

Université PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
Droit – Economie – Sciences Sociales

LE CONTRAT DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE INTERNATIONAL

Thèse pour le doctorat en droit
(Arrêté du 30 mars 1992 sur les études doctorales modifié par l'arrêté du 25 avril 2002)

Présentée et soutenue publiquement

Par

Chiheb GHAZOUANI

Le 16 mai 2008

JURY :

Directeur de Thèse :

M. Jérôme HUET Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Membres du Jury :

Me Eric CAPRIOLI Docteur en droit, Avocat à la Cour

M. Georges DECOCQ Professeur à l'Université de Paris-Val-de-Marne Paris XII

M. Jérôme HUET Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

M. Hervé LECUYER Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

M. Jérôme PASSA Professeur à l'Université René Descartes Paris V

**L'Université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) Droit-Economie-Sciences sociales
n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les
thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.**

RÉSUMÉ DE LA THÈSE

La problématique soulevée dans cette étude est de savoir dans quelle mesure les règles classiques du droit international privé sont aptes à régir le contrat de commerce électronique international. La réponse à cette problématique s'articule autour des grandes divisions du droit international privé à savoir la détermination du rattachement normatif et le rattachement juridictionnel de ce contrat.

En ce qui concerne le rattachement normatif ou **la loi du contrat**, la solution diffère selon que l'on envisage la question sous l'angle communautaire ou extracommunautaire, et selon qu'il s'agit d'un consommateur ou d'un professionnel.

Quant au rattachement juridictionnel ou **le juge du contrat**, la solution dépend du choix d'un juge étatique ou d'une juridiction non étatique. Saisi d'un litige, le juge étatique, le médiateur ou l'arbitre désigné par les parties a pour mission principale de le résoudre. Cette intervention suppose qu'il apporte non seulement des solutions légales et équitables mais surtout efficaces et effectives. Il en va de l'avenir du commerce électronique international.

PLAN SOMMAIRE

Première Partie

LA LOI DU CONTRAT

Chapitre I

Le rattachement normatif dans l'espace communautaire

Chapitre II

Le rattachement normatif dans l'espace extracommunautaire

Deuxième Partie

LE JUGE DU CONTRAT

Chapitre I

Le rattachement juridictionnel

Chapitre II

L'efficacité du rattachement juridictionnel

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
1^e Partie : La loi du contrat	33
Chapitre I : Le rattachement normatif dans l'espace communautaire ...	35
Section I : Le contrat électronique entre professionnels	36
§I : Le rattachement subjectif	38
A- Désignation de la loi applicable	39
1. Désignation de la loi applicable au contrat électronique entre professionnels dans la Convention de Rome	39
2. Désignation de la loi applicable au contrat électronique entre professionnels dans le projet de règlement Rome I	42
B- Mise en œuvre de la loi désignée.....	46
1. La preuve du consentement à la clause de désignation de la loi applicable.....	46
2. Les conséquences de la mise en œuvre de la loi désignée	48
a- Les conséquences théoriques	48
b- Les conséquences pratiques	50
<i>i-</i> La validité des clauses d'élection de la loi applicable lorsqu'elles sont insérées dans des accords distincts.....	50
<i>ii-</i> L'incorporation par référence.....	51
<i>iii-</i> L'élection du droit dans les conditions générales des sites internet....	52
§II : Le rattachement objectif	55
A- La loi du fond.....	55
1. La loi du débiteur de la prestation caractéristique.....	56

a.	La justification de l'abandon des critères classiques.....	56
b.	La consécration du nouveau critère.....	58
2.	L'indétermination de la prestation caractéristique.....	61
a.	Les indices contractuels de rattachement.....	62
b.	Les critères tenant aux circonstances de la cause.....	63
3.	La désignation de la loi du fond dans le projet de règlement Rome I.....	68
B-	La loi de la forme.....	69
1.	Désignation de la loi de la forme.....	69
2.	Mise en œuvre de la loi de la forme.....	71
a.	La signature électronique.....	73
<i>i-</i>	Exposé technique.....	75
<i>ii-</i>	Exposé théorique.....	78
b.	La preuve de l'engagement électronique.....	82
<i>i-</i>	Le régime légal de la preuve électronique en droit français.....	84
<i>ii-</i>	Le régime légal de la preuve électronique en droit comparé.....	91
<i>iii-</i>	L'archivage de l'écrit électronique.....	93
c.	L'acte authentique électronique.....	96
<i>i-</i>	Le cadre légal de l'acte authentique électronique.....	98
<i>ii-</i>	Les conditions de validité de l'acte authentique électronique.....	99

