

L'ADAPTABILITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE DANS UN MONDE VIRTUELLE NUMÉRIQUE

Cristian Sorin CODAȚ
Diana Sophia CODAȚ

Le commerce électronique s'inscrit dans le cadre d'une véritable mutation sociétale dont la clé de voute résulte de l'information et des communications électroniques. Les premiers réseaux étaient fermés et réservés aux acteurs d'un secteur d'activité (banque, transports, maritimes, automobiles, grande distribution), avec les transactions électroniques en environnement ouvert, les questions juridiques prennent une autre tournure, d'autres contours : les Etats entendent ne pas perdre une once de leur souveraineté et un droit matériel du commerce international électronique se dessine peu à peu¹. Or, les principes de libre échanges et de liberté d'établissement se manifestent aussi bien dans le marché intérieur européen fondé sur la liberté de circulation (personnes, biens, services et capitaux), que dans le cadre de l'OCDE et de l'OMC qui prône le libre échange et l'interdiction des barrières douanières ou autres restrictions quantitatives à l'entrée des marchés.

Par commerce électronique, il faut entendre la banalisation de pratiques, sans distinction a priori qu'elles possèdent un caractère international ou pas, selon lesquelles dans le but, voulu ou non, de produire des effets juridiques, des éléments d'information sont échangés, transmis ou enregistrés sous une forme dématérialisée (messages électroniques, fichiers) au lieu d'être confiés au support papier dont ils étaient jusque-là indissociable². Les échanges électroniques générés sur les réseaux numériques possèdent intrinsèquement en

1 E. Caprioli, *Aperçu sur le droit du commerce électronique (international)*, en *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2004, p.248.

2 V. Gautrais, G. Lefebvre, *Droit du commerce électronique et normes applicables, l'émergence de la lex electronica*, Paris, 2005, p. 324.

germe la mondialisation, même si de nombreuses transactions commerciales s'effectuent encore sur le plan local. Ils tendent à renouveler les problématiques juridiques internationales³. Ces échanges sont quasi-instantanés et peuvent être initiés de n'importe quel point du globe pour peu que l'on dispose des moyens nécessaires. Pour compliquer la donne, à la dématérialisation des échanges s'ajoutent l'interactivité et l'introduction des liens hypertextes sur les pages des sites Web.

Actuellement, au sein de la société de l'information, il est piquant d'observer un phénomène nouveau ou les Etats, conscients des enjeux, sont résolument décidés à agir sur le terrain de la localisation des rapports de droit et en régulant la circulation transfrontières des échanges de données qui s'opèrent en un trait de temps relativement bref et qui ne permet donc plus un contrôle physique. Leur action se situe en amont, par le biais de l'élaboration d'un cadre normatif. D'un autre coté, les différents systèmes judiciaires sont appelés à trancher les litiges relatifs à ces nouvelles réalités juridiques sur le fondement des règles de conflits en vigueur. Mais, outre les délocalisations possibles des prestataires de services de la société de l'information, notamment les fournisseurs d'accès et d'hébergement, il reste que les personnes, elles-mêmes deviennent nomades grâce à la portabilité des terminaux de communication (téléphones mobiles, ordinateurs portables). On peut désormais échanger et contacter de n'importe quel point du globe et à n'importe quel moment. Tout ceci permet non seulement la traçabilité de l'individu mais également sa localisation géographique (le système américaine GPS et le système européen Galileo⁴).

S'agissant des questions relatives au droit international privé, actuellement, il n'existe pas de droit conventionnel international spécifique, de sources véritables autonomes pour le commerce électronique. En revanche, au niveau européen, un véritable droit substantiel et harmonisé de la société de l'information est en cours de construction et de transposition dans les

³ Voir notamment: *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offerts à Bethold Goldman*, Litec, Paris, 1987.

⁴ J.Huet, *La problématique juridique du commerce électronique*, RJ com, 2006, n° spécial, p. 17.

Etats membres⁵. Envisagé sous cet angle, on peut considérer que l'on assiste à un renouvellement des sources tant en droit privé, qu'en droit public via les règlements et les directives européens. Pourtant, sauf dans les domaines du droit d'auteur⁶, des données personnelles⁷ et de la cybercriminalité⁸, en ce qui concerne le droit uniforme internationale du commerce électronique, il existe encore des règles internationales relevant du droit mou. Ces instruments prennent, pour l'essentiel, la forme de lois-types, de recommandations, de contrats-types ou de lignes directrices. Pour le reste, on peut estimer que le phénomène de la dématérialisation des supports papier n'affecte pas le *negotium* et qu'en conséquence de nombreuses conventions internationales demeurent applicables aux opérations juridiques sous-jacentes.

