convention elle-même prévoit cette éventualité. L'article 20 prescrit explicitement la primauté des dispositions réglant les conflits de lois dans des matières particulières qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Commu-

nautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes. Mais cette primauté découle avant tout de la nature du droit communautaire. Il impose en effet aux États une obligation de bonne foi dans le respect et la mise en œuvre de ses termes et leur interdit en outre de participer à des conventions contraires (art. 10 et 307 CE).

La recherche de la loi applicable aux contrats on line ne peut donc se limiter à l'étude de la Convention de Rome mais doit également porter sur le droit communautaire dérivé et primaire.

Là où commencent les incertitudes

a. Le droit communautaire primaire : entre certitude et incertitude

Il ne sera fait ici que mention d'un débat animant les controverses doctrinales⁴⁹ et les tensions entre directions générales de la Commission, dont la présentation complète exigerait une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés. Une partie de la doctrine et certaines directions générales voient, dans les dispositions du traité concernant la libre circulation des services ou

des produits et les arrêts de la Cour y relatifs, une règle de rattachement. La teneur de celle-ci fait l'objet de débat supplémentaire, oscillant entre la désignation de la loi d'origine des biens ou services⁵⁰, la loi la plus favorable à la circulation⁵¹ de ceux-ci ou un principe général consacrant l'autonomie de la volonté⁵² et condamnant donc tous types de restrictions nationales qui pourraient y être apportés. D'autres

42. M. GUILLON et P. LESAGE, « Rapport explicatif concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.O., 1980, C-262/1-50. Cette précision apportée par le rapport ne va pas sans rappeler les modifications envisagées pour la Convention de Bruxelles (voy. supra note 14).

43. D'après une décision belge, une publicité placée dans un journal anglais distribué en Belgique ne constitue pas une offre spécialement faite au lieu de résidence du consommateur (Gond, 12 juin 1990, *Handelspraktijk*, 1990, p. 70).

44. Supra, point 1.c.1.

45. Sur cette tendance voir, récemment : A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace - Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale », *Rev. crit. dr. int. privé*, 1999, pp. 31-74, 245-265, reprenant cette évolution pour finalement distinguer les lois de police « administratives » des lois de police « protectrices ». Également : P. LESAGE, « La protection de la partie faible en droit international privé », in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996 ; F. LECHEC, « La protection de la partie faible dans les contrats internationaux », Bruxelles, Bruylant, 1995. Voy. également infra, point II.b. L'exemple des lois d'application immédiate résultant de la transposition des directives européennes relatives à la protection du consommateur.

46. Supra, point 1.c.1 ; P. LESAGE, « Le nouveau droit international privé des contrats... », supra note 27, n° 43-47.

47. La même raisonement vaut pour l'article 6 relatif au contrat de travail.

48. M. FALON propose une application distributive des deux articles : l'article 5 désignant la loi applicable à la protection contractuelle et l'article 7 à la protection par la réglementation sur les pratiques du commerce. M. FALON, « La protection internationale de l'acheteur sur l'internet dans le contexte communautaire », in La protection des consommateurs acheteurs à distance, éd. H. et B. STAUDER, Zürich, Schulthess, 1999, pp. 241-265, p. 272.

49. Pour une discussion générale de la majeure partie des positions doctrinales à ce sujet, voir J. WOLFF, « Conflict of Laws and the Single Market for Financial Services », *Maastricht Journal*, 1997, pp. 161-208 et 284-309, spéc. 284 et s. Sur la notion de loi d'origine, voir : W. DRESCHE, *Das Herkunftsbegriff im internationalen Privatrecht, Auswirkung des europäischen Binnenmarktes auf Verträge*, Wein, 1997.

50. J. BASTIDON, « Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produkturheber im europäischen Binnenmarkt », *Forver Offentlichts*, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, pp. 1-54. Cet auteur soutient d'abord l'exis-

tence d'une obligation de reconnaissance mutuelle impliquant l'application de la loi du pays d'origine. Le principe de l'ordre ne constitue que la seconde étape de son raisonnement, entraînant d'appliquer la loi de l'État d'origine dans les cas où celle-ci serait plus favorable à la circulation des produits ou services. Voy. également du même auteur : « Europäische Internationale Privatrecht », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 1921-1929, spéc. pp. 1927 et s.

52. P. VAN WATKINS, « Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, pp. 735-768.

auteurs tempèrent ou s'opposent à de telles conclusions⁵³.

