UNIVERSITÉ DE TOULON

CDPC JEAN-CLAUDE ESCARRAS UMR 7318

ÉCOLE DOCTORALE 509 « Civilisations et sociétés euro-méditerranéennes et comparées »

Laboratoire : Centre de Droit et Politique Comparés Jean-Claude Escarras

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée par :

Khair Al Deen Kadhim OBBED

Soutenue le: **28/06/2016**

Pour obtenir le grade de Docteur en droit privé

Spécialité : Droit international privé

Les effets de l'Internet sur les règles de conflit de compétence internationale

Comparaison entre les droits irakien, français et américain

THÈSE dirigée par :

M. le Professeur Vincent ÉGÉA Professeur, Université d'Aix-Marseille

M. Guillaume PAYAN Maître de conférences, Université de Toulon

JURY :

M. Ronan RAFFRAY	Professeur, Université de Bordeaux Président (Rapporteur)
M. Walid Ben HAMIDA	Maître de conférences, Université d'Evry (Rapporteur)
M. Vincent ÉGÉA	Professeur, Université d'Aix-Marseille, Directeur de thèse
M. Guillaume PAYAN	Maître de conférences, Université de Toulon, Directeur de thèse

DÉDICACE

À tous ceux qui souhaitent ma réussite et ceux qui m'aiment

REMERCIEMENTS

Je tiens à présenter mes sincères remerciements à mes directeurs de recherche, Monsieur Vincent ÉGÉA et Guillaume PAYAN pour leur conseils judicieux, leur patience, leurs encouragements et leur disponibilité.

Je tiens à remercier également Madame le Professeur Maryse BAUDREZ et Monsieur le doyen, le professeur Thierry DI MANNO, pour leur aide, ainsi que leur soutien.

Un grand merci à l'Université de Toulon qui m'a accueilli et m'a permis de vivre l'une des plus belles expériences de ma vie. Aussi, un tout grand merci à l'ensemble de l'équipe du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras pour son aide.

Enfin, merci à Monsieur Abbasse MOUHMED pour son aide.

SOMMAIRE

DÉDICACES **1**

REMERCIEMENTS **2**

SOMMAIRE **3**

RÉSUMÉ **5**

ABSTRACT **6**

INTRODUCTION **7**

1ÈRE PARTIE : L'ABSENCE D'HARMONISATION ENTRE LA NATURE DES RÈGLES DE CONFLIT DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE ET LES PRATIQUES SUR INTERNET **33**

TITRE 1 : LA NATURE TECHNIQUE DES REGLES DE CONFLIT DE COMPETENCE INTERNATIONALE EN DROIT IRAKIEN ET COMPARE 37

Chapitre 1 : Les aspects de la rigidité et de la flexibilité des règles de conflit de compétence en droit américain *39*

Chapitre 2 : Les aspects de la rigidité et de la flexibilité des règles de conflit de compétence internationale en droit irakien et français *82*

Conclusion Titre 1 ..... *116*

TITRE 2 : L'IMMIXTION DE LA SPHERE VIRTUELLE DANS DES REGLES DE CONFLIT DE COMPETENCE INTERNATIONALE ... 117

Chapitre 1 : La problématique de la localisation du contrat virtuel en droit irakien *119*

Chapitre 2 : Les conséquences de l'immixtion de la sphère virtuelle *163*

Conclusion Titre 2 ..... *208*

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 209

2ÈME PARTIE : LES INSTRUMENTS PERMETTANT DE DEPASSER LES OBSTACLES DE LA SPHERE VIRTUELLE **211**

TITRE 1 : L'EVOLUTION DE L'ATTRIBUTION CONVENTIONNELLE DU CONTRAT VIRTUEL 214

Chapitre 1 : L'atténuation de l'élément d'extranéité *216*

Chapitre 2 : Les traits du développement de localisation du contrat virtuel *254*

Conclusion titre 1 ..... *292*

TITRE 2 : L'ESSOR DES CLAUSES ATTRIBUTIVES DANS LES CONVENTIONS INTERNATIONALES 293

Chapitre 1 : Les caractéristiques de l'évolution : la validité formelle des clauses attributives *295*

Chapitre 2 : L'évolution de la validité au fond des clauses attributives *336*

Conclusion Titre 2 ..... *381*

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 383

CONCLUSION GÉNÉRALE **384**

BIBLIOGRAPHIE **393**

1. OUVRAGES 393
2. ARTICLES ET COMMUNICATIONS 402
3. CONVENTIONS INTERNATIONALES 413
4. CODES ET LEGISLATION 414
Iraq *414*
France *414*
Autres *414*
5. JURISPRUDENCE 415
Union Européenne *416*
Canada *418*
États-Unis *418*

ANNEXES 420

Code civil, 1951 ..... *420*

INDEX 425

TABLES DES MATIÈRES 427

RÉSUMÉ

La législation irakienne définit le contrat comme étant l'union d'une offre faite par la partie contractante avec l'acceptation d'une autre partie et ce de manière à établir les effets dans l'objet du contrat. Ainsi, la place occupée par le contrat de vente en droit irakien est importante. Lorsque les parties relèvent d'ordres juridiques différents, leurs rapports sont régis par le droit international privé, qui détermine le tribunal apte à trancher le litige.

Cette thèse de doctorat vise alors à vérifier la capacité à appliquer les règles de conflit de compétence internationale en droit irakien sur des contrats « virtuels » ou dématérialisés. Comme nous le verrons, dans ce domaine, « virtuel » ne veut pas pour autant dire que ce contrat n'est pas réel, comme le spécifie très clairement la loi irakienne. Il reste rattaché au territoire. Le problème est que le droit irakien, en ignorant les notions de frontière et de territorialité, ne reconnaît pas sa propre « immatérialité ». Cette réalité dans les textes et la pratique implique que les opérations qui se produisent sur Internet ne sont pas prises en compte par les règles de conflits de compétence internationale. C'est la raison pour laquelle nous avons souhaité vérifier et comprendre la capacité et l'effectivité des règles de conflit de compétence internationale dans le cadre de litiges sur Internet.

Ce faisant, nous espérons mettre en lumière les règles les plus appropriées, qui correspondent le mieux à la nature du contrat virtuel, à savoir son immatérialité. Pour ce faire, nous entreverrons quelques développements sur les litiges de l'Internet. Ainsi nous disposons de deux domaines de recherche : un premier au niveau de la législation nationale, comme le droit français et le droit américain ; un deuxième au niveau des conventions internationales, comme les conventions des Nations-Unies en 2005, la convention de la Haye en 2005, la convention de Bruxelles en 1968 ou encore les règlements de Bruxelles 2000 et 2012.

ABSTRACT

Iraqi law defines the contract as the union of an offer made by the contracting party with the acceptance of another party and that in order to establish the effects in the contract. The place of the sales contract under Iraqi law is important. When the parties come from different legal orders, their relations are governed by the private international law which determines the court will decide. This thesis research aims to test the ability to apply the international rules of conflict of jurisdiction under Iraqi law on the virtual contract, which is paperless. We shall see, this is not to mean however that the contract is not real, as clearly specifies Iraqi law. It remains attached to the territory. In contrast, the Iraqi law does not recognize its immaterial that meanwhile ignores borders and notions of territoriality.

This reality in the texts and practices therefore makes transactions that occur on the Internet are not taken into account by the rules of international jurisdiction conflicts. That is why, we wanted to check and understand the capacity and effectiveness of international jurisdiction conflict rules in the context of Internet disputes.

So we will try to find the most appropriate rules, consistent with the nature of the virtual contract, namely its immateriality. This search will reveal developments in litigation of the Internet. Thus, it takes two directions: first at the national legislation, such as French and US law. Second, at the stage of international conventions such as the United Nations Conventions 2005, Hague Convention, the Brussels Convention 1968 and the 2000 and 2012 regulations.

INTRODUCTION

1. En tout premier lieu, pour comprendre la nature des règles de conflit de compétence internationale irakienne, nous devons présenter l'origine historique des règles du droit civil, du fait que ce dernier représente une référence à ces règles. Dès lors, nous avons placé au début de cette introduction, une genèse du droit civil irakien nous permettant d'en appréhender l'évolution et le fonctionnement et, de la sorte, de jeter des bases solides à notre étude.

Genèse du droit civil irakien

2. Dans le système juridique irakien, il n'existe aucun Code de droit international privé. En vérité, comme de nombreux aspects de la vie du pays, le système légal irakien a été touché par une variété de cultures et de pays qui ont cherché à jouer de leur influence sur son développement. Dès lors, afin de comprendre parfaitement la culture légale irakienne, il est important de prendre du recul et de regarder au-delà du territoire et du temps. Nous allons par exemple nous attarder sur les influences européennes et américaines, ou plus proches, celles des pays arabes tels que l'Égypte[1].

3. L'Iraq est connu pour avoir abrité l'un des plus anciens Codes de loi du monde : le Code d'Hammourabi ; encore qu'il ne s'agisse pas d'une codification dans le sens d'un Code légal systématisé. Il s'agissait d'une liste de lois émise par le roi afin d'assurer la justice dans le pays, de détruire les mauvais et le diable, et d'empêcher les plus forts d'oppresser les plus faibles[2]. C'était alors une vision très tribale de la justice. Toutefois, l'Iraq possède une longue et intéressante histoire de codification. À l'instar de son paysage politique, les aspects légaux irakiens ont été en constante évolution depuis leur début. À

[1] R. GEORGES, *Ancient Iraq,* Penguin Books, 3e édition., 2002, p .202; H. AL DABBAGH, « Regard critique sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien », *Revue internationale de droit comparé, R.I.D.C. 3-2006,* p.885s.
[2] *Ibid*.

partir du mandat britannique, en passant par son indépendance naissante, et même dans son état plus contemporain, une variété importante de forces externes et internes a façonné le développement de la loi irakienne. De tous ces facteurs, deux éléments de sa législation ressortent le plus de par leur influence : le Mejelle[3] et le Code civil Egyptien.

4. À la construction de l'Iraq, et une fois sous mandat britannique, la loi ottomane, incluant le Mejelle[4], était devenu la loi prédominante. Bien que les britanniques aient essayé de diminuer l'influence de cette loi ottomane, et d'imposer un code similaire à celui mis en place en Inde (Le code des territoires occupés d'Iraq), le Mejelle est resté la norme à Baghdad. L'influence du Mejelle s'est également faite ressentir dans d'autres régions irakiennes. Ainsi, le Code des territoires occupés d'Iraq fut rapidement aboli et le Mejelle a refait surface comme la base officielle pour le droit civil irakien. À l'opposé des autres régions de l'Empire Ottoman, qui essayèrent de mélanger la loi française et islamique, l'Egypte adopta complètement le droit français, en raison de sa plus grande liberté au sein de l'Empire, et des liens très faibles qu'elle entretenait avec lui.

5. Au début du 20ème siècle, comme beaucoup de pays du Moyen Orient, le paysage légal irakien sera caractérisé par divers lois et Codes légaux, principalement hérités des gouvernements ottomans successifs. Néanmoins, la cohésion de ces lois n'était pas au rendez-vous, et la majorité d'entre elles n'étaient plus suffisantes pour réguler leurs propres missions. Jwaideh[5] en conclut que :

---

[3] Alors que l'empire Ottoman était en train de decliner au cours des 18ème et 19ème siècles, l'Europe occidentale connaissait des avancées au niveau juridico-légal avec des avancées assez compréhensives en ce qui concerne sa codification. Les ultans ottomans de cette période, au regard des pays européens, vont commencer à réaliser quelques réformes juridiques incluant des codifications d'ordre juridique. Ces codifications ottomanes étaient principalement des adaptations des codes français, en y incluant directement des lois sur le droit matériel. Toutefois, au niveau les exceptions à cette dépendance sur le droit français étaient les domaines des contrats et des délits . Là, le gouvernement ottoman a choisi de tenter une codification de style européen de la loi islamique de l'école hanafite. Ce code, promulgué en 1869, devait être appelé le Mejelle. Pour davantage d'informations, voir : Herbert J. LIEBESNY, *Impact of Western Law in the Countries of the Near East*, 22 GEO. WASH. L. REV. 127, 130 (1953).