L'utilisation de l'Internet confère-t-elle une spécificité telle que les règles juridiques existantes seraient impuissantes voire inaptées parce qu'inadaptées à régir correctement les comportements et les activités des acteurs du commerce électronique? Il sera nécessaire d'identifier et de localiser correctement les acteurs, de préciser et de prouver l'existence et le contenu de leurs volontés et de leurs actions surtout que de nombreux conflits peuvent naître dans les différentes occasions :

- le contrat de vente de biens corporels, ou l'Internet joue le rôle de vecteur d'information pour l'échange de consentement et la formation du contrat. Seule la forme du contrat est dématérialisée, son existence n'en est pas moins réelle.
- le contrat de prestations de services qu'il ait pour objet la régie et l'achat d'espaces publicitaires en ligne, l'accès ou l'hébergement de sites et de pages Web, etc.
- le contrat de location de logiciels en ligne pour un temps déterminé.
- les délits civils ou commerciaux, tels que la contrefaçon de marque ou

⁵ La directive européenne n°1999/13/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

⁶ Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés le 20 décembre 1996, www.wipo.int.

⁷ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janvier 1981, www.conventions.coe.int.

⁸ Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, www.conventions.coe.int.

la violation d'un droit de propriété intellectuelle ou du droit d'usage d'un signe distinctif (nom de domaine) ; l'atteinte à la vie privée.

- les infractions pénales : la diffamation, la contrefaçon, la diffusion de messages violents, raciste, antisémites ou pornographiques, la publicité trompeuse ou l'escroquerie.

Dés lors que l'on se place dans un contexte international, les problèmes juridiques classiques perdurent. Quelle que soit la situation juridique en cause (contractuelle ou délictuelle, transaction en ligne ou physique – le juriste est toujours confronté à des questions identiques : quel tribunal doit saisir ? Quelle loi s'applique ?

En matière contractuelle, selon H. Batiffol, « Les contrats et les actes juridiques en général, engendrent plus d'incertitude encore, comme suffit à le démontrer l'évolution qui s'est refusée à les localiser d'office au lieu de leur conclusion: ce lieu est souvent accidentel par rapport aux intérêts en jeu et effectivement un acte de volonté est un phénomène immatériel qui de soi, n'est pas lié à un lieu plutôt qu'à un autre »⁹. Ainsi, la détermination de la loi applicable s'opère en fonction de la loi choisie par les parties ou, à défaut, selon les règles de conflit de lois de la juridiction saisie.

Les critères de rattachement au regard des obligations contractuelles issue du contexte électronique ont des règles divers. Une constante est présente au sein des conventions internationales relatives à la détermination de la loi applicable : le critère de rattachement est celui qui résulte de la volonté des parties, la loi d'autonomie¹⁰. En l'absence de choix des parties, les solutions se trouvent dans les conditions de rattachement prévues. La Convention de La Haye (art.3) prévoit que c'est la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande qui s'applique à la vente. En revanche, la loi du pays de l'acheteur s'applique si c'est dans ce pays que la commande a été reçue par le vendeur.

A défaut de choix par les parties, la Convention de Rome (art.4.1) prévoit que la loi applicable est celle du pays avec lequel le contrat présente les

⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 2002, p. 13.

¹⁰ En application de l'article 2 pour la Convention de La Haye et de l'article 3 pour la Convention de Rome, voir J. M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 2000.

Dans les plus étroits. L'article 4.2. pose comme présomption que c'est le pays de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique¹¹, c'est-à-dire le pays du vendeur ou du prestataire de service.

Il en découle, en principe, que les deux Conventions (La Haye pour les ventes et Rome pour les obligations contractuelles) conduisent généralement au même résultat : c'est la loi du pays du vendeur ou du prestataire qui s'applique au contrat, qu'elle soit désignée et imposée comme choix par le fournisseur, ou à défaut de choix, qu'elle s'impose par le rattachement objectif ou la location dans le pays de la résidence habituelle du vendeur ou du prestataire.

Avec les contrats conclus en ligne, la règle de conflit est délicate à mettre en œuvre puisqu'il faudra déterminer le lieu de conclusion du contrat, ce qui implique que l'on identifie les parties et que l'on détermine le lieu où elle se trouve au moment de la conclusion du contrat. En effet, selon certains systèmes juridiques, c'est le système de l'offre permanente (ex. : France, Italie) selon d'autres (ex. : Royaume Uni, Allemagne) c'est celui de l'invitation à pourparler. Le lieu de conclusion du contrat pourra être celui du pays du vendeur ou celui de l'acheteur.

Au regard du commerce électronique le choix de la loi applicable ne soulève aucune observation particulière. Les contrats conclus en ligne, il faudra néanmoins être en mesure de prouver l'acceptation par l'autre partie des dispositions relatives à la loi applicable au contrat. LA preuve de l'acceptation de la loi applicable au contrat peut se faire par tous moyens entre commerçants. Elle peut résulter tout d'abord des traces laissées sur divers supports informatiques utilisés pour la passation de la transaction.