Toujours est-il que la jurisprudence de la Cour de Justice relative aux entraves connaît une obligation de reconnaissance mutuelle dans certaines circonstances, obligation qui a pour effet d'interdire l'application de la norme nationale qualifiée d'entrave⁵⁴ au profit de la norme d'origine du bien ou produit visé. Cette obligation intervient lorsque les deux normes (d'origine et d'accueil, la dernière étant qualifiée d'entrave⁵⁵) prévoient des dispositions contradictoires. L'imposition des exigences de la loi du pays d'accueil est jugée disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi par celle-ci, lorsque la loi du pays d'origine peut être jugée équivalente. Ces deux lois ne doivent pas être identiques en leur termes, mais permettre d'atteindre des objectifs identiques, fût-ce par des moyens différents.

L'équivalence entre les lois fait l'objet d'une appréciation de fait. Elle est fonction de leur efficacité respective dans la poursuite de certains objectifs. Par ailleurs, elle peut aussi être le fruit d'une intervention communautaire. En effet, une fois que le législateur communautaire a fait œuvre d'harmonisation par voie de directive, les lois nationales résultant des transpositions doivent être jugées équivalentes. Force est néanmoins de constater que cette équivalence n'est pas toujours vérifiée

en raison des profondes différences existant entre les transpositions.

Le lien entre l'obligation de reconnaissance mutuelle et le droit dérivé est donc évident. L'existence d'une directive entraîne l'obligation d'appliquer la transposition en vigueur dans le pays d'origine des biens ou services visés. De cette constatation découlent plusieurs interrogations.

La première concerne la compatibilité de cette règle avec les dispositions de la Convention de Rome. Celle-ci ne désigne pas forcément la loi du pays d'origine des biens ou services faisant l'objet d'un contrat. Les articles 3 (autonomie de la volonté), 5 (protection du consommateur) et 7 (application des lois de police) donnent une idée des hypothèses dans lesquelles la Convention peut mener à l'application d'une autre loi. La mesure concrète de cette incompatibilité mériterait de plus amples investigations.

La seconde interrogation est suscitée par les directives comprenant une règle d'applicabilité spatiale. On peut émettre l'hypothèse d'une telle règle prévoyant des cas d'application de la directive (ou, à proprement parler, de la transposition de celle-ci), contraire au principe de reconnaissance mutuelle. Tel serait le cas si une directive en matière de responsabilité du fait des produits prévoyait que le consommateur a droit à la protection de la directive telle que transposée au lieu de sa résidence⁵⁶. Or l'application et la for-

mation du droit dérivé doivent se faire conformément au droit primaire, qui engendre l'obligation d'application des dispositions du pays d'origine – en particulier, celles découlant du droit dérivé – dans les circonstances décrites ci-dessus. On peut aussi envisager l'hypothèse d'une transposition qui méconnaîtrait le principe de reconnaissance mutuelle et d'application de la loi d'origine alors que la directive elle-même ne semble pas incompatible avec le droit primaire. Le législateur national commettrait une telle erreur soit en formulant des règles d'applicabilité de la loi de transposition non conformes au principe de l'application de la loi d'origine, soit en laissant cette applicabilité dépendre de la Convention de Rome dans les hypothèses où celle-ci s'opérerait incompatible avec le droit primaire.

Dans chacune de ces hypothèses se pose une question de conformité au droit primaire, bien difficile à résoudre pour le juge national investi de la

mission d'appliquer le droit national en conformité avec le droit communautaire⁵⁷. Les questions précitées concernent d'une part, l'hypothétique incompatibilité des règles de la Convention de Rome et d'autre part, les conditions d'applicabilité dans l'espace du droit dérivé. Ainsi sans avoir besoin de démontrer entièrement ni l'existence, ni le contenu d'une hypothétique règle de rattachement appartenant au droit primaire, il semble nécessaire d'attirer l'attention sur les implications pratiques de la controverse ici mentionnée. Elle signifie qu'une règle de rattachement de droit primaire primerait automatiquement sur toute autre règle de rattachement, contenue dans la Convention de Rome ou dans le droit national. L'effet utile de ces autres règles serait donc en réalité réduit aux situations ne tombant pas dans le champ d'application du droit communautaire – qui n'est lui-même pas aisément déterminable⁵⁸.

b. Le droit communautaire dérivé : les relatives certitudes

b.1. Principes d'applicabilité des directives

Une série d'actes de droit communautaire dérivé concernent les contrats législateur communautaire qui a

57. Il appartient au juge national d'interpréter le droit national en conformité avec le droit primaire et dérivé ou, en l'absence de ce dernier, de faire sa part (CJCE, 13 novembre 1970, *Marleasing*, C 106/89, Rec. I-4135; CJCE, 14 juillet 1994, C 91/92, *Faccini Dori*, Rec. I-3325). Si l'on suppose une incompatibilité entre une directive et le droit national, il interviendra la primauté en conformité avec le droit primaire, dans la mesure du possible (CJCE, 2 février 1994, C 315/92, *Estée Lauder*, Rec. I-0317). En outre, la question de validité relève de la compétence de la Cour de Justice, que le juge national peut saisir sur renvoi préjudiciel (cf. VETTER, *Dr. de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 293 et s.).