Section II : Le contrat électronique de consommation.....103

§I : La Notion de consommateur.....105

A-	En droit français.....	106
B-	En droit européen.....	111
C-	En droit comparé.....	113

§II : La Détermination du droit applicable au contrat électronique de consommation.....115

A.	La désignation de la loi applicable au contrat de consommation dans la Convention de Rome.....	115
1.	Exposé des règles de désignation de la loi applicable au contrat électronique de consommation.....	115

2. Appréciation des règles de désignation de la loi applicable au contrat électronique de consommation.....	120
B. La désignation de la loi applicable au contrat de consommation dans la proposition de Règlement Rome I.....	123
1. Présentation des nouvelles solutions.....	124
2. Appréciation des nouvelles solutions.....	126

Section III : L'encadrement communautaire du contrat électronique...130

§I : Les règles générales.....	131
A. La formation.....	131
1. L'offre.....	132
a. L'internationalité de l'offre électronique.....	132
b. Les modalités de l'offre électronique.....	134
<i>i.</i> L'offre au public : la page web.....	135
<i>ii.</i> L'offre à personne déterminée : l'e-mail.....	139
c. Les conditions de validité de l'offre électronique.....	143
2. L'acceptation.....	146
a- L'acceptation passive.....	147
b- L'acceptation active.....	153
<i>i.</i> Le clic ou l'acceptation simple.....	153
<i>ii.</i> Le double clic ou l'acceptation confirmée.....	155
<i>iii-</i> L'acceptation confirmée par l'offrant.....	158
B. L'exécution.....	160
1. Le paiement.....	161
a. Les instruments du paiement électronique.....	162
<i>i-</i> Le paiement par carte bancaire.....	163
<i>ii-</i> La monnaie électronique.....	165
b. Les moyens de sécurisation du paiement électronique.....	169
<i>i-</i> Les moyens techniques.....	170
α.La cryptologie.....	170
β. La certification.....	173
<i>ii-</i> Les moyens juridiques.....	175

α. La preuve du paiement électronique.....	175
β. La protection de l'acheteur dans le paiement électronique.....	181
2. La responsabilité contractuelle.....	185
3. La révision du contrat.....	189
§II : Les règles propres aux consommateurs.....	192
A. L'information du consommateur dans l'offre électronique.....	192
1. L'objet de l'obligation d'information.....	193
a. Les fondements de l'obligation d'information.....	193
b. Le contenu de l'obligation d'information.....	195
c. L'appréciation de l'obligation d'information dans les contrats électroniques.....	197
2. La sanction de l'obligation d'information.....	201
B. Les règles spéciales relatives à la livraison des produits achetés.....	206
C. La rétractation.....	209
1. Les fondements de la faculté de rétractation.....	212
a. Les fondements théoriques du droit de rétractation.....	212
b. Le fondement fonctionnel du droit de rétractation.....	218
<i>i-</i> Le rétablissement de l'équilibre contractuel.....	218
<i>ii-</i> La consécration du déséquilibre contractuel.....	221
2. Les modalités d'exercice de la faculté de rétractation.....	225
a. Le principe.....	225
<i>i-</i> La consécration de la faculté de rétractation en matière de vente à distance.....	226
<i>ii-</i> Les conditions d'exercice de la faculté de rétractation.....	229
b. Les exceptions.....	235

Chapitre II : Le rattachement normatif dans l'espace extracommunautaire

.....	239
Section I : La localisation du contrat électronique.....	240
§ I : Les solutions concevables.....	242
A. Le cyberspace.....	242
A. Le Lieu d'exécution de l'obligation.....	244
§ II : La solution convenable.....	246
A. Le lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique.....	246
B. Mise en œuvre de la localisation du contrat électronique international.....	248
1. Les critères de localisation du lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique.....	248
2. Les difficultés de localisation du lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique.....	253
a. Les difficultés théoriques.....	254
b. Les difficultés pratiques.....	256
Section II : Les modes de rattachement du contrat électronique.....	261
§ I – Le rattachement concerté.....	261
A. Le choix d'une loi étatique.....	262
1. La Consécration de la loi d'autonomie en droit français.....	263
a. Les dispositions conventionnelles.....	263
b. Les dispositions spéciales.....	266
2. La Consécration de la loi d'autonomie en droit comparé.....	270
B. Le choix d'une norme non étatique.....	272
1. Admissibilité du contrat sans loi.....	272
a. Le contrat sans loi devant les juridictions étatiques.....	273
b. Le contrat sans loi devant les juridictions arbitrales.....	277
2. Admissibilité du choix des usages en tant que loi du contrat électronique.....	280
a. La notion de lex electronica.....	280