[4] Le code civil en vigueur dans l'Empire ottoman de 1869 en avant. Le Mecelle-i Ahkam- i Adliye couvre les contrats, délits, et certains principes de procédure civile. Dérivé de la jurisprudence hanafite, il représente la première tentative d'un Etat islamique à codifier une partie de la charia. L'Oxford Dictionnaire de l'Islam, source en ligne : http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1492.

[5] Z. E. JWAIDEH, *le nouveau Code civil de l'Irak*, 22 GEO. WASH. L. REV. (1953). 176 s.

« *The conditions under which these laws had been enacted had completely changed and legislation for a new and unified civil code became a necessity.*[6] »

6. En réponse à ce déséquilibre juridique, la quête de l'Iraq vers une codification de sa justice commença en 1933, lorsqu'un groupe de juristes irakiens se réunit et étudia le statut de la loi irakienne afin d'offrir leurs conclusions. Comme pour l'Egypte, ce premier comité va rencontrer une forte opposition des leaders religieux, qui rejettent tout changement des lois précédentes, dérivées des sources légales islamiques. De cette opposition résulte l'abandon de tout essai de codification du système juridique irakien, et mènera à la dissolution du comité[7]. Le second essai de codification arrive en 1936, sous l'impulsion d'un nouveau comité travaillant sous le leadership d'Abd Al Razza Al Sanhuri. Ce dernier travaillait alors comme doyen du Collège de droit irakien. Accompagné de ses collègues, il prépara un projet sur le Code civil. Cependant, le projet fut interrompu en raison de tensions politiques et momentanément sabordé[8]. Finalement, en 1943, plus d'une décennie après la première tentative, un réel élan fut donné pour la mise en œuvre d'un Code irakien moderne. De retour en Iraq, Al Sanhuri sera invité par le gouvernement pour terminer son travail. Travaillant comme président du comité des juristes irakiens, utilisant le Code civil Egyptien comme modèle, il fut dans la capacité de terminer son essai qui deviendra le Code civil moderne qu'attendait le pays. Il fut édicter le 8 septembre 1951 et prit effet deux ans plus tard en 1953[9].

7. Al Sanhuri indiqua que le Mejelle serait utilisé comme source première pour le Code civil du pays, mais que ce dernier devait être utilisé dans un style de codification plus continental. Il précisa également que quelques lois en pratique avaient révoqué certaines parties du Mejelle et devaient être prises en compte dans le nouveau Code. Les dispositions contenues dans cette proposition furent prises à côté de celles présentes dans le Code Égyptien, qui n'était en vérité qu'une sélection des Codes les plus développés d'Europe ou d'Occident. Aussi la grande majorité de ces dispositions dérivait des lois islamiques avec ses différentes écoles, sans préférence pour l'une ou l'autre. Cette proposition mettait tous

[6] Traduction : « Les conditions dans lesquelles ces lois avaient été adoptées avaient complètement changé et la législation pour un nouveau code civil et unifié était devenu une nécessité. »
[7] *Ibid*., p. 178.
[8] *Ibid*.
[9] *Ibid*.

les efforts de son côté pour faire la synthèse parfaite entre la loi islamique et les lois occidentales. La dualité de ces sources devait presque être imperceptible.

8. Le Code civil irakien est divisé en une partie préliminaire et deux autres parties. Chaque partie principale est composée de deux livres. La partie préliminaire contient les définitions et les principes généraux trouvant écho dans l'ensemble du Code. La partie I du Code et ses deux livres adressent les obligations en général et les sous-éléments de la loi, tels que les contrats, les délits et les enrichissements injustes. La partie II avec ses deux livres se focalise sur la propriété, la possession, et les droits réels[10]. La partie préliminaire du Code civil irakien consiste en 72 articles et une série de dispositions générales au regard de problèmes tels que l'application de la loi, le conflit de lois et de compétence, les personnes, les choses et la propriété[11]. C'est dans la section initiale que le Code met en jeu les définitions basiques des termes et articule les idées de base qui sont d'application générale tout au long du Code. Plus concrètement, il commence par identifier les sources de loi[12].

9. Les dispositions du Code civil irakien spécifient très clairement que les dispositions écrites dans le Code civil sont prédominantes. Toutefois, lorsque la loi écrite ne se prononce pas sur un certain sujet, les tribunaux irakiens décident en accord avec appréciation des coutumes et usages[13]. Dans le cas contraire, c'est la loi islamique qui prédomine et qui décide du jugement. Dans tous les cas, les tribunaux peuvent observer les principes d'équité dans leurs prises de décision. Pour toutes les instances, les tribunaux irakiens peuvent être guidés par la jurisprudence du pays et celle d'autres pays avec un système légal relativement similaire à celui de la Nation[14]. Cette hiérarchie des sources est clairement basée sur le droit civil des États européens tels que la France. Toutefois, comme il le fit avec le Code civil Egyptien, Al Sanhuri intégrera quelques principes légaux islamiques, ici et là quelques principes légaux islamiques, en acceptant que ceux-ci puissent être une seconde source pour le droit[15]. En faisant référence aux lois islamiques, le

[10] *Ibid*. p. 177.
[11] *Ibid*. p. 179.
[12] O. ARABI, « *Al-Sanhūrī's Reconstruction of the Islamic Law of Contract Defects* », 6:2 J. *Islamic Studies* 153, p.167 (1995) (citant Al Qānūn al-Madanī, No. 40, Baghdad: al-'Ānī Press, 1951, 4).
[13] Z. E. JWAIDEH. *Op. cit.*, p.184-185.
[14] Code Civil irakien, arts. 1-72.
[15] Z. E. JWAIDEH. *Op. cit.*, note 45. p. 181.

Code civil irakien note qu'en l'absence de dispositions ou lois coutumières, un tribunal peut regarder vers la sharia, mais ne peut pas être lié à un seul courant jurisprudentiel. Jwaideh déclarera que cela était probablement inclus comme l'assurance que la population Shiite, qui est liée à la jurisprudence islamique, ne soit pas limitée à l'école de droit Hanafi comme avec le Mejelle[16]. En comparant les sources de droit irakiennes à celles correspondant aux articles Égyptiens, Kristen Stilt conclut :

> « *The main difference [in the Iraqi Code] from the Egyptian Code is the provision that the principles could come from any school, which is an explicit recognition and inclusion of Sunni and Shi'ite jurisprudence. In Egypt Al-Sanhūrī had objected to such a clause on the grounds that it was redundant in a country of Sunnis, since a principle by definition rose to the level of uniform acceptance across the Sunni schools. In the case of Iraq, however, the failure of a Sunni-dominated government to include such a provision would be understood as an intentional and unacceptable exclusion of Shi'ites.*[17] »

[16] *Ibid*.
[17] *Ibid*. note 56, p.747s. « La principale différence [dans le Code irakien] à partir du code égyptien est la disposition que les principes pourraient venir de toute l'école , qui est une reconnaissance explicite et une inclusion de la jurisprudence sunnite et chiite. En Egypte, Al - Sanhuri était opposé à une telle clause au motif qu'il était redondant dans un pays de sunnites, depuis un principe, par définition, qui est passé au niveau de l'acceptation uniforme dans les écoles sunnites. Cependant, dans le cas de l'Irak, le fait d'inclure une telle disposition a été interprété comme une exclusion intentionnelle et inacceptable des chiites de la part d'un gouvernement dominé par les sunnites. » Traduction personnelle de l'arabe au français.

10. Fondamentalement, le droit est défini dans la doctrine civiliste comme un ensemble de règles servant à organiser et réguler les relations et les comportements en société. Ainsi, le droit peut être considéré comme :

> « *… une règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense.*[18]»

11. Partant d'une réflexion sur la communication et les questions morales, selon M. Deflem, le sociologue et philosophe Jùrgen Habermas[19] considère le droit comme une jonction indispensable entre les systèmes politiques et économiques[20]. Il institue un certain ordre, un fonctionnement normatif, essentiels à la régulation des relations sociales. Pour ce philosophe, dans une vision systémique du droit, les contestations sont inévitables, voire indispensables. En effet, les manifestations de contestations, si elles ne perturbent pas l'ordre juridique établi, peuvent être considérées comme symboliques et participant à la légitimité démocratique du droit.

12. Quant à elle, la notion de compétence est associée à l'exercice effectif du pouvoir juridictionnel et ce, en fonction des limites territoriales. Que ce soit sur la base des lois, des Constitutions nationales, des traités ou des accords (régionaux ou internationaux), un tribunal dispose dans son arsenal d'une attribution de compétence. D'un point de vue de *ratione personae* ou de *ratione materiae*[21], la notion de compétence est omniprésente et structure géographiquement l'administration de la justice. Ainsi, il s'agit de délimiter les sujets ou matières qui peuvent être traités par les différentes juridictions. Autrement dit, les tribunaux ne sont pas compétents pour juger de tous les litiges. De plus, la contingence, la

[18] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 27e éd., 2002, p.66.
[19] Né en 1929, Jürgen Habermas a enseigné la philosophie et de sociologie à l'université de Francfort (Allemagne) et écrit de nombreux ouvrages relatifs à la morale, l'éthique et aux théories du langage et de la communication. Ses théories sont généralement axées vers une approche éthique cognitiviste, déontologique et universaliste, plutôt qu'émotive, substantielles et relativiste.
[20] M. DEFLEM, « La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jùrgen Habermas », dans *Déviance et société* 18, 1994. p.95s.
[21] « Compétence personnelle », « compétence d'attribution » et « compétence territoriale ».

complexité et la contradiction sont trois aspects qui influençant fortement la notion de compétence, tout autant que sa construction juridique. Dès lors, cette dernière est en constante évolution au fil des décisions des juridictions.

13. Il est à préciser que les niveaux d'application des règles de droit international privé sont nombreux. Entre les plans mondiaux et régionaux, en passant par le niveau national, l'application de la justice peut parfois présenter un certain désordre. Bien qu'une unification totale ne soit pas réellement possible, ni même peut-être souhaitable, il convient cependant d'organiser l'ensemble des interactions. Celles-ci dépassent largement les frontières des États et s'aperçoivent de plus en plus à une échelle internationale, en partie du fait de la facilité de déplacement. Mais, elles sont également favorisées par l'essor des nouvelles technologies (citons, par exemple, Internet).

14. Face à cette tendance, il existe deux principaux parti-pris : soit universaliste, soit souverainiste. Au niveau mondial, un principe général pourrait être établi, basé sur la règle de compétence universelle[22]. Il s'agirait alors d'une justice sans frontières. Cependant, elle possède ses détracteurs et n'est pas toujours applicable. Sa généralisation soulève de nombreuses questions, notamment le fait qu'une telle règle se doit d'être appliquée de manière homogène et globale dans tous les pays (sans exception). Également, il convient d'éviter à tout prix la propension à faire du *forum shopping*[23].