58. Pour les matières contractuelles qui nous occupent, il faudrait distinguer les situations relevant du droit communautaire (comme celles du producteur établi dans un État membre vendant ses produits à un consommateur établi dans un autre État membre, cas typique du commerce intra-communautaire), de celles qui ne sont pas affectées par lui (cas du vendeur établi dans un État membre en relation avec un consommateur établi dans un autre État). Ces distinctions sont délicates dans la mesure où les différentes parties du traité connaissent des champs d'application différents (voir, par exemple, le second cas cité pourrât intéresser les règles sur la concurrence).

59. Pour un échantillon de toute la législation européenne réglementant le commerce électronique, voir : J. DICKER, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Oxford et Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999. Depuis la parution du livre deux directives ont néanmoins été adoptées mais il y est fait mention des textes alors à l'état de projet (directive commerce électronique et garantie des biens de consommation, voir, note suivante). Pour le plan d'action communautaire visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'internet, voir : <http://www.spo.ccc.baf/>, le préambule de la décision du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'internet

élaboré différentes directives à ce sujet⁶⁰. Parmi celles-ci, certaines sont assorties d'une règle d'application, d'autres pas⁶¹.

Celles qui ne prévoient pas leurs conditions d'application seront, après transposition, assimilées au droit national et trouveront donc à s'appliquer dans les mêmes conditions que ce dernier. Dans la matière qui nous occupe, la Convention de Rome présidera à leur application et il est, dès lors, renvoyé aux développements précédents. Une particularité, toutefois, mérite d'être soulignée. La question se pose de savoir si ces dispositions doivent être considérées comme des dispositions impératives et donc relever des dispositions particulières que sont les articles 5 et 7 de la Convention de Rome. Même si ces directives ne fixent pas expressément leur champ d'application dans l'espace, elles sont le fruit d'une intervention spécifique du législateur communautaire, dans le but d'offrir une protection particulière au consommateur et ce, dans l'esprit des lois de police ou d'application immédiate classiques. On connaît l'existence de lois de police dont le

champ d'application n'est pas fixé expressément par le législateur national⁶². Pourqu'il n'en serait-il pas de même pour la législation communautaire? D'autant plus qu'en vertu des principes de subsidiarité et de proportionnalité, le législateur communautaire ne peut intervenir qu'en cas de besoin spécifique. La question n'a sans doute pas encore trouvé de réponse définitive⁶³. S'il fallait y répondre par la positive, ceci impliquerait pour le juge national un devoir d'interprétation délicat. En effet, il lui appartenait de fixer le domaine d'application spatial de ces dispositions, comme il le fait pour les lois de police nationales ne contenant pas de règle explicite d'application⁶⁴.

Le caractère impératif des directives contenant une règle d'application spécifique⁶⁵ résulte⁶⁶ de leur contenu matériel et de leur volonté d'application. Aux conditions prévues dans la dite règle d'application, et dans les limites de leur domaine matériel, elles entendent régir la situation quand bien même une autre loi serait normalement applicable au contrat en vertu des règles de rattachement usuelles.

Au sein du droit national, elles constituent donc, après transposition, une classe particulière de lois d'application immédiate. Elles seront en effet dotées d'une force obligatoire propre au droit communautaire. Pour cette raison, et en vertu de l'article 20 de la Convention de Rome, leur primauté sur les règles de rattachement générales de cette dernière est certaine.

b.2. Mise en œuvre

Certaines de ces directives concernent plus directement le commerce électronique. On retiendra particulièrement la directive sur les clauses abusives, la directive sur les contrats à distance et la directive sur la vente et la garantie des biens de consommation⁶⁷. Les deux premières entendent protéger le consommateur au stade de la conclusion du contrat, d'une part en empêchant que certaines clauses, considérées comme abusives⁶⁸, lui soient imposées et d'autre part, en obligeant son cocontractant à lui fournir préalablement une série d'informations et en lui offrant de surcroît un droit de rétractation⁶⁹. Parmi les informations devant être fournies au consommateur, figure l'identité du fournisseur et dans certaines conditions son adresse géographique ou à tout le moins, l'adresse géographique du lieu où le consommateur pourra

adresser ses réclamations (art. 4 et 5). On connaît l'importance de cette information dans la détermination de la loi applicable au contrat⁷⁰. La dernière directive mentionnée concerne plutôt l'exécution du contrat, puisqu'elle précise les obligations du vendeur relatives à la conformité du produit ainsi que les droits correspondants de l'acheteur.

Ces trois directives partagent deux dispositions. La première les caractérise de directives minimales⁷¹. La seconde les convertit en lois d'application immédiate⁷². Les trois règles d'application sont formulées en termes identiques. Il est chaque fois prévu que les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection offerte par la directive, du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres⁷³.