On peut a fortiori considérer que la règle de conflit établie par la Convention de Rome, désignant la loi du pays du débiteur de la prestation caractéristique comme applicable puisque dans le commerce électronique, la résidence ou l'établissement du vendeur ainsi que l'établissement du prestataire de service sera facilement identifiable.

D'autant qu'il est légitime de penser que les informations relatives au

¹¹ M.-E. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2003, p.371.

siège social et à la raison sociale du contractant doivent figurer sur le site du fournisseur de service de l'Internet dans les Etats membres de l'Union européenne.

Du point de vue du contrat conclu par les consommateurs, la Convention de La Haye ne propose aucune disposition applicable au consommateur. Seule la Convention de Rome comporte une règle spécifique protectrice des intérêts du consommateur. La Convention de Rome pose le principe de la priorité du droit communautaires (art 20- La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes).

L'application des règles protectrices repose sur la prise en considération des circonstances dans lesquelles est intervenue la négociation et la conclusion du contrat. Le consommateur peut, en effet, bénéficier de la protection des dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Trois modalités particulières de formation du contrat conditionnent le bénéfice de la protection et sont octroyées au consommateur « passif » par opposition au consommateur « actif »

Si la conclusion du contrat a été précédée dans le pays de la résidence habituelle du consommateur « d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays tous les actes nécessaires à la conclusion du contrat » ;

Ou si le professionnel a reçu la commande dans le pays de la résidence habituelle du consommateur ;

Ou si la vente de marchandises est conclue à l'occasion d'un voyage organisé par le vendeur « à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure la vente ».

Il est évident qu'en ce qui concerne le commerce électronique international, seule la première modalité de conclusion est pertinente...

Lorsque l'on se trouve dans une telle situation, voici quelle sont les règles de désignation du droit applicable.

En cas de choix de la loi applicable par les parties, l'article 5 f 2 permet

ne faire échec à la loi choisie si elle est moins favorable au consommateur. Cela ne nous paraît soulever aucune difficulté vis-à-vis au contrat électronique, mais il faut relever que cela n'équivaut pas à la désignation de l'application complète de la loi du consommateur.

Lorsque le contrat ne mentionne pas de loi, l'article 5 f 3 dispose que la loi applicable est la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur, si la conclusion du contrat correspond aux circonstances indiquées dans l'article 5 f 2,1.

Il est clair en tout cas que la règle internationale de la Convention de Rome est d'application complexe et ne satisfait ni les professionnels et encore moins les consommateurs, estimant que les dispositions protectrices sont insuffisantes.

En tout état de cause un texte communautaire ne concernerait que les rapports intra-communautaires, et ne résoudrait en rien la problématique à l'échelon mondial. Seule une convention internationale pourrait retenir le critère du pays de destination du message ou du site Web, sans égards à l'accomplissement des actes de conclusion du contrat dans un pays donné.

En cas de choix de la loi du pays du vendeur ou du prestataire, le consommateur qui a été sollicité, en fonction du critère de la destination du message ne devrait pas pouvoir être privé des dispositions protectrices de la loi du pays de sa résidence habituelle.

En l'absence de choix dans le contrat, la loi applicable pourrait être, si le consommateur a été sollicité, la loi du pays de sa résidence habituelle, s'il ne l'a pas été, la loi du pays du vendeur.

Bibliographie

- [ANC03] **M.-E. Ancel**, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2003.
- [BAT02] **H. Batiffol**, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 2002.
- [CAP04] **E. Caprioli**, *Aperçu sur le droit du commerce électronique (international)*, en *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn* : Litec, Paris, 2004.
- [CON01] Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janvier 1981, www.conventions.coe.int.
- [CON01] Convention sur la cybercriminalité, Budapest, 23 novembre 2001, www.conventions.coe.int.
- [GAU05] **V. Gautrais, G. Lefebvre**, *Droit du commerce électronique et normes applicables, l'émergence de la lex electronica*, Paris, 2005.
- [JAC00] **M. Jacquet**, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 2000.

The adaptability of the legal system in a virtual digital world (Abstract)

This article presents an initial legal structure built on the European policy on traceability of legal liability, or civil penalties for various Internet services and electronic trade. The main problems in this work try to find an answer to the legal system capacity to be adapted to the virtual world new challenge as well as to what extent the Hague and Rome Conventions managed to achieve a framework for trans-European legal responsibility. What are the weaknesses of these conventions? The dematerialization of writing (the paper absence as a support for the contracts, the decision rhythm, an electronic signature but also the opportunity to come into contact with strangers anywhere in the world are challenges for the legal system). The legal framework should not be an obstacle in the development of e-commerce, if the international instruments governing the new technologies of information and communication are well-adapted and updated.

Mots-clé: système juridique, adaptabilité, monde virtuelle numérique, commerce électronique, convention