<i>i.</i> Une norme supplétive.....	281
<i>ii.</i> Les éléments de la <i>lex electronica</i>	287
α. L'élément matériel de la <i>lex electronica</i>	287
β. L'élément psychologique de la <i>lex electronica</i>	288
b. Les sources de la <i>lex electronica</i>	293
<i>i-</i> Les sources institutionnelles.....	294
α. La loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	294
β. Les principes de l'UNIDROIT.....	296
<i>ii.</i> Les sources contractuelles.....	299
α. Les contrats types.....	299
β. Les codes de conduite.....	306
γ. Les conventions sur la preuve.....	308
c. Appréciation de la <i>lex electronica</i>	311
<i>i.</i> Intérêts de la <i>lex electronica</i>	312
α Les intérêts théoriques.....	312
β.. Les intérêts pratiques.....	315
<i>ii.</i> Limites de la <i>lex electronica</i>	319
§ II – Le rattachement imposé.....	322
A. La loi désignée par les règles de conflit.....	322
1. Les règles de conflit en droit français.....	323
2. Les règles de conflit en droit comparé.....	328
3. Les règles de conflits en matière d'arbitrage.....	331
a. Exposé Théorique.....	332
b. Solutions pratiques.....	334
B. Les lois de police.....	337
1. Les lois de police de protection du consommateur.....	340
2. Les lois de police d'organisation du marché électronique.....	344
a- Les règles impératives en matière de droit commun de la concurrence....	344
b- Les règles impératives en matière de distribution.....	346
<i>i.</i> La distribution sélective.....	346
<i>ii.</i> La distribution de produits pharmaceutiques.....	348

c- Les ventes aux enchères électroniques.....	351
CONCLUSION de la 1^e Partie.....	354
2^e Partie : Le juge du contrat.....	356
Chapitre I : Le rattachement juridictionnel.....	359
Section I : Le juge étatique.....	361
§I : En présence d'une clause d'attribution de compétence.....	362
A. L'admissibilité de la forme électronique de la clause attributive de compétence...	362
B. Le régime juridique de la clause attributive de compétence.....	366
1. Le contrat électronique entre professionnels.....	367
a. Le régime de la clause attributive de juridiction en droit communautaire.....	368
<i>i.</i> Le choix du tribunal de l'une des parties.....	368
<i>ii.</i> Le choix d'un tribunal étranger aux parties.....	372
b. Le régime de la clause attributive de juridiction en droit comparé.....	378
2. Le contrat électronique de consommation.....	380
§II : En l'absence d'une clause attributive de compétence.....	384
A- Le rattachement juridictionnel dans l'espace communautaire.....	385
1. Les contrats électroniques entre professionnels.....	387
a. La compétence de principe.....	387
b. La compétence alternative.....	389
2. Le contrat électronique de consommation.....	395
B- Le rattachement juridictionnel en dehors l'espace communautaire.....	399
1. La compétence de droit commun des tribunaux français en matière de litiges extracommunautaires	399
a- Compétence du juge français en tant que juge du lieu du domicile du défendeur.....	400

b- Compétence du juge français en tant que juge d'exécution de l'obligation contractuelle.....	401
<i>i-</i> Compétence du juge du lieu de la livraison effective de la chose....	402
<i>ii-</i> Compétence du juge du lieu d'exécution de la prestation de service.....	405
2. La compétence exclusive des tribunaux français.....	408
3. Les solutions de droit comparé.....	411
a. La réglementation nord américaine.....	411
<i>i-</i> En droit américain.....	411
<i>ii-</i> En droit québécois.....	416
b. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988.....	418
c. Le projet de convention mondiale sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers.....	421