On constate donc que cette règle prescrit l'application de la directive dès que le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres, quand bien même la règle de conflit concernant l'autonomie de la volonté autorise l'application de la loi d'un État tiers. Du point de vue du législateur communautaire, elle se présente

(U.O., 2000, L 138/1) rappelle le report des initiatives prises par le Communauté à propos des messages à contenu illicite transmis sur Internet.

60. Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, J.O., 1985, L 372/31. Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, J.O., 1987, L 42/48 (modifiée par les directives n° 90/86/CEE, J.O., 1990, L 61/14 et 98/7/CE, J.O., 1998, L 101/17. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O., 1993, L 95/29; Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O., 1997, L 44/19; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE (<http://europa.eu.int/eur-lex/docu/99pcc0385>); Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation, J.O., 1999, L 171/12.

61. Par ex. directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (voy. note précédente). 62. La loi belge sur les pratiques du commerce en fournit un exemple partiel. À considérer que ces directives ont un caractère impératif, en raison de leur contenu et d'une règle d'application implicite, la question de la primauté de cette règle sur les dispositions de la Convention de Rome se pose. Voy. point 1, C.3.

63. À ce propos, voy. M. FALCON et S. FRANCO, « Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts? », *Private Law in the International Arena - Liber Anticorum Kurt Siehr*, ed. J. BASTROW (et al.), La Haye, T.M.C. Asser Press, 1998, p. 101.

64. Cette question soulève également un problème de droit communautaire. La non-application de ces directives dans le cas où la Convention de Rome en vertu de son article 4 désigne la loi d'un État tiers devrait-elle être considérée comme un manquement aux obligations imposées par le droit communautaire (art. 226 CE)?

65. Sauf à poser une question préjudicielle à la Cour de Justice en vertu de l'article 234 CE.

66. Sur les différents types de règles rencontrées, voy. : M. FALCON et S. FRANCO « Towards... » (supra note 63).

67. Voy. M. FALCON et S. FRANCO, *Ibid.* ; M. FALCON, « La protection internationale de l'acheteur... » (supra note 46).

67. Toutes sont citées supra note 60.

68. La directive 93/13 sur les clauses abusives, défini comme telles les clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle et créant un déséquilibre significatif au détriment du consommateur (art. 3). Une annexe contient en outre une liste exemplative de clauses pouvant être considérées comme abusives. Il est prévu que les clauses abusives ne lient pas les parties, le contrat subsistant par ailleurs dans la mesure du possible (art. 6, 1).

69. L'article 4 de la directive 97/7 sur les contrats à distance énonce les informations que le consommateur doit recevoir avant la conclusion du contrat et la confirmation écrite de certaines d'entre elles est en outre requise. L'exigence d'une confirmation écrite ne semble pas poser de problème particulier au regard d'Internet puisque la directive prend soin de préciser qu'il s'agit d'une confirmation écrite ou « sur tout autre support durable auquel le consommateur a accès ». Après avoir établi un délai de rétractation de 7 jours, la seconde partie de la directive concerne plutôt l'exécution du contrat (exécution, art. 7 et paiement par carte, art. 8) ainsi que la limitation de l'utilisation de certaines techniques de démarchage.

70. Supra, point 1.c.1 et 1.c.2.

71. Art. 8 de la directive 93/13; Art. 14 de la directive 97/7; Art. 8 de la directive 1999/44.

72. Art. 6 de la directive 93/13; Art. 12 de la directive 97/7; Art. 7 de la directive 1999/44.

73. La directive 97/7 requiert un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des États membres, ce qui a le mérite de préciser clairement que plusieurs États membres ne doivent pas forcément être impliqués. C'est en ce sens qu'il conviendrait d'entendre les formulations retenues par les deux autres directives.

n'existant pas, il suffirait de laisser l'application de la directive aux soins de la Convention de Rome qui la mettrait en œuvre en présence d'un lien étroit tel que défini à l'article 4 (ou 5) ou en cas d'exercice de l'autonomie de la volonté par les parties, aux conditions prévues à l'article 7. Il nous semble plus opportun de voir dans ce terme une notion que le juge interprétera *in concreto*, ou que le législateur national se chargera de préciser lors de la transposition. La seconde solution qui permettrait de parer dans une certaine mesure à une trop grande variété d'interprétations, est sans doute préférable. La transposition de la directive sur les clauses abusives ne constitue

Revue **UBIQUITÉ** - N° 7 - Déc. 2000

por lui sur Internet. Il prendra utile-
ment en compte les règles d'applicabi-
lité éventuelles résultant de la transpo-
sition des directives, en particulier
celles protectrices du consommateur. À
leur égard, une certaine prudence est
même recommandable puisque leur
applicabilité peut éventuellement être
conditionnée par une règle de ratta-
chement découlant du traité (point
II.c). Au cas où une telle règle serait
avérée, elle déterminerait l'application

des lois des États membres pour les
questions tombant dans le champ
d'application du droit communautaire.
Pour les situations non réglées par
elles, comme par exemple l'applica-
tion de la loi d'un État tiers, les règles
d'applicabilité contenues dans les
directives continueraient à jouer.