15. Ainsi, la hiérarchie entre le niveau national et international peut correspondre plus à une complémentarité qu'à une primauté de la justice internationale sur les tribunaux des États (exemple en droit français, le principe visé à l'article 55 de la Constitution)[24]. D'ailleurs, la souveraineté des tribunaux nationaux est pleinement inscrite dans les conventions internationales[25]. Les critiques de l'éthique universaliste mettent généralement en lumière les risques liés au despotisme et à l'impérialisme. Cette approche est parfois

[22] La compétence exercée par un État qui poursuit les auteurs de certains litiges, quel que soit le lieu où le litige a été commis, et sans égard à la nationalité des parties .
[23] Le forum shopping est un terme informel anglais de droit international privé, traduit en français par élection de juridiction . En ligne: http://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/forum-shopping-course-aux-tribunaux.html. (consulté le 16/02/2016).
[24] l'article 55 de la Constitution fraçaise dispose que :
Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.
[25] Comme nous le verrons en deuxième partie.

considérée comme une forme de néocolonialisme[26]. Aussi, ses détracteurs prennent l'exemple d'un des États les plus puissants, à savoir les États-Unis. Ces derniers refusent totalement le modèle pyramidal universaliste, puisqu'ils laissent une certaine marge de manœuvre aux différents États fédérés. Nous voyons donc toute la difficulté de gérer les interactions au niveau international et mondial.

16. Comme nous pouvons le constater, la question de la compétence est centrale dans notre travail. Généralement, l'évocation du droit international privé conduit à penser que les règles de compétence des tribunaux sont déployées de manière homogène à une échelle internationale. Néanmoins, ce n'est généralement pas le cas. Chaque État possède ses propres règles qui régissent l'application de la compétence au niveau national et international, et par conséquent, qui encadrent les différents types conflits de compétence. Dans un contexte international, les règles de compétence posent de nombreux problèmes lors de conflits, principalement au regard du choix du for. En effet, ce dernier engendre des conséquences et des décisions relativement différentes d'un pays à l'autre. Chacun ayant sa propre législation, on aperçoit de nettes divergences en matière de droit interne, mais également de règle de compétence. Bien que la compétence juridictionnelle soit hautement régulée, dans un environnement où les interactions sont immatérielles (c'est le cas pour le commerce sur Internet, par exemple), gérer les conflits de compétence prend parfois une tournure délicate. Dans les affaires internationales, la divergence des règles internes engendre donc un travail de réflexion poussé quant à l'application du droit.

17. Dans le cadre d'un conflit de compétences international, trois principales tendances peuvent être aperçues en matière de règles déterminant la compétence des tribunaux. Une première approche considère que les principes de compétence sont établis par chaque États. Ceux-ci mettent donc en place leurs propres procédures. Dans cette optique, les dispositions et les réglementations nationales en matière de compétence sont automatiquement employées, sans prendre en considération les règles internationales. La deuxième approche considère le conflit de compétence comme un conflit entre les souverainetés. Dans ce cas, ici encore, c'est la législation nationale qui se doit de régler le conflit, soit au regard des personnes, soit du territoire. Finalement, une dernière théorie met

[26] M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* n°1, 2004, p.7.

en avant le conflit par rapport à la distribution du pouvoir judiciaire au sein même d'un État. On bascule alors dans les règles nationales de compétence, qui se distinguent des règles de compétence internationale. Dès lors, dans ce cas, c'est le principe basé sur le caractère raisonnable qui prime, ensuite celui de l'équité et de l'efficacité[27].

18. Depuis la fin des années 1990, au regard de l'essor du commerce sur Internet, de nouvelles préoccupations ont vu le jour. En effet, certains risques juridiques sont inhérents au commerce dématérialisé. La vente de produits et de services en ligne possède ses propres caractéristiques, relativement différentes des flux physiques du commerce traditionnel. Bien que ce dernier ne soit pas dénué de risques, notamment dans le cas d'une vente de produits défectueux par exemple, l'exploitation du commerce en ligne étend plus largement les aspects territoriaux[28]. Il devient alors impossible de se cantonner uniquement au droit national. Les caractéristiques du web, principalement son accessibilité, engendrent une possibilité plus qu'hypothétique que, lors d'un litige, les responsables soit poursuivi devant une juridiction étrangère.

19. D'autres risques sont aussi présents du côté des consommateurs[29]. En effet, leur sécurité n'est pas toujours assurée, lors d'un achat en ligne, par les législations nationales. Ainsi, par exemple, le consommateur peut se retrouver avec un jugement effectué dans un tribunal d'un autre État que le sien. À ce sujet, la Commission fédérale du commerce des États-Unis a fait remarquer que l'application stricte des législations nationales ne serait pas forcément une approche avantageuse pour les consommateurs. Dans son rapport concernant la protection des consommateurs sur le marché électronique mondial, il est indiqué que :

> « *l'adoption d'une approche axée uniquement sur le pays d'origine pour faire face aux défis inhérents au système actuel risque de miner la protection des consommateurs, et, en bout de ligne, leur confiance dans le commerce électronique. Il en irait de même d'une approche axée sur les 'stipulations du vendeur' dans la mesure où*

[27] M. Miura, (*Judicial jurisdiction in Japanese conflict of Law: Status*, 21 AM . Uni. L. Rev. 522-542. 1972. p. 524 s

[28] M. GEIST, « Y a-t-il un « là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet », (article), Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, 2001. p.1 s.

[29] « Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Juridiquement, le consommateur doit être distingué du professionnel » : selon le droit français.

elle permettrait au vendeur de dicter des clauses de choix de loi et des clauses attributives de juridiction ayant pour effet de contourner les protections essentielles assurées aux consommateurs dans leur pays ou de les priver du droit d'intenter des poursuites devant les tribunaux locaux.[30] »

20. Notons que l'intensification des échanges commerciaux sur le web a pour conséquence directe une augmentation des activités internationales. Dès lors, il est évident que le nombre de litiges internationaux soit également (et proportionnellement) en constante augmentation. La mondialisation influe forcément sur l'organisation sociale, mais également les systèmes de droit, nationaux et internationaux. Le cadre juridique traditionnel est largement débordé. Par conséquent, les outils et les sources de droit ne sont pas toujours suffisants pour encadrer correctement les litiges internationaux et gérer efficacement les conflits de compétences. En supplément, avec la sphère internet et les comportements que l'on y trouve, il devient de plus en plus difficile de répondre à certaines questions liées à la détermination des conditions à remplir pour appliquer la compétence d'une juridiction. Il s'agit aussi de savoir quand et comment les tribunaux d'un État obtiennent les compétences dans le cadre d'un litige international. Selon cette situation et depuis l'émergence d'Internet, on peut même parler d'une érosion du lien entre le territoire et la compétence. Elle s'aperçoit autant dans la question de l'application de la compétence, que dans la compétence elle-même. En fait, cette dernière est traditionnellement encadrée par le principe de souveraineté. Ainsi, Internet éclate totalement les limites des frontières étatiques, et par conséquent des droits et juridictions au niveau national. Dans ce contexte, Sassen souligne que :

« *la mondialisation a fortement influencé la déréglementation d'un large éventail de marchés, des secteurs économiques, des frontières nationales et, également, au niveau de la privatisation des entreprises publiques et des opérations. Ces phénomènes érodent clairement la juridiction de l'État, en supprimant certains objets relatifs à l'autorité étatique.*[31] »

---

[30] US Federal Trade Commission - Bureau de la protection des consommateurs, la protection des consommateurs dans le marché électronique mondial*: Perspectives d'avenir (Staff Report)*, 2000, p.7. [En ligne] www.ftc.gov. (consulté le 15/02/2016).

[31] S. SASSEN, *Territory, authority, Rights: from medieval to Global Assemblages*, 2ème ed., 2006. à ce sujet, voir aussi T. SCHULTZ, « Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface », *The European Journal of International Law*, 19 n°4, 2008.

21. Ces deux phénomènes totalement liés, l'essor d'Internet et la mondialisation, font évoluer rapidement les réalités. C'est pourquoi, les systèmes juridiques doivent constamment s'adapter, se réorganiser et s'harmoniser afin de tendre vers une plus grande adéquation avec les réalités actuelles. Soulignons également que l'ampleur et la rapidité des développements technologiques rendent parfois très vite une loi obsolète. Il s'agit donc de créer en permanence de nouveaux éléments, principes et règles législatives. Pour le professeurs Karim Seffar et Karim Benyekhlef, la complexité inhérente au commerce électronique

> « *a donné lieu, ces dernières années, à des débats qui mettent en cause l'inadaptation des règles traditionnelles au commerce électronique et la nécessité de se mettre en conformité avec les nouvelles transformations qui bouleversent les concepts familiers aux juristes*.[32] »

22. En théorie, cette démarche d'évolution semble normale et logique, mais en pratique, cela n'est pas aussi aisé. Une des principales difficultés est liée à l'harmonisation qui n'est pas encore mise en œuvre au niveau du droit international. Comme nous l'avons souligné, il s'agit de garder un équilibre entre le principe de souveraineté et l'éthique universaliste.

23. En matière de conflit de compétence internationale dans le cadre d'une affaire de commerce en ligne, les difficultés sont encore plus présentes. En effet, puisque le principe qui sous-tend l'attribution d'une compétence correspond à la territorialité, nous nous devons de mettre en lumière la délicate question de l'application d'une telle règle dans un univers totalement dématérialisé. Sachant que, en droit international privé, l'objectif généralement poursuivi est de désigner précisément le siège du rapport de droit, comme le souligne Savigny dans sa célèbre formule[33]. De même, les démarches effectuées par le tribunal pour déterminer s'il possède ou non la compétence deviennent automatiquement plus complexes. Cette démarche est cependant essentielle afin de connaitre les procédures qu'il convient d'appliquer dans l'affaire en cours[34].

---

[32] K. SEFFAR et K. BENYEKHLEF, *Commerce électronique et normativités alternatives*, 2006, p.353. [En ligne] www.uoltj.ca (consulté le 15/02/2016).
[33] Cité par B. HAFTEL, *Droit international privé immatériel*, 2014, p.1. [En ligne] www.henricapitant.org (consulté le 17/02/2016).
[34] C. KESSEDJIAN, Compétence Juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, Conférence de La Haye de droit international privé, 1997, p.4.

24. Alors que le droit est très attaché au fait et à la réalité des choses, Internet peut être souvent considéré comme une sphère où les choses peuvent sembler impalpables et irréelles. Nous voyons donc à quel point il est ardu de traiter de ces deux sujets : d'un côté, l'univers immatériel du web et, de l'autre côté, l'univers factuel du droit et des règles de compétence internationales. Un autre aspect de cette difficile application du droit international dans le cyberespace est mis en lumière par le professeur Karim Benyekhlef. Selon ce spécialiste canadien,

> « *Le droit international privé est un droit sophistiqué dont l'appareillage théorique semble bien complexe pour régler les conflits qui peuvent survenir à la suite d'une transaction électronique*.[35] »

25. Par la suite, il soulève, à juste titre, la problématique du manque de souplesse du droit dans un tel contexte. En effet, les règles mises en place par le législateur national sont généralement rigides[36]. L'objectif qu'il poursuit en réalité est d'ancrer une autorité sur l'ensemble de son territoire. La question du territoire est donc au centre du débat, que ce soit pour le législateur, le juge ou les parties prenantes dans l'affaire. Mais, cette réalité est inexistante sur Internet. Dans une toute autre démarche, de nombreuses conventions internationales ont mis en lumière la place importante de la volonté des parties. Un tel principe est par essence nettement plus flexible que les critères liés à la territorialité.

26. Face à ces deux tendances (d'un côté, une rigidité absolue ou presque, et de l'autre, une certaine flexibilité donnée aux parties), le législateur ne doit pas seulement réorganiser ou adapter les règles législatives en la matière, mais également se poser des questions plus larges, au niveau du sens et de l'éthique. Dans cet environnement, les concepts qui lui semblaient familiers, tels que le territoire par exemple, deviennent difficiles à délimiter. La question que nous nous posons est donc de savoir comment prendre en considération cette tendance, afin d'adapter les règles internationales en matière de conflit de compétence. Très clairement, les règles de conflit de compétence internationales traditionnelles ne sont plus adéquates à l'environnement du digital. La transformation des comportements, tant

---

[35] K. BENYEKHLEF, « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridiction dans le cyberespace », in Vincent Gautrais (dir.), *Droit du commerce électronique*, Éditions Thémis, 2002, p.140.s.