Section II : Le juge non étatique.....424

§ I : L'arbitre en ligne.....425

A. Le régime juridique de l'arbitrage en ligne.....	426
1. L'arbitrage contraignant.....	427
a. Les conditions de forme.....	427
b. Les conditions de fond.....	429
2. <i>L'arbitrage non contraignant</i>	432
B. La pratique de l'arbitrage en ligne.....	433
1. Le déroulement de l'arbitrage en ligne.....	433
2. Les expériences de cyber-tribunaux.....	436
3. Le panel de l'U.D.R.P.....	438
a. Spécificités de la procédure UDRP.....	439
b. Appréciation de la procédure UDRP.....	442
<i>i.</i> Arbitrage et procédure UDRP.....	442
<i>ii.</i> Médiation et procédure UDRP.....	444

§II : Les modes de règlement amiables.....445

A. Présentation des procédures amiables de règlement des litiges en ligne.....	447
---	-----

1. Notion de procédures amiables de règlement des litiges en ligne.....	447
2. Expériences de procédures amiables de règlement des litiges en ligne.....	452
B. Déroulement des procédures amiables de règlement des litiges en ligne.....	457
1. La négociation en ligne.....	457
2. La cyber-médiation.....	458

Chapitre II : L'efficacité du rattachement juridictionnel.....462

Section I : L'efficacité de la protection des parties au contrat électronique.....463

§I : L'efficacité du recours à la justice.....	464
A. Le recours au juge étatique.....	464
B. Le recours au juge non étatique.....	471
1. L'efficacité de l'arbitrage.....	472
a. L'efficacité de l'arbitrage en ligne.....	472
b. L'efficacité de l'insertion de clauses compromissoires dans les contrats électroniques.....	474
<i>i-</i> L'efficacité de la clause compromissoire stipulée entre professionnels.....	474
<i>ii-</i> L'efficacité de la clause compromissoire stipulée dans les contrats de consommation.....	477
α. Les considérations doctrinales.....	477
β. Les solutions légales.....	481
c. L'aménagement d'une option en faveur de l'internaute.....	486
<i>i-</i> Exposé de la théorie de l'aménagement d'une option en faveur de l'internaute.....	486
<i>ii-</i> Appréciation de la théorie de l'aménagement d'une option en faveur de l'internaute.....	487
2. L'efficacité des MARL.....	490
a. L'adoption des MARL.....	490
b. Les limites à l'efficacité des MARL.....	493

§II : L'effectivité de La protection du consommateur	498
A. Appréciation de la définition légale du consommateur.....	498
1. Délimitation de l'objet de la protection.....	499
a. Le consommateur abusé.....	500
b. Le consommateur abusif.....	508
2. Approche critique de la notion de consommateur.....	514
a-L'adhérent : le contractant oublié.....	514
b-L'approche prospective.....	517
B. Efficacité de la protection du consommateur par la notion d'activité dirigée.....	521
C. Appréciation de la mise en œuvre des normes impératives applicables au contrat électronique.....	527

Section II : L'effectivité de la décision.....530

§I : Les mesures conservatoires et provisoires	531
A. Objet des mesures provisoires et conservatoires.....	532
B. Efficacité des mesures provisoires et conservatoires.....	534

§II : L'exécution de la décision	536
A- L'exécution des décisions judiciaires.....	537
1. L'effet des jugements étrangers en France.....	537
a. L'effet des jugements communautaires en France.....	537
b. L'effet des jugements extracommunautaires en France.....	541
2. L'exécution des décisions françaises à l'étranger.....	544
3. Les initiatives d'harmonisation internationale.....	546
a. Les travaux de la conférence de la Haye.....	547
b. Les initiatives de la CCI.....	548
c. Les travaux de l'American Bar Association.....	549
d. La dématérialisation des décisions de justice.....	549
B- L'exécution des décisions extrajudiciaires.....	550
C- Les moyens de contrainte.....	559

CONCLUSION de la 2^e Partie.....562

CONCLUSION GENERALE.....563

BIBLIOGRAPHIE.....568

**ANNEXE I : Résolution législative du Parlement européen du 29 novembre 2007
européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi
applicable aux obligations contractuelles (Rome I).....601**

Vu : Le Président du Jury

M. Jérôme HUET

Vu : Les membres du Jury

M. Eric CAPRIOLI

M. Georges DECOCQ

M. Hervé LECUYER

M. Jérôme PASSA

VU et permis d'imprimer : Le Président de l'Université Panthéon Assas (Paris II) Droit-
Economie-Sciences Sociales