Le problème de l'existence
d'une règle de rattachement issue du
traité est rappelée par la récente direc-
tive sur le commerce électronique.

c. La directive sur le commerce électronique : la grande inconnue...

Cette directive est représentative du
mode d'intervention législatif de la
Communauté. Comme son titre l'in-
dique, elle ne porte que sur certains
aspects du commerce électronique,
c'est-à-dire ceux qui ont été jugés poli-
tiquement prioritaires et à propos des-
quels un compromis était possible.
Ainsi se retrouvent, au sein d'un même
texte, des questions de nature diverse.
La directive écarte d'abord tout régime
d'autorisation préalable à l'exercice de
l'activité de prestataire de service on
line, ce qui tient de la réglementation
économique (art. 4 et 5). Dans la
même lignée, elle prévoit certaines dis-
positions relatives aux communications
commerciales (art. 6 à 8). Ensuite, une
section traite plus directement du droit
privé. Les articles 9 à 11 concernent les
contrats conclus on line. La directive
établit la validité des contrats on line, à
quelques exceptions près (art. 9).
L'article 10 prévoit un certain nombre
d'informations devant être fournies au

cocontractant et l'article 11, certains
principes relatifs à la passation de
commande. Enfin, la directive contient
plusieurs règles sur la responsabilité
des prestataires intermédiaires, s'enga-
geant ainsi dans la matière de la res-
ponsabilité civile. Elle aborde encore
des questions de mise en œuvre (art.
12 et s.) rassemblant l'encouragement
à l'élaboration de codes de conduite,
le règlement extrajudiciaire des litiges,
l'efficacité des recours judiciaires et la
coopération entre les États membres.

D'un point de vue matériel, les dis-
positions de la directive contiennent
surtout des instructions générales
adressées aux États. En réalité, le
domaine matériel exact de la directive
est équivoque⁸¹. La relation entre cette
directive et d'autres directives, dont les
dispositions matérielles peuvent s'ap-
pliquer au commerce électronique⁸²,
ou avec le droit national déjà existant
en la matière, risque d'embarrasser
les acteurs économiques. Ils auront en

effet du mal à trouver leur chemin au
milieu de cette foisonnante production
législative alors que les champs d'ap-
plication matériels respectifs de ces
différents actes se recoupent⁸³.

D'un point de vue spatial, l'applica-
bilité de la directive n'est pas plus
claire. À plusieurs reprises, le législa-
teur communautaire insiste sur l'ab-
sence d'impact de la directive sur le
droit international privé⁸⁴. La lecture
d'un article de celle-ci laisse cepen-
dant perplexe (art. 3.1.). Il s'apparen-
te, à l'évidence, à une règle d'applica-
bilité. Les situations respectives des
contrats commerciaux et des contrats
de consommation⁸⁵ appellent à cet
égard des commentaires distincts⁸⁶.

c.1. Les contrats commerciaux

L'article 3.1 de la directive dispose
que les États membres doivent veiller à
ce que les prestataires de services de
la société de l'information établis sur
leur territoire⁸⁷ respectent les disposi-
tions nationales relevant du domaine
coordonné. Les États doivent égale-
ment veiller à ce que leur loi ne
restreigne pas la circulation des ser-
vices de la société de l'information
provenant d'autres États membres (art.
3.2). Les obligations contractuelles
concernant les contrats conclus avec
les consommateurs ne sont pas régies
par ces dispositions (art. 3.2 et an-
nexes). Enfin, le même article autorise
les États à prendre certaines mesures
nécessaires à la réalisation d'objectifs

d'intérêt général et restreignant la libre
circulation des services de la société de
l'information (art. 3.4 prévoyant les
dérogations à l'alinéa 2 du même
article)⁸⁸.

Au vrai, la disposition qui attire
notre attention est l'alinéa 1 de l'ar-
ticle 3. Certes, en prévoyant que les
États veillent à l'application de leur loi
aux prestataires établis sur leur terri-
toire, la directive les enjoint à exercer à
leur égard le contrôle administratif et
la police économique prévus par la
directive. Mais le domaine de celle-ci,
nous l'avons vu, contient également
des dispositions de droit privé, en
matière contractuelle et en matière de
responsabilité civile. Dans cette pers-
pective, il est difficile de lire cette dis-
position autrement que comme une
règle d'applicabilité, prévoyant que la
loi de transposition s'applique aux
prestataires de services de la société
de l'information établis sur le territoire
de l'État en question. Une telle règle
implique que le prestataire établi dans
le pays A soit soumis, par exemple, à
l'obligation d'accuser réception de la
commande prévue à l'article 11.1 de
la directive, telle qu'elle aura été for-
mulée dans la transposition de l'État
A. Une telle règle conditionnera donc
l'application directe des lois de trans-
position des États. En cela, elle affecte
le droit international privé de la même
manière que les directives étudiées
précédemment⁸⁹.