[36] La rigidité en droit international privé, selon nous, est basée sur la facilité avec laquelle on localise les litiges de droit international privé.

ceux des consommateurs que ceux des entreprises, amène le législateur à changer les éléments des droits nationaux, tout autant qu'internationaux.

27. Dans le cadre d'un litige international, bien que le droit international privé soit d'application, ce sont généralement les tribunaux nationaux qui prennent l'affaire en charge. Cependant, lorsque le conflit est lié à une transaction sur Internet, l'enjeu est de mettre en œuvre des procédures justes au regard des liens internationaux en présence. Quel tribunal est compétent ? C'est l'une des principales questions à laquelle il convient de répondre avant d'entamer toute procédure juridique. À ce titre, nous soulignons que de nombreux débats internationaux étaient concernés par le principe de compétence. Que ce soit dans le projet de Convention de La Haye sur les accords d'élection de for (2005)[37] ou le projet de l'American Law Institute (ALI)[38], la compétence et les procédures lors de jugements étrangers sont largement remis en question. Ainsi, puisqu'il est normal d'apercevoir une certaine variabilité dans les lois d'un État, nous devons nous pencher tout d'abord sur les règles elles-mêmes. Aussi, leur fondement et les divergences entre les législations nationales en matière de gestion de conflit de compétence seront au centre de notre questionnement.

Méthodologie

Le choix des pays de comparaison

28. Dans cette thèse, nous examinons les règles de conflit de compétences internationale dans une vision comparative par rapport à trois pays : la France, les États-Unis et l'Irak. Aussi, lorsque le cas se présente nous n'hésitons pas à enrichir nos propos en prenant des exemples tirés du droit belge et du droit québécois. Nous avons sélectionné ces pays pour plusieurs raisons :

29. Tout d'abord, la France est un pays appartenant à l'Union européenne, qui comprend des pays industrialisés. Cette caractéristique est importante, puisque le e-

[37] Comme nous le verrons en deuxième partie.
[38] En ligne ; https://www.ali.org/. consultant le (13/03/2016).

commerce est un phénomène extrêmement présent dans les pays industrialisés en raison de la facilité d'accès au réseau de télécommunications et à la présence massive des technologies de l'information. Les États-Unis ont également été choisis comme comparant pour cette étude, car l'Internet s'est largement développé dans ce pays, où il a d'ailleurs pris toute son ampleur. Finalement, l'Irak est le troisième pays que nous avons choisi car c'est notre pays et que nous souhaitons éclairer les pratiques en la matière eu égard aux lois et au droit des deux autres nations précitées dans ce paragraphe.

30. La comparaison entre les règles d'attribution de compétence, telles qu'elles sont appliquées dans trois pays distincts, nous semble particulièrement intéressante. En effet, elle permet de mettre en évidence un large éventail de solutions par rapport à une même problématique. Afin de mener une réflexion de fond, pertinente et cohérente, nous devons prendre conscience des particularismes qui existent dans chaque système juridique, mais également des points communs qu'ils partagent. Cette approche est, bien évidemment, essentielle lorsque l'on souhaite aborder les problèmes liés aux contrats de vente virtuels dans le droit international privé.

Intérêt de la recherche comparative

31. Bien que de nombreuses études aient été réalisées sur la thématique d'Internet en Irak[39], nous n'avons pas trouvé de publication spécialisée dans notre discipline, c'est-à-dire centrée sur les conflits relevant de la compétence internationale. Notre objectif est de mieux cerner les effets d'Internet sur des règles de conflit de compétences internationales. Dans une vision plus large, notre intérêt se porte sur l'harmonisation et la modernisation de la théorie de compétence internationale, tout en restant en adéquation avec les règles et les conventions internationales qui encadrent ce domaine.

32. Ainsi, notre sujet de recherche est justifié par le fait d'analyser les différents aspects juridiques des règles de conflit de compétences internationales, ainsi que leur

[39] Z. K . ANZI, les problèmes juridiques des contrats électronique en termes de temps et de lieu du contrat et la preuve. édition 1. 2010 ; F. H. JAWAD, les sites Web et les droits de propriété intellectuelle, première édition, la Maison de la Culture de l'édition et de la distribution - Amman - Jordan,2010. J. Al-SAADI, les problèmes du contractant via ligne, la première édition bibliothèque Sanhoori. 2011.

développement. Pour ce dernier, notre recherche se focalise sur les conséquences que produit l'utilisation massive d'Internet sur les principes généraux des règles juridictionnelles, plus particulièrement dans une perspective internationale. Nous souhaitons contribuer pleinement à l'amélioration des connaissances dans une vision comparative de trois législations, à savoir française, américaine et irakienne. Nous voulons démontrer quels sont les points de divergence et de convergence entre ces trois pays dans la mise en œuvre des règles juridictionnelles de compétence internationale.

33. Notre approche comparative nous apparait opportune pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il existe bel et bien une volonté, commune à de nombreux pays, d'harmoniser et d'unifier les critères pris en considération dans de tels litiges. Cette harmonisation doit se réaliser sur une échelle internationale, voire mondiale, afin d'être effective. Ainsi, cette approche comparative pourrait nous permettre de mettre au jour certains aspects nouveaux ou méconnus, ainsi que des tendances générales, qui ne seraient pas visibles dans une perspective nationale ou isolée dans un seul pays. L'autre intérêt de cette étude comparative est de sensibiliser davantage le législateur irakien pour qu'il ait conscience des législations dans les autres pays, et de la nécessité de faire certaines réformes afin de s'adapter aux nouvelles technologies.

34. En fait, bien que l'Irak soit membre de la convention de Riyad datant de 1983, qui contient des dispositions générales et spéciales relatives à la reconnaissance de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale entre les pays membres[40], cette convention n'a pas réellement suivi le développement des nouvelles technologies à l'instar, par exemple de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (modifiée par le règlement (CE) n°44/2001 dit "Bruxelles I" de décembre 2000 et le règlement (UE) n°1215/2012 dit "Bruxelles I bis" de décembre 2012)[41], ainsi que celle de Lugano 2007[42].

---

[40] Cette convention est disponible en ligne : http://www.iraqld.iq/. Concernant l'article 72 de cette convention prévoit que : (Traduction) l'objectif de cette convention est de renforcer la coopération entre les pays membres dans les domaines suivants : notification, judiciaire rogatoire, exécution des jugements et extradition. Cette convention va remplacer les trois conventions tenues en 1952 dans le cadre de la Ligue arabe qui sont en vigueur. Pour ces raisons, des représentants seront nommés d'après cet accord au nom de leurs gouvernements respectifs.

[41] En ligne http://www.lynxlex.com/fr/code?field_tags_tid=124. (Consulté le 16/02/2016).

[42] En ligne https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20082721/index.html. (Consulté le 16 février 2016.

Finalement, soulignons également que la Convention de Riyad ne prévoit pas non plus des règles spécifiques relatives à la protection du consommateur.

L'objet de la recherche

35. Comme nous l'avons expliqué dans cette introduction, le développement du commerce électronique, qui s'est nettement amplifié ces dernières années, a touché de nombreux aspects de la vie quotidienne, tant chez les consommateurs que pour les entreprises qui se sont pleinement lancées dans cette démarche. Ainsi, le droit a également été influencé par cette tendance de plus en plus généralisée. Par exemple, au regard du droit international privé, les conditions d'application des procédures se sont amplement complexifiées, de par la nature même d'Internet[43]. Le problème se manifeste principalement au niveau de la rigidité des règles et par rapport au facteur de territorialité inhérent aux règles de conflit de compétence internationale.

36. Dans ce travail, nous nous focalisons donc sur le droit international privé. Cette branche particulière du droit s'attache à étudier les modalités de règlement des différends, d'un point de vue des relations internationales des individus. La caractéristique première de ces relations correspond à l'extranéité, c'est-à-dire que les parties sont soit de différentes nationalités, soit elles résident dans des pays différents, soit elles sont liées par des engagements contractuels arrêtés dans un autre pays que celui dans lequel elles résident. Comme il existe en droit international privé irakien, la notion juridique encadrant le contrat international comporte, bien évidemment, cet élément d'extranéité. Il est alors défini comme la présence de liens avec au moins deux pays différents[44]. Par opposition, un contrat dit "interne" ne comporte pas ce type d'élément. Notons également que, les liens avec un pays étranger doivent être "suffisants". En fait, il s'agit principalement de la nationalité, du domicile, de la résidence, de l'établissement d'une personne morale, du lieu de conclusion du contrat, du lieu de son exécution ou de la livraison. Néanmoins, ce caractère international peut dépasser la frontière de la définition purement juridique.

[43] Par exemple l'affaire Yahoo.
[44] Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Paris, Dalloz (10ème ed.), 2013, p. 2 s.

Autrement dit, un contrat peut également être considéré comme international dès lors qu'il implique une circulation économique ou des flux de valeur à une échelle internationale.

37. Toujours dans le droit irakien, les règles de conflits de compétence internationale qui définissent la compétence des tribunaux nationaux se fondent sur deux principes : d'une part, la considération des éléments d'ordre personnel et et d'autre part, celle des éléments d'ordre territorial. Pour le premier, il s'agit du critère de la nationalité des parties. Le second se rapporte au lieu du litige, sans que l'appartenance nationale des parties ne soit réellement prise en compte. Ces deux principes (personnel et territorial) sont régis par le Code civil. Ce dernier inclut également des règles du droit international privé en la matière. Nous nous concentrerons sur les articles 14 et 15 du Code civil irakien n°40 de 1951[45]. Le premier concerne la poursuite d'une personne Irakienne devant les juridictions irakiennes, tandis que le second encadre la poursuite des étrangers présents sur le territoire irakien, ou la poursuite des étrangers qui ne sont pas présents en Irak, mais détenant des fonds qui se trouvent dans ce pays. Nous devons également mettre en avant l'article 7 de la loi irakienne sur l'exécution des jugements étrangers n°30 de 1928, qui a largement participé à la mise en place des différentes règles relatives au statut des étrangers en Irak[46].

38. L'analyse de ces articles nous permet d'affirmer que la réglementation irakienne concernant les litiges avec des étrangers présents sur le territoire emploie des méthodes traditionnelles. Bien évidemment, certaines de ces règles pourraient servir à résoudre certains litiges découlant des relations ou des contrats conclus sur Internet. Mais, ce n'est pas le cas pour l'ensemble des règles qui sont généralement d'application. Au sein de celles-ci, d'autres manquent clairement d'efficacité pour résoudre ce type particulier de litige. Nous considérons que les règles basées sur les critères personnels sont proportionnellement adaptées dans le cadre de litiges découlant des relations virtuelles

---

[45] L'article 14 du Code civil irakien prévoit que :
un citoyen irakien doit être jugé devant les tribunaux de l'Irak en ce qui concerne le droit au respect des droits dus par lui même ceux qui ont été créés à l'étranger. quand à l'article 15 prévoit que :
l'étranger peut être jugé devant les tribunaux de l'Irak dans les cas suivants:
(a) quand il est en Irak;
(b) lorsque le litige est à l'égard d'un droit sur un bien immobilier existant en Irak ou un mobile qui existait en Irak au moment de l'ouverture de la procédure;
(c) où l'objet du litige est un contrat conclu en irak ou il a été excuté ou doit être excuté en Irak ou lorsque le litige porte sur un événement qui a eu lieu en Irak.