83. J. DUMORTIER, «Électronische handel en consumentenbescherming in de Europese context», in: *Handboek elektronische handel*, 1999, pp. 124-132.

84. Considérant n° 23, Article 1.4; Exposé des motifs du Conseil annexé à la publication de la position commune (J.O., 2000, L 128/32, p. 49).

85. Les contrats de consommation sont en effet exclus de l'application de la disposition problématique (art. 3.3 et annexe).

86. La question de la responsabilité civile ne sera pas ici traitée, alors que la disposition problématique la concerne et que tous sans distinction selon que la personne en cause est un consommateur.

87. L'article 2.c. définit le prestataire établi comme celui qui exerce de manière effective une activité économique ou moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée.

88. Sur la compréhension de ce dernier alinéa de l'article 3, voy. M. FAUON et S. FRANCK, «Perspectives de réforme du droit international privé dans le Cyberspace», in *Internet en het Recht*, publication de la VUB (à paraître).

89. Quoique son critère d'applicabilité diffère, les directives de consommation exigent la présence d'un «lien étroit» entre le contrat et les États membres alors qu'il est ici requis que le prestataire soit établi sur le territoire d'un État membre.

Une preuve supplémentaire de la portée de l'article 3.1 en droit international privé est donnée par le législateur communautaire lui-même. Il précise que l'autonomie de la volonté doit être préservée malgré la présence de l'article 3.1 et 3.2. En effet, l'article 3.3 prévoit que les deux alinéas qui le précèdent ne s'appliquent pas aux matières énoncées à l'annexe. Or parmi ces dernières, figure « la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat ». De même, dans l'exposé des motifs du Conseil publié en annexe de la position commune, le Conseil souligne que l'annexe a pour fonction de préserver l'exercice de l'autonomie de la volonté⁹⁰. La nécessité d'énoncer qu'une règle de droit international privé, à savoir l'autonomie de la volonté, n'est pas affectée par l'article 3, est signe que cet article a un impact sur le droit international privé.

On comprend dès lors mal l'insistance mise par le législateur communautaire à prétendre que la directive n'affecte pas le droit international privé (art. 1.4). Elle doit cependant être significative. Différentes interprétations sont possibles. Peut-être, faut-il entendre le terme « droit international privé » tel qu'utilisé dans la directive comme ne recouvrant que les règles de rattachement classiques à l'exclusion des règles d'applicabilité. Les règles de rattachement sont des règles bilatérales, permettant donc de désigner la loi de n'importe quel État et

couvrant un domaine défini de manière abstraite⁹¹. À l'inverse, la règle d'applicabilité définit le domaine spatial de certaines dispositions matérielles précises et ne peut donc désigner la loi d'un autre État⁹². Une telle lecture de l'article 1.4 de la directive est autorisée par la distinction que le législateur communautaire y opère entre droit international privé et compétence internationale des juridictions⁹³, alors que cette dernière problématique fait également partie de la matière du droit international privé. Une autre interprétation pourrait considérer que le législateur n'a pas envisagé l'impact de l'article 3.1 sur les dispositions de droit privé contenues dans la directive...

La disposition de l'article 3.1 n'est pas avare de mystère. S'il faut la comprendre comme une règle disposant de l'application, aux prestataires établis sur le territoire des États membres, de la loi de transposition du lieu de leur établissement, l'analogue avec la potentielle règle de rattachement contenue dans le droit primaire apparaît saisissante. Cette dernière, on s'en souvient, prescrirait l'application de la loi d'origine d'un bien ou d'un service⁹⁴. Or l'origine d'un service se localise au lieu d'établissement du prestataire de ce service. Si les deux règles connaissent un contenu identique, quelle est l'utilité de la répétition dans une directive d'une règle déjà contenue dans le droit primaire? Peut-être faut-il y voir un souci de sécurité juridique.

La complexité de cet article semble contraire aux objectifs de la directive. Malgré les incompréhensions qu'il soulève, une certitude se dégage. Les prestations de services de la société de l'information établis sur le territoire de l'un des États membres sont désormais soumis aux prescriptions contenues dans le texte de la directive, vraisemblablement dans la version de la loi de transposition du lieu de leur établissement. Les limites du domaine matériel de la directive impliquent qu'il appartient aux prestataires de s'interroger sur la loi applicable à toutes les questions non réglées par elle.

c.2. Les contrats de consommation

Les contrats de consommation reçoivent dans la directive un traitement différent des contrats commerciaux. Ils sont exclus de l'application des articles 3.1 et 3.2 (art. 3.3, renvoyant à l'annexe 1). Dans la mesure où la directive prévoit des dispositions matérielles affectant les contrats de consommation, leur application ne sera pas soumise à la disposition analysée ci-dessus. À leur égard, l'application des règles de la directive est donc nettement plus simple. Une fois transposée, la directive se transforme en un certain nombre de dispositions de droit national. L'application de ces dernières dépendra des règles de rattachement régissant la matière contractuelle, c'est-à-dire la Convention de Rome. Mais apparemment le contenu des règles de rattachement de la Convention de Rome n'est pas si éloigné du système d'applicabilité de la directive, du moins pour le commerce électronique...

La mise en œuvre de la Convention de Rome à l'égard des contrats de consommation conclus sur Internet a fait l'objet d'une analyse précédente⁹⁵ ou cours de laquelle il a été démontré que l'Internaute jouira rarement de la protection offerte par l'article 5 de celle-ci. Ainsi, ces contrats relèveront plus fréquemment des dispositions générales des articles 3 (autonomie de la volonté) et 4 (la loi applicable à défaut de choix étant celle avec laquelle la situation présente les liens les plus étroits). À l'égard des consommateurs, l'application de la directive transposée sera tributaire soit de la volonté des parties, soit du lieu d'établissement du prestataire⁹⁶, s'il ne remplit pas les conditions de l'article 5 de la Convention de Rome. Or l'alternative entre l'exercice de l'autonomie de la volonté et l'application de la transposition de la directive au prestataire établi sur son territoire constitue justement le système mis en place par la directive elle-même pour le prestataire de service concluant un contrat commercial! Le consommateur se retrouve donc soumis aux dispositions transposant la directive aux mêmes conditions que le prestataire de service⁹⁷ concluant un contrat commercial mais à un titre différent. Pour lui, les règles de droit international privé se trouvent dans la Convention de Rome alors que pour le prestataire concluant un contrat commercial, elles se trouvent dans la directive.

Si les deux cas de figure donnent en définitive des résultats sensiblement similaires, l'utilité de l'article 3.1 peut être mise en cause, tant en raison de sa complexité, qu'en raison du caractère hypothétique de son effet utile.

90. Exposé des motifs du Conseil publié en annexe de la position commune sur la directive commerce électronique, J.O., 2000, L 128/48-50, spéc. p. 49.
91. Par exemple : la loi applicable au contrat est la loi du lieu d'établissement du prestataire de l'obligation contractuelle du contrat (voir art. 4 de la Convention de Rome).
92. Par exemple, la loi belge sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive est applicable aux concessions exécutées en tout ou en partie sur le territoire belge (art. 4 de la loi du 27 juillet 1961 : cette disposition n'octroie que cette loi et ne permet pas de désigner la loi d'un autre État ou même de définir les conditions d'applicabilité d'une autre loi belge).
93. Art. 1.4 : « la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions ».
94. On se souviendra également des conditions de sa mise en œuvre. Elle n'interviendrait en effet qu'en cas d'équivalence des législations nationales en cours, équivalence vérifiée dès lors que le législateur communautaire a pris soin d'harmoniser ces lois par voie de directive.

95. *Supra*, point 1.c.2.
96. On se souvient que l'article 4.2 de la Convention présume que les liens les plus étroits se confondent avec le lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique du contrat.
97. Cette affirmation méritait certaines nuances puisqu'il faudrait tenir compte de l'intervention éventuelle de l'article 7 de la Convention de Rome pour le contrat de consommation.

La révolution d'Internet ?



Entre révolution démocratique, révolution industrielle, révolution sexuelle, révolution féministe, révolution post-moderne et fin de la guerre froide, ces derniers siècles furent légèrement mouvementés. Il ne manquait plus que la révolution des médias... Et la globalisation.

Mais s'agit-il bien de révolution ? Internet participe certes de ces deux phénomènes et en constitue d'ailleurs l'un des moteurs. Ses implications sur le plan sociologique, une fois mesurées, seront certainement passionnantes. Ses implications sur le plan juridique ne manquent pas d'intérêt. Mais la problématique du droit international privé ne donne pas envie de grimper sur les barricades. L'analyse qui précède rappelle simplement que la problématique est incontournable.