[46] L'article 7 de la loi d'exécution des jugements étrangers en Irak. Ainsi, à l'alinéa 5, il dispose que :
« *le tribunal étranger est compétent s'il est approuvé par les parties du procès*. »

internationales. Par conséquent, si l'une des deux parties est de nationalité irakienne, elle sera automatiquement jugée devant les tribunaux de son pays, comme l'indique l'article 14 du Code civil irakien. À l'opposé, les règles fondées sur les critères relatifs à la territorialité des actes litigieux sont pratiquement impossibles à mettre en œuvre de manière efficace et cohérente. La principale raison est le fait que tout contrat effectué sur Internet perd son aspect local et dépasse généralement les limites géographiques de l'État. Cependant, cette situation va à l'encontre de la nature des dispositions de l'article 15 du Code civil Irakien.

39. Dès lors, la question est de savoir s'il est possible de développer ou aménager le contenu de ces deux articles afin de les adapter et de les rendre nettement plus cohérents au regard de la nature même des relations et des contrats conclus sur Internet. Notre démarche a pour objectif de contribuer à trouver des solutions plus justes et plus sécurisantes pour les parties lors d'un litige dans le cadre d'un contrat effectué sur Internet. Nous nous questionnerons également sur les obstacles entravant l'application des règles juridiques traditionnelles dans une transaction électronique internationale. C'est pourquoi, nous mettrons en lumière les solutions proposées pour remédier à cette situation problématique, tant dans une recherche relative à la loi nationale que dans les conventions internationales.

40. Nous tenterons de démontrer quels sont les critères d'attribution de la compétence les plus appropriés pour des litiges liés aux contrats pris sur Internet. Nous expliquerons en quoi les règles traditionnelles ne sont plus adaptées à cette situation particulière, notamment en raison des critères basés sur la localisation territoriale. Très clairement, la localisation est l'aspect que nous traiterons le plus amplement. Cette tâche apparait comme étant relativement difficile à mettre en œuvre face à des contrats « virtuels ». Certaines discussions se sont développées au regard de ce critère[47]. Ainsi, le questionnement se concentre sur le principe des "effets"[48]. Aux États-Unis, certaines affaires étaient jugées par des juridictions où les actes litigieux n'avaient pas été commis[49]. Dans ces cas,

[47] M. HAYASHI, utilitaire de droit international de l'ère pré-Internet pour le cyberespace, Conférence de Lucerne, 2005, p. 24.
[48] Les États-Unis affirmaient compétence pour les actes qui n'avaient pas physiquement eu lieu sur le territoire des États-Unis. Le lien sur lequel ils s'étaient appuyés était : les "effets" qui se faisaient ressentir au sein des États-Unis à la suite d'actes à l'étranger qui étaient contraires à la consitution et aux lois.
[49] M. HAYASHI, *Op. cit.,* p. 3 s

l'attribution du tribunal se basait sur les effets que ces actes provoquaient sur le territoire de cette juridiction, même si les actes en question étaient physiquement commis à l'étranger.

41. Le problème de compétence est confronté aux spécificités du cyberespace par rapport aux réalités physiques traditionnellement à la base des législations. Les standards normatifs étant extrêmement différents sur le web, la question de la compétence devient particulièrement importante. L'absence de frontières visibles engendre des questionnements relatifs aux différences significatives entre les législations des États[50]. En fait, dans certains systèmes juridiques, un acte peut être considéré comme légal, alors que dans un autre, ce même acte est interdit, avec un panel de nuance entre ces deux prises de positions. Dans cette perspective, le point de départ est de cerner correctement le concept de lieu. En effet, c'est cet aspect qui pose particulièrement un problème dans le cadre des règles de conflit de compétence suite à un litige lié à Internet.

42. Ensuite, nous devons nous focaliser sur les lacunes dans les textes législatifs. Nous nous rendons compte qu'il existe un vide juridique en matière de règles de conflit de compétence internationale irakien. Par essence, l'objectif des règles de conflit de compétence juridictionnelle est d'offrir une sécurité juridique aux différentes parties lorsqu'un élément d'extranéité est présent. Mais, au regard des particularités des transactions sur Internet, ce type de règle devient nettement plus difficile à établir.

43. En résumé, en gardant ces préoccupations à l'esprit, nous avons souhaité contribuer à la réflexion dans ce domaine, tout en nous limitant à un sujet bien précis, à savoir le contrat virtuel. Cet acte présente un réel attrait du point de vue juridique, puisque « *[c]'est dans la vente que l'homme sent aujourd'hui le plus intensément l'acte de contracter* »[51]. Nous nous intéresserons donc plus particulièrement aux contrats de vente dans le cyberespace. Cet environnement nous semble avoir un intérêt considérable. En effet, les biens et les services à vendre en ligne sont de plus en plus nombreux. C'est donc un terrain

[50] A. M. SACHDEVA, « International Jurisdiction in Cyberspace : a Comparative Perspective », *CTRL*, vol. 8, 2007. p. 245 ss.
[51] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10éme éd., L.G.D.J., 2014, p. 320.

d'investigation réellement fertile, tout autant qu'ancrer pleinement dans les préoccupations actuelles, voire futures.

Originalité et spécificité de l'étude

44. L'étude des effets que provoque Internet sur des règles de conflit de compétence internationale n'est pas un sujet nouveau. Cependant, notre démarche présente des spécificités et une originalité incontestable au regard des études antérieures. Arrivés à ce point, nous nous devons de préciser que la doctrine française et américaine se sont déjà interrogées sur la nature et la capacité des règles traditionnelles de conflit de compétence internationale, notamment sur la ligne de conduite à adopter dans le cadre de litiges relevant d'Internet en matière de contrat . Soulignons également que l'approche américaine des règles de conflit de compétence internationale n'est pas identique à celle déployée en Irak ou en France. Dans le système américain, une certaine flexibilité est donnée au juge afin de résoudre le litige. Cette démarche spécifique à ce pays nous a permis d'enrichir notre réflexion. Nous nous sommes également appuyés sur les différences et les apports respectifs des trois pays étudiés.

45. Notre travail vise à identifier dans le droit irakien le statut juridique le plus adapté afin de régler les litiges relevant d'Internet. Par conséquent, nous nous interrogeons sur les effets de l'immixtion de l'espace propre à Internet sur des règles de conflit de compétence internationale. Il convient également d'étudier le résultat de cette immixtion en matière de contrat virtuel. C'est pourquoi, nous nous attacherons à définir précisément les contours de ce type de contrat. De plus, il est nécessaire de questionner plus en détail le rôle des conventions internationales dans le développement des règles de conflit de compétence internationale. En effet, les conventions internationales sont d'une importance capitale puisqu'elles représentent un instrument efficace pour développer ces règles, en raison de leur nature conventionnelle.

46. De nombreuses questions se posent à propos des règles de conflit de compétence internationale dans le cadre du commerce électronique, notamment au regard des effets d'Internet sur ces règles, du développement de nouveaux types de contrat liés à cet espace particulier, mais également dans une optique plus large, du rapport entre le cyberespace et l'évolution des comportements sociaux et économiques. Bien que les firmes

multinationales échappent largement à la souveraineté territoriale des États grâce au phénomène de « la déterritorialisation », Internet échappe également à la localisation sur un territoire étatique grâce à sa faculté de se retrouver dans plusieurs lieux en même temps. Autrement dit, l'ubiquité du cyberespace correspond donc à la transposition de « la déterritorialisation ». En effet, les flux d'informations ignorent donc les frontières et leur localisation précise est extrêmement délicate.

47. À ce sujet, Madame le professeur Sylvette Guillemard – que nous citerons abondamment dans ce travail – souligne que « les notions de lieu physique et de frontières ne riment à rien au sein même du cyberespace et que les activités y sont totalement déterritorialisés[52]». La localisation territoriale d'une situation relevant d'Internet se révèle donc être une tâche particulièrement ardue. D'ailleurs, dans son ouvrage sur l'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé, Johanna Guillaumé reprenait les propos du Doyen Henri Batiffol pour mettre en lumière le déficit d'efficacité de la localisation étatique confrontée à Internet. En fait, ce dernier insistait sur le fait qu'

> « … *un rapport de droit n'est pas localisé naturellement que par le bien corporel, mobilier ou immobilier, qu'il a pour objet, car seuls les objets corporels ont, par leur nature matérielle, une situation dans l'espace*[53]».

48. Bien qu'il n'ai pas assisté personnellement au développement que connait actuellement internet, ce spécialiste questionnait déjà sur la localisation du rapport juridique dans l'espace dans un régime de droit international privé. Dans un environnement sans frontières formelles, la question qui se pose est de savoir si ce droit est assez complet pour résoudre les litiges liés aux spécificités d'Internet. De notre côté, nous nous interrogeons sur les aspects suivants : à quel point le droit Irakien est-il prêt à absorber et à traiter ces nouvelles conceptions des relations juridiques sur Internet ? Le législateur irakien a-t-il réglementé les rapports juridictionnels liés à Internet ? Et, de manière générale, le droit d'Internet existe-t-il en Irak ? Qu'en est-il au niveau international et des rapports entre les pays avec l'Irak ?

---

[52] S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*. Thèse de doctorat présentée en cotutelle à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Québec, 2003, p 168.

[53] J. GUILLAUMÉ, L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé, L.G.D.J, 2011, p.242. H. BATTIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, paris, Dalloz, 1956, rééd. 2002, préface de Y.LEQUETTE, p. 314, n° 141.

La méthode comparative de la recherche

49. Internet en tant qu'objet de droit se prête aisément à une recherche comparative. En effet, il est important de comparer les différents systèmes juridiques en la matière, même si quel que soit le système juridique étudié l'objet, à savoir Internet, est identique. Les nuances correspondent donc aux règles juridiques qui régissent l'objet en question. De plus, l'utilisation d'une méthode comparative dans une matière qui est, par essence, « universaliste » est une nécessité lors d'une recherche relative aux solutions les plus appropriées dans le cadre de litiges.

50. Dans le droit international privé, en tant qu'activité cognitive, les méthodes comparatives sont d'une utilité fondamentale. En effet, elles permettent au droit de communiquer avec les autres domaines scientifiques dans le but d'éviter une radicalisation des postions. Ainsi, le but utilitaire d'une recherche comparée a été largement admis par la doctrine[54]. La comparaison permet d'augmenter les connaissances, tant sur son propre cadre législatif que sur les droits étrangers. En fait, le droit comparé est *« l'instrument le plus puissant pour décrire le droit national »*[55].

51. Notre étude s'inscrit dans cette perspective. C'est pourquoi, nous avons l'ambition de confronter plusieurs droits étrangers afin de trouver le meilleur modèle pour règler des litiges des contrats virtuels. Dans cette démarche, une étude des caractéristiques spécifiques de chaque droit étranger est alors essentielle. Elle précédera l'étude comparative proprement dite. Soulignons que toute étude du droit étranger requière une analyse descriptive afin d'appréhender correctement les différents systèmes étudiés. Par la suite, l'étude comparée dépassera la simple observation et description des modèles étrangers. C'est pourquoi, nous mettrons également en lumière les points communs et les divergences dans les structures juridiques et la réglementation des trois systèmes étudiés. Deux échelles d'analyse seront donc employées, à savoir la micro comparaison et la

[54] A. M. BADRAWI, *Les principes de droit civil comparé*, Édition 2, Bibliothèque Syed Abdullah Wahba. 1970. p. 158 s

[55] O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit » *Revue internationale de droit comparé* 53 n°2. Avril-juin 2001. p.275 ss.

macro-comparaison[56], et ce, afin d'obtenir des résultats les plus précis et pertinents possibles. Ces deux approches sont bien évidemment complémentaires et sont, par essence, liées entre elles.

52. Au regard des spécificités des règles liées à Internet et son environnement décentralisé et international, il est évident que les litiges présentent dans certains cas généralement des éléments d'extranéité. En effet, il ne faudrait pas oublier la possibilité d'achat en ligne au sein d'un même pays, et donc, l'usage d'internet ne signifie pas nécessairement s'adresser à un co-contractant étranger ou situé à l'étranger. Cependant, en ce qui concerne le droit international privé, nous devons souligner que ce n'est pas un droit unifié. En fait, il s'agit plutôt d'un droit international privé ayant des caractéristiques propres à chaque famille de système juridique, voire même, à chaque système national. Par conséquent, c'est notre sujet qui nous impose automatiquement une méthode de recherche qui dépasse le cadre des frontières nationales. Autrement dit, la complexité de notre sujet, à savoir les transactions sur Internet demande de mettre en œuvre une approche comparative.

53. Au niveau droit irakien, le recours au droit comparé par le juge est permis et encadré par le Code civil, dans son article 30[57]. Ainsi, il s'agit de mettre en lumière les spécificités de ces trois systèmes, en gardant à l'esprit que les approches dans les droits français et américain sont largement différentes. En fait, la première peut être caractérisée par un certain formalisme, tandis que la seconde est considérée flexible.

54. Finalement, un éclairage historique a également été nécessaire afin de mettre en lumière les raisons de l'internationalité de l'Internet dans le droit irakien. Mais au préalable, un apport théorique nous semble essentiel afin de donner une vision précise sur des concepts généraux qui sont applicables, et ce, dans tous les systèmes juridiques retenus. L'analyse théorique est indispensable à toute étude de droit comparé.

---

[56] On fait de la micro-comparaison lorsque nous étudions une institution spécifique dans un système juridique : *Cf.* cette définition en ligne : http://www.etudier.com/dissertations/Notion-De-Droit-Compar%C3%A9/107136.html. (consulté le 15/02/2016).

[57] Traduit de l'arabe : « En l'absence d'une disposition dans les articles précédents concernant les cas de conflits de lois, les principes du droit international privé qui sont les plus couramment connus (répandus) doivent être appliqués ».

55. Choisir de réaliser une étude comparée peut engendrer certaines difficultés, notamment au niveau pratique, méthodologie et conceptuel. Concernant les difficultés pratiques, nous avons été confrontés à de nombreuses sources en langue étrangère. La tâche la plus ardue a été liée au travail de traduction des grands concepts juridiques arabe et anglais en langue française[58]. Notre objectif était d'éviter à tout prix les erreurs d'interprétation.

56. La présente recherche a appliqué les trois activités suivantes de recherche :Concrètement, notre recherche est principalement basée sur l'analyse de la littérature dans le domaine du droit international privé et se concentre sur les aspects de droit international privé. Cette analyse a été effectuée à l'aide de plusieurs sources disponibles pour la recherche juridique, notamment les publications dans des revues nationales (des trois pays étudiés) et internationales, la législation dans le domaine de droit international privé (au niveau national, européen et international), la jurisprudence des différentes juridictions nationales, ainsi que les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Nous étendrons notre champ de recherche au-delà du droit irakien, du droit français et du droit américain en étudiant les instruments internationaux pertinents pour notre recherche, tels que, par exemple, la convention des Nations-Unies sur l'utilisation du commerce électronique 2005, et les règlements "Bruxelles I" de 2000 ainsi que "Bruxelles I bis" de 2012.

57. En théorie, il est admis que les règles de compétence juridictionnelle correspondent à des règles matérielles qui répondent uniquement à la question relative à la compétence des tribunaux nationaux. S'agissant du contrat sur Internet ou contrat électronique, de nombreuses règles se sont succédées pour tenter de répondre à cette interrogation. Dans la pratique, les enjeux sont quant à eux très nombreux. Déterminer une règle de compétence juridictionnelle demande nécessairement de gérer plusieurs intérêts distincts. Toute recherche du tribunal compétent doit se concentrer, dans un premier temps, sur la protection de la partie la plus faible. Ensuite, il s'agira de créer un équilibre entre les droits de la défense et la demande. De manière générale, elle doit également être sous-tendue par le souci d'une bonne administration de la justice.

[58] Comme le terme : Les lois de type Long Arm .

Plan de l’étude

58. Sachant que notre travail de recherche vise à vérifier si les règles de droit international privé régissant les ventes classiques peuvent être transposées aux contrats de vente cyberspatiaux, nous examinerons les approches irakiennes, françaises et américaines au regard de la compétence des tribunaux lors d’affaires où les parties sont liées par un contrat électronique. Sur la base de cette comparaison, et après avoir vu le développement et les solutions existantes dans les droits français et américain, ainsi que dans des conventions internationales, nous discuterons de la possibilité de proposer des règles de compétences spécifiques pour les contrats en ligne en droit irakien.

59. Les enjeux du sujet ainsi dégagés, il s'agira pour nous de rechercher quels critères de rattachement peuvent être retenus afin que les tribunaux d'un pays donné soient légitimement reconnus compétents pour juger d’une affaire de contrat virtuel en droit irakien. Notre objectif est donc de combler les lacunes juridiques que comporte la loi irakienne dans le domaine d’Internet. Ainsi, nous souhaitons déterminer les critères les plus objectifs et stables possibles au niveau de la compétence juridictionnelle internationale.

60. Pour ce faire, dans la première partie de ce travail, nous tenterons de montrer l'influence d'Internet sur la nature des règles de conflits de compétence internationale. Ainsi, nous analyserons la substance des articles 14 et 15 du droit civil irakien, mais également l’ensemble des aspects propres aux règles de conflit de compétence internationale afin de comprendre cet effet. L’approche que nous mènerons consistera à examiner l’influence d’Internet sur des règles juridictionnelles de compétence internationale, dans le cadre de droit irakien, en comparant avec les droits français et américain.

61. Dans la seconde partie, nous aborderons plus en détail les conventions internationales en matière des règles de conflit de compétence internationale. Aussi, nous devons rappeler que ces dernières ont un double objectif. D’une part, elles visent à simplifier les procédures en matière civile et commerciale, à renforcer la sécurité juridique, et à faciliter la vie des citoyens impliqués dans ces procédures. D’autre part, elles essayent d’harmoniser et d’unifier les règles de conflit de compétence internationale. De manière générale, au regard de la disparité des règles inscrites dans les législations nationales,

l’harmonisation se réalise le plus souvent en reconnaissant une marge d’autonomie aux Etats. Dès lors, les conventions internationales participent, à côté de la loi nationale, à mettre en place des systèmes de traitement des conflits juridictionnels.C’est la raison pour laquelle, nous traiterons du rôle de telles conventions internationales comme instruments permettant de dépasser les obstacles de la sphère virtuelle. et leur rôle dans l’unification et la mise en place de critères des règles de conflit de compétence internationale relatives aux litiges de l’Internet. Aussi, en parallèle, nous mettrons en lumière la jurisprudence liée aux règles de conflit de compétence internationale.

1ÈRE PARTIE : L'ABSENCE D'HARMONISATION ENTRE LA NATURE DES RÈGLES DE CONFLIT DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE ET LES PRATIQUES SUR INTERNET

---

62. L'une des principales caractéristiques du web est de ne pas posséder de frontières. On le dit transnational puisqu'il transcende les limites géographiques territoriales et qu'il s'étend à l'ensemble de la planète. Cet outil, tout droit sorti de l'évolution rapide et constante des technologies de l'information et de la communication, permet ainsi de mettre en relation des individus à travers le monde, quelle que soit leur nationalité, mais aussi d'échanger des informations à une vitesse de plus en plus rapide et en quantité de plus en plus vaste. Cette sphère ne semble donc avoir que très peu de limite et elle a eu pour impact de changer les comportements humains, avec notamment l'apparition des réseaux sociaux, des possibilités d'achats en ligne, etc.

63. De par son succès social, il est évident que les entreprises du monde entier se sont penchées sur le sujet et y ont vu un moyen d'augmenter leur chiffre d'affaire. La concurrence y est alors plus rude que jamais et les relations commerciales beaucoup plus denses. Néanmoins, en contraste avec ces quelques lignes, nous ne pouvons pas non plus affirmer que tout est possible sur le web, sans contrôle, et qu'il n'existe aucune possibilité de géolocaliser les activités qui s'y déroulent. Bien au contraire, les États ont renforcé ces dernières années leur arsenal pour permettre une plus grande efficacité dans les recherches d'éventuels délits commis sur la toile. Aussi, les associations de consommateurs ont mis en garde contre les abus sur cette plateforme numérique à de nombreuses reprises. De plus en plus, les différends juridiques internationaux, par exemple, se sont multipliés dans les matières civile et commerciale. C'est un problème délicat pour l'appareil judiciaire en général, et ses professionnels, car cela pose une série de difficultés supplémentaires.

64. Avec Internet, il est par conséquent impératif de différencier ses deux univers : la réalité de la virtualité. Dans le monde juridique, il est donc capital de maitriser cet espace électronique pour faciliter l'établissement de jugement et la résolution des conflits ou litiges ayant pris place dans cette sphère numérique. Il faut savoir que les contrats établis et les rapports commerciaux, entre clients et fournisseurs, n'ont pas fondamentalement la

même nature que ceux établis en tête à tête. Le rapport juridique électronique est de la sorte différent du rapport juridique réel. En ce sens, ce dernier fige une relation physique entre deux parties, un échange matériel, une présence visuelle, car un rapport juridique fait généralement appel aux aspects de la matérialité de ces échanges. Avec l'émergence d'Internet, les rapports juridiques et commerciaux entre les individus ont évolué et ont éventuellement perturbé les règles de conflit de compétence internationale. Elles sont devenues beaucoup plus floues et délicates à déterminer. Par exemple, il est devenu laborieux de localiser le moment de conclusion et de l'exécution du contrat virtuel. De plus, le concept de souveraineté n'est plus aussi prédominant dans le droit dans ce contexte.

65. Comme nous le savons, ces règles sont d'ordre national, c'est-à-dire que chaque nation possède ses propres règles de compétences de juridiction suivant les principes déterminés par le législateur du pays (compétence territoriale). Bien entendu, il existe des parallèles entre les exemples et les grandes lignes directrices pour éviter des imbroglios trop réguliers entre les juridictions nationales. Quelles que soient les divergences, il est toutefois impératif pour chaque législateur de connaitre les pratiques des autres pays. Une juridiction n'a donc pas une capacité absolue sur toutes les autres. C'est la raison pour laquelle, l'harmonisation des normes nationales et internationales est importante pour la cohésion des pratiques. Il est donc également primordial pour le législateur de connaitre le droit comparé, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un litige international sur le web, à respecter les jugements d'autres juridictions, ainsi que de mesurer avec pertinence les liens qui existent entre les litiges et le territoire[59].

66. Ce qui n'est pas chose aisée à l'internationale, puisque les points de vue sont multiples entre les États et qu'il y a des conflits entre les systèmes juridiques (des problèmes d'autorité de juridiction sur une autre, etc.). Enfin, soulignons que les conflits internationaux de juridiction représentent un lien de rencontre privilégié entre le droit

[59] Le point délicat des conflits de compétence internationale est qu'il n'y a pas de pouvoir suprême transcendant les autorités nationales, qui attribuerait un champ aux conflits entre les différents systèmes. Les différences sont bel et bien présentes entre les États en matière de règles adoptées.

international public et privé[60]. Aussi, rappelons que la notion de compétence juridictionnelle est centrale au conflit de nature internationale. Une notion aux définitions variables selon les contextes, malgré des similitudes assez marquées. Si on se réfère au dictionnaire juridique :

> « *Le terme de compétence signifie qu'un juge ne peut être saisi d'une cause que dans la mesure où les dispositions sur l'organisation judiciaire et celles qui fixent les règles de procédure lui donnent le pouvoir de la juger*.[61] »

67. En outre, elle donne la capacité à un État, à travers ses organismes représentatifs, de posséder un pouvoir de coercition/contrainte sur les individus, les biens (propriétés, etc.), ou même sur des lieux et des évènements. C'est donc le cas pour l'appareil judiciaire à qui est donné la compétence juridique du respect des lois, des droits des individus et des sociétés et pour notre cas précis, des accords et des obligations des contrats entre personnes physiques ou morales. Il faut également faire une distinction entre compétence nationale et internationale, cette dernière faisant référence à un élément d'extranéité dans l'affaire saisi par la justice. Autrement dit, pour tout ce qui touche des conflits avec des parties vivant dans des pays étrangers.