En attendant une (peu probable) uniformisation mondiale des lois matérielles, il faut accepter l'existence de frontières, factuelles et donc juridiques. Leur tracé change, devenant sans doute plus régional que mondial. Mais leur existence est indéniable. La proposition de codes de conduite, d'une lex commune ou de mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges peut, dans une certaine mesure, atténuer ce phénomène mais non le supprimer⁹⁸. Au contraire, la réalité actuelle, à savoir l'extension de l'espace de mobilité matérielle et virtuelle des individus, accentue la nécessité de prendre en

considération l'existence de conflits de lois. Il la rend, d'un point de vue qualitatif, plus aiguë et d'un point de vue quantitatif, plus importante.

Les difficultés rencontrées dans cette étude n'en sont pas moins les questions classiques du droit international privé. On pourrait les ranger en deux sous-catégories appartenant toutes à une classification plus générale, celle de la définition du contenu des règles de droit international privé⁹⁹. Les premières concernent le choix des facteurs de rattachement. Le contexte d'Internet révèle le caractère inadéquat de certains facteurs de rattachement qui peuvent s'avérer soit totalement artificiels, soit impossibles à localiser, soit sans rapport avec la situation. On se souviendra des questions soulevées à propos de facteurs comme le lieu de l'offre ou de conclusion du contrat. Ce type de questions marque néanmoins toute l'histoire du droit international privé. Il s'agit toujours de trouver un facteur de rattachement représentatif de la situation et ne manant pas à des aberrations¹⁰⁰. Les secondes entourent l'impact du contenu des règles de droit international privé sur les politiques législatives poursuivies. Les règles de droit international privé conditionnant l'application dans l'espace des lois qu'un législateur édicte, elles déterminent pour une bonne part l'efficacité de celles-ci.

En cela, elles participent pleinement à

l'accomplissement des objectifs politiques du législateur. Les règles contenues dans les directives sur la protection du consommateur illustrent cet impact. Le législateur communautaire entend étendre sur le territoire des États membres un certain seuil de protection du consommateur. En harmonisant ces règles, il s'assure que tous les États membres offrent une même protection minimale au consommateur. Tant que la loi de l'un de ses États membres est applicable, les objectifs du législateur communautaire sont atteints¹⁰¹. Par contre, l'application de la loi d'un État tiers prive entièrement sa réglementation d'effet utile. Dès lors, il tente de parer à cette application, à tout le moins dans une certaine mesure.

La véritable originalité rencontrée au cours de cette étude provient du phénomène communautaire. Ce dernier engendre la multiplication des sources législatives, ayant force obligatoire sur un même espace territorial, ce qui semble parfois d'une extrême complexité. Mais à ce sujet également, la clé se trouve apparemment dans une des méthodes classiques du droit international privé, à savoir la définition précise des conditions d'application spatiale des textes législatifs. Ici la question de contenu (quel facteur de rattachement en fonction de tel objectif politique) se double d'une question

de méthode (adoption de règles d'application ou de règle de rattachement, sous forme de Convention, de loi spécifique ou dans les textes législatifs eux-mêmes)¹⁰².

Il est à craindre qu'au terme de cet article, le lecteur trouve le droit international privé bien complexe. En réalité, il n'en est rien. L'impression de complexité que donne l'état actuel du droit international privé d'Internet résulte plus d'une politique législative maladroite que de la nature du droit international privé. Ce dernier constitue un outil législatif indispensable, extrêmement efficace lorsque son utilisation est judicieuse¹⁰³. Si les États entendent réguler les activités se déroulant sur Internet, la réalisation de leurs objectifs politiques dépend, sans doute aucun, en grande partie des provisions de droit international privé dont ils assortiront leur action. Derrière ces questions qui semblent a priori purement techniques, se cachent des questions de pouvoir.

Le pouvoir, au vrai, ne se trouve pas qu'entre les mains des autorités législatives. Il est en concurrence et ainsi nettement relativisé par celui des techniciens d'Internet. Ceux qui déterminent la configuration technique des réseaux¹⁰⁴ sont sans doute les seuls à pouvoir provoquer la révolution...

101. Même si les différences de transposition peuvent mettre ce résultat en péril.

102. Sur les questions de méthodes d'applicabilité du droit communautaire dérivé v. : J. FAUON et S. FRANCO, « Towards... » (supra note 63) ; J. FAUON et S. FRANCO, « Perspectives de réforme... » (supra note 88).

103. Soutenant l'efficacité et la légitimité l'approche législative unitaire des États : J. GOLDSMITH, « Unilateral Regulation of the Internet : A modest Detour », *European Journal of International Law*, 2000, pp. 135-148.

104. A ce sujet v. : Y. BENNETT, « Internet Regulation : A Case Study in the Problem of Unilateralism », *European Journal of International Law*, 2000, pp. 149-169, spéc. p. 162 et s. L'auteur présente certains efforts législatifs faits en Europe (France, Allemagne, Union européenne). Sa lecture de la directive commerce électronique semble trop générale.