68. Les pratiques dans le domaine des règles de conflits de compétences internationales ont été bouleversées depuis l'arrivée du web et de ses mécanismes. Surtout que ces règles se basent essentiellement sur des éléments matériels pour déterminer la compétence juridictionnelle en cas de litige. Nous parlons des aspects de nationalité et de domicile des parties concernées, du demandeur ou plus particulièrement du défendeur qui, dans le cadre de l'Irak et de la France, est privilégié. Il a dû être constaté que la nature technique d'Internet ne collait pas forcément avec la nature technique des règles de conflit de compétence internationale traditionnelle. Dès lors, les liens entre un individu et un territoire sur le web sont beaucoup plus délicats à déterminer. En d'autres termes, le concept de connexion, voire même d'interaction entre une personne et un pays n'est pas du

---

[60] K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN, *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?* Kluwer Law International, The Hague / Boston / London 1998, p.92; *Cf*. également H. VAN LITH, *International Jurisdiction and Commercial Litigation*. T.M.C. Asser Press, 2009.

[61] Ce pouvoir s'appelle la *compétence*. Donc la compétence est envisagée selon plusieurs points de vue. Celui qui désire entamer un procès doit d'abord s'orienter vers l'ordre administratif ou judiciaire de la juridiction à laquelle appartient le tribunal qui sera amené à statuer sur le conflit. « La compétence » est employée à deux échelles : nationale et internationale. Définition [En ligne] http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/competence.php (consultée le 16/02/2016).

tout le même que lors de transactions commerciales ou de relations contractuelles dans un espace physique. Sur le web, le concept de territorialité est donc complètement bouleversé. Les actions peuvent prendre place partout dans le monde. Elles ne sont pas attachées au pays dans lequel elles ont été originalement menées. En conséquence de cette différence de nature, l'Internet déstabilise le concept de connexion d'un individu à un territoire. Le monde est divisé en plusieurs unités territoriales dont chacune possède des règles propres à son territoire. Mais, toutes les actions humaines n'ont pas lieu au sein de ces entités. Souvent, il y aura une connexion à une autre unité territoriale qu'à celle dans laquelle une action en justice est intentée.

69. Il est clair que, les règles de conflit de compétence internationale de nature mixte, dépendent systématiquement de la localisation géographique pour déterminer la compétence. Il est possible d'appliquer ces règles dans la réalité matérielle, par exemple le terme de « souveraineté ». Le concept de souveraineté dépend précisément du territorire, car il concerne l'autorité absolue ou prédominante des pouvoirs souverains à l'intérieur du territoire de l'État. Donc, dans un premier temps nous allons aborder la nature technique des règles de conflit de compétence internationale en droits irakien et comparé (Titre 1). Par ailleurs, on ne manquera pas de souligner que sa position face au sujet n'est pas équilibrée puisqu'elle crée une fracture entre la réalité et les règles appliquées. Ainsi, le résultat de ce déséquilibre résulte en une inefficacité et déstabilisation de l'application des grands principes dans les règles de conflit de compétence internationale, comme les principes de l'extranéité et de la souveraineté. Aussi, on remarquera que dans le concept du contrat virtuel, il n'est pas toujours facile de localiser le moment de conclusion et l'exécution de ce type de contrat. Ainsi, nous analyserons en deuxième titre, l'immixtion de la sphère virtuelle dans des règles de conflit de compétence internationale.

TITRE 1 : La nature technique des règles de conflit de compétence internationale en droits irakien et comparé

70. Il existe une grande similitude entre les règles de conflit dans les législations irakienne et française. Les convergences sont d'autant plus frappantes que l'on pourrait croire, au regard des particularités de chaque pays, à des pratiques opposées, ou tout du moins, avec plus de différences que de ressemblances. Notons, que le droit américain diffère, quant à lui, des pratiques irakiennes. Ainsi il n'existe pas une seule et unique réglementation des conflits de compétence internationale. Aux États-Unis par exemple, si on reprend les propos d'Hans Smit[62] la doctrine du *forum non conveniens* :

> « *permet au tribunal de rejeter l'action ou de la suspendre en faveur d'une action devant un tribunal plus "convenient", est la plus apte à être appliquée quand la compétence du tribunal dans le for choisi reste sur une base faible et quand un for plus raisonnable reste ouvert*. »

71. Ainsi, le point de vue des américains sur la question est bien plus pragmatique que ne l'est celui des irakiens ou des français. Leur système est nettement plus flexible, notamment en termes de protection des parties et d'extraterritorialité. En Irak et en France, l'approche est plus formelle. Dès lors, au niveau français et irakien, les règles de conflit de compétence internationale sont axées sur le fait que le défendeur doit rester sous l'autorité de la cour et des tribunaux de son pays. La règle *d'actor sequitur forum rei* est alors la norme et rappelle le « *principe de compétence territoriale du tribunal du lieu du domicile du défendeur* »[63]. Avec quelques exceptions bien évidemment, la nationalité et la présence de biens sur le territoire peuvent être prises en compte par ces deux nations, mais comme éléments auxiliaires et non comme le principal point de départ de la juridiction internationale. Les États-Unis ne partent pas du même principe dans ce domaine.

72. Ainsi, les systèmes français et irakien admettent que le défendeur est dans le droit de choisir la juridiction compétente, amenant le demandeur à le suivre, ce qui les rapproche

[62] H. SMIT, « Les conflits de juridiction en procédure civile », *RDIC Revue Internationale de droit comparé*, vol. 42, n°3, 1990, pp.873 ss.
[63] A. P.LECOURS, *Dictionnaire juridique*, en ligne, 2014, [En ligne] www.lecourshebert.com. (Consulté le 16/02/2016).

l'un de l'autre, et les éloigne du système américain. Dans ces deux pays, les règles de conflit de compétence internationale ont pour principal objectif la résolution de deux problèmes rencontrés dans la pratique : la compétence des tribunaux nationaux à exercer un pouvoir judiciaire dans une affaire comprenant un élément d'extranéité, et la reconnaissance d'un jugement rendu par un tribunal étranger. Le premier problème soulève quant à lui deux aspects intéressants et pertinents à présenter, à savoir, la compétence générale directe et la compétence générale indirecte.

73. Nous y reviendrons par la suite dans ce titre, car la maitrise de ces deux aspects nous donne une plateforme pertinente pour mieux comprendre notre sujet. Notons de plus que cette question des compétences pourrait se voir résolue dans le cadre de la mise en place d'une compétence exclusive propre aux tribunaux nationaux à la manière de la France et de l'Irak. À côté des similitudes qui existent entre le droit français et irakien, nous avons également quelques points de divergences. Le plus important étant qu'en France, les droits du demandeur sont pris en compte avec beaucoup d'attention, afin de lui garantir la bonne juridiction compétente. En Irak, au contraire, les critères du demandeur ne sont pas réellement pris en considération.

74. Dans ce titre, nous allons donc essayer de déterminer si les règles flexibles de conflits de compétence internationale traditionnelles sont capable de trancher litiges de l'internet. En ce sens, comme cet univers n'a pas de frontières, et les litiges qui se créent sont de nature immatérielle, il y a la volonté des uns et des autres de trouver la législation la plus souple pour répondre à ses besoins. Nous partons donc de l'hypothèse que les règles de conflit de compétence internationale, plus flexibles, possèdent des atouts sérieux pour faciliter le règlement des litiges sur Internet. Pour mieux appréhender ce phénomène, et offrir le plus de perspective au lecteur, nous souhaitons développer les cas américain, français et irakien en deux chapitres. L'analyse des facteurs de rattachement, qu'ils soient objectifs ou subsidiaires, montrera ensuite la rigidité et la flexibilité au niveau des normes nationales, ainsi que leurs forces quant à la mise en place de réponses adéquates dans les relations commerciales internationales.

Chapitre 1 : Les aspects de la rigidité et de la flexibilité des règles de conflit de compétence en droit américain

75. En toute logique, au regard des pratiques actuelles, l'État américain possède ses propres règles de conflits de compétence juridictionnelle. Trois spécificités sont à appréhender pour mieux les comprendre :

> « *La compétence des juridictions fédérales résulte de la Constitution elle-même ; (…) La loi Long Arm, qui délimite la compétence des juridictions étatiques ; (…) Et plus particulièrement permet à un État d'exercer sa compétence sur un non-résident.*[64] »

76. Précisons que la loi *Long Arm* permet aux tribunaux locaux du pays de statuer sur un litige concernant un défendeur étranger et par conséquent d'établir un jugement contre ce même défendeur résidant en dehors de la juridiction concernée. Généralement, l'utilisation de cette loi par le tribunal local est décidée suivant que le litige ait été constaté dans la juridiction du tribunal. En somme, les tribunaux fédéraux empruntent les règles de compétence de la juridiction saisie. L'élément essentiel est la règle du *Due Process of Law*[65], à savoir la garantie d'une procédure régulière ou prévue par la loi.

[64] Par exemple, l'article 4 prévoit qu'en l'absence de législation fédérale relative à la compétence, il faut se reporter aux règles étatiques du for où siège le tribunal fédéral, afin de déterminer ladite compétence.

[65] Le "*Due process of Law*" a fait l'objet d'un important contentieux. Énoncé dans le Ve amendement, pour la Fédération et dans le XIVe pour les États, il a été largement étendu et s'entend également pour tous les cas où l'individu se voit opposer une décision défavorable. Cette clause a permis à la Cour de doter les États-Unis d'une véritable procédure pénale, puisqu'elle s'applique non seulement aux actes administratifs et législatifs mais aussi aux décisions des divers tribunaux. La garantie constitutionnellle permet que toutes les procedures judiciaires soient équitables et que l'on soit avisé de la procédure et de la possibilité d'être entendu avant que le gouvernement n'agisse pour ôter la vie, la liberté ou la propriété d'une personne. En outre, la garantie consitutionnelle énonce que la loi ne doit pas être déraisonnable, arbitraire, ou capricieuse. Aussi, la garantie constitutionnelle admet le respect de la légalité, que l'on trouve dans le cinquième et quatorzième amendements de la constitution des Etats-Unis. Ce dernier interdit tous les niveaux de gouvernement arbitraires ou de priver injustement les individus de leurs droits constitutionnels fondamentaux à la vie, à la liberté et à la propriété. La clause de procédure régulière du cinquième Amendement, ratifié en 1791, affirme que personne ne doit « *être privé de la vie, la liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière*. » Cet amendement limite les pouvoirs du gouvernement fédéral et s'applique uniquement aux mesures prises par elle. Le Due Process Clause du Quatorzième Amendement, ratifié en 1868, déclare: « [N] *ou ne privera une personne de sa vie, la liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière* » (§ 1). Cette clause limite les pouvoirs des Etats, plutôt que ceux du gouvernement fédéral.

77. Il existe deux types en la matière : le *Procedural due process* et le *Substantive due process*. Le premier permet aux citoyens d'être entendu ou de remettre un avis si le gouvernement agit de telle manière qu'il lui empêcherait de posséder ses droits. La seconde est un principe qui permet aux tribunaux fédéraux de protéger les droits fondamentaux des individus contre une quelconque interférence gouvernementale sous l'autorité des clauses de *Due Process*. Tant que cette règle et les conditions requises par le droit étatique sont respectées[66], la compétence des juridictions fédérales sera établie.

78. Le système américain est un système ouvert et flexible. Plus précisément, les règles de compétence juridictionnelle aux États-Unis sont plus restrictives que celles qui existent en Europe. En ce sens, elles sont uniquement le produit de la loi nationale, contrairement en Europe où il existe des lois ou des traités européens en la matière. Elles sont également le résultat direct des États fédérés qui composent les États-Unis, en ce sens, que chacun des État possède ses particularités. La plupart d'entre eux fournisse une juridiction au regard du lieu de résidence ou domicile du défendeur ou sur la base de la présence de ce dernier.

79. Au niveau des conflits liés aux activités du défendeur, la juridiction est alors choisie généralement en fonction de l'endroit où ils ont été constatés. Avec respect de la spécificité juridique, un défendeur dans une affaire commerciale peut être le sujet d'une juridiction dans l'État du *For* pour une variété de différents types d'activité. Toutefois, l'exercice judiciaire des juridictions est limité par les clauses de garantie de procédure régulière (*Due Process Clause*) par la Constitution. D'un autre côté, le système juridique américain est souple, car il permet à la juridiction saisie de refuser l'exercice de sa compétence suivant les principes d'équité (*equity*), de convenance (*covenance*) ou encore de raison (*reason*).

79. Pour en savoir plus, nous allons nous pencher sur les fondements des règles de conflit de compétence internationale américaine : l'objectif étant de connaître la substance de ces règles, afin de juger dans quelles mesures le législateur américain a recours aux normes de la rigidité et de flexibilité en vue d'établir le règlement des conflits de compétence internationale.

[66] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J., 2002, p.394.

Section 1 : Les caractéristiques des règles américaines de conflits de compétence internationale

80. Le système juridique américain est basé sur des spécificités territoriales propres et sur la conception d'origine anglaise qui marque la prépondérance des décisions des tribunaux (jurisprudence), à savoir la *Common Law*[67]. L'autre branche du droit anglo-saxon est *l'equity*, qui est quant à elle une procédure écrite et inquisitoire pour le droits des *trusts*, sociétés commerciales, par action, faillites, testaments et successions. Nous avons constaté qu'il existe un réel impact de la régulation des tribunaux sur certaines règles de conflits de compétence (Paragraphe 1). Ces règles se caractérisent par leurs fonds constitutionnels. En somme, il s'agit de la constitutionnalisation de la compétence internationale des règles de conflit américaines (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'influence de la régulation des tribunaux sur des règles de conflit

81. Bien que les États-Unis représentent un seul et unique pays, il n'en est pas moins composé d'une multitude d'États (50), possédant chacun leurs particularismes à de nombreux niveaux, dont judiciaire. Ainsi, en matière de règles de conflit de compétence juridictionnelle, il existe des divergences marquées entre ces Etats. De la sorte, nous ne sommes pas dans une configuration où la loi est appliquée de manière uniforme sur l'ensemble du territoire américain. Il est donc important de comprendre les relations qui existent entre le pouvoir fédéral et les États fédérés, afin de mieux appréhender les effets de la régulation des tribunaux en ce qui concerne la notion de compétence. En d'autres

[67] Ce système juridique, qui a été initialement mis en place en Angleterre, est désormais utilisé en Irlande, aux États-Unis, Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, l'Inde et de nombreux autres pays d'Asie, d'Afrique et des Caraïbes. Notons qu'une des spécificités du Royaume-Uni correspond à sa structure étatique composée de trois juridictions ou districts de droit : Angleterre et Pays de Galles, l'Ecosse et l'Irlande du Nord. Chacun ayant son propre système juridique, mais il existe une Cour suprême à la tête de cette structure. Ainsi, les points communs entre les caractéristiques structurelles du Royaume-Uni et des États-Unis sont nombreux. Pour plus d'informations à ce sujet, voir H. C.TREVOR, « Juridiction », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2006, p.45.

termes, nous allons d'abord étudier le système judiciaire non unifié des USA (A), et ensuite la compétence fédérale dans le domaine apprécié (B).

A. Des systèmes judiciaires non unifiés

82. Aux États-Unis, nous avons un gouvernement fédéral (mis en place par la Constitution) issu d'un régime présidentiel et dont le droit est régi par les résolutions du Congrès américain, mais aussi les décrets et la jurisprudence. Il est composé d'une branche exécutive, législative et judiciaire. Chacune possède son autonomie mais aussi ce que l'on pourrait appeler un droit de regard sur les deux autres branches. C'est un système de séparation des pouvoirs mais qui institue un certain niveau de contrôle et d'équilibre entre les trois branches. De l'autre côté, nous avons les États fédérés qui partagent la souveraineté du pays. Leur sont conférés des pouvoirs au niveau législatifs et exécutifs. « *Selon le 10e amendement de la Constitution américaine, tous les pouvoirs non spécifiquement transférés à l'échelon fédéral restent aux mains des États ou à celles du peuple*[68]».

83. Chaque État possède ses représentants, son propre gouvernement. D'un point de vue juridique, ils peuvent organiser leur système judiciaire indépendamment du système judiciaire fédéral, et ce, tant qu'ils respectent les droits des citoyens liés aux garanties du procedural due process de la Constitution américaine. La plupart possède un tribunal de première instance, d'appel intermédiaire et une Cour suprême (SCOTUS - Suprême Court of the United States). A noter que la majorité des États fédérés basent leur système légal sur la Common Law, à l'exception de la Louisiane. En résumé, il y a les lois fédérales (brevets, antitrust, etc.) et les lois propres aux États fédérés dans les principaux domaines, tels qu'au niveau contractuel et délictuel, et ce, malgré des contradictions avec la législation Fédérale. Ainsi, chaque État à un système judiciaire complet, variant plus ou moins avec ses voisins et en parallèle du système judiciaire fédéral[69].

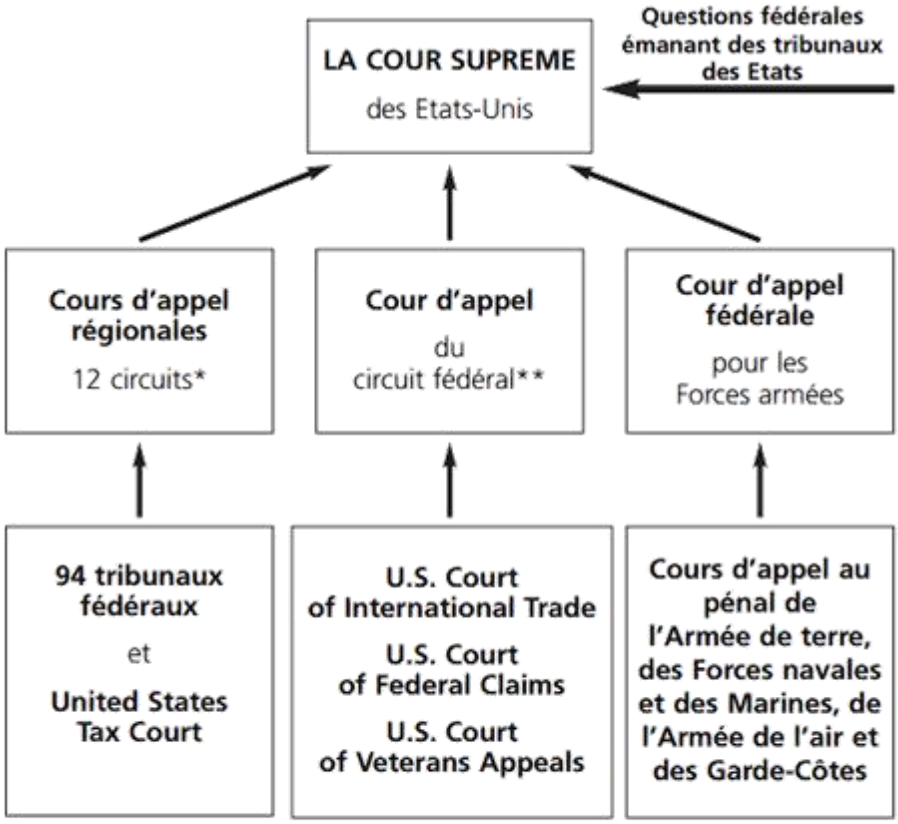
---

[68] [En ligne] www.academon.fr/commentaire-de-texte/l-article-du-10e-amendement-de-la-constitution-des-États-unis-d-amerique-24719 (consulté le 16/02/2016.).

[69] C.T. HARTLEY, *« Juridiction »* Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. 2006, p.55.

84. Aux États-Unis, la structure du pouvoir judiciaire est régie par l'article 3 de la Constitution. Ainsi, il y est indiqué que le sommet du pouvoir est « *dévolu à une Cour suprême et à des tribunaux subordonnés dont le Congrès pourra en temps voulu décider la création* ». Au total, neuf juges travaillent au niveau de cette Cour suprême. Le schéma proposé ci-dessous reprend l'ensemble du système judiciaire américain[70].

Figure 1 : Ensemble du système judiciaire américain



* Les douze cours d'appel régionales traitent aussi d'affaires en rapport avec un certain nombre d'organismes fédéraux.
** La Cour d'appel du circuit fédéral traite aussi d'affaires provenant de la Commission du commerce international, du Merit Systems Protection Board, du Patent and Trademark Office et du Board of Contract Appeals.

Source : N.C., Esquisse du Système Judiciaire Américain, Bureau international de l'information, Département d'État des États-Unis d'Amérique, p. 21

85. Très clairement, la première porte d'entrée de ce système correspond aux tribunaux de district. Bien que la Cour suprême juge certains litiges, la majorité d'entre eux sont

[70] *Cf.* E.Y, MCCUSKEY E. Y, Clarity and Clarification: Grable Federal Questions in the Eyes of Their Beholders, 91 *Neb. L. Rev.*, 2013, p.449. [En ligne] digitalcommons.unl.edu/nlr/vol91/iss2/4. (Consulté le 17/02/2016).

néanmoins traités au niveau de ces tribunaux de première instance (tribunaux fédéraux de district). En ce qui concerne leur organisation et leur répartition, il apparait que leur nombre a considérablement augmenté au fil du temps, en suivant la croissance du pays. Ainsi, à l'origine, il n'existait que treize tribunaux de district[71]. Ensuite, « le Congrès commença à diviser certains États en plusieurs districts. Ce sont la Californie, l'État de New York et le Texas qui en comptent le plus, à savoir quatre chacun. Mis à part le respect des frontières entre les États, la répartition des juridictions ne semble pas suivre un plan raisonné. La taille des différents districts et leur population varient énormément[72]».

86. Comme nous l'avons mentionné, les règles du système juridique américain ne sont pas uniformes. En matière de compétence des tribunaux, ce caractère non homogène est bel et bien présent. Ainsi, de manière identique à ce que nous avons précédent décrit, l'exercice du pouvoir entre les tribunaux est régi à deux niveaux : celui des États fédérés et celui de Etats fédéral. Soulignons, à ce titre, qu'il n'existe aucune loi fédérale spécifique qui encadre les règles de conflit de compétence entre les tribunaux lors de litiges transnationaux. De plus, au regard des règlements lors de litiges commerciaux, les États-Unis ne possèdent pas non plus de droit international privé réellement codifié. Autrement dit, il n'existe pas dans ce pays l'équivalent du tribunal de commerce tel qu'on peut le voir en France ou en Irak. Cet aspect fera l'objet d'une mise en relief et d'une argumentation dans un chapitre suivant. Ainsi, lorsqu'un litige survient et que le contentieux ne peut être réglé à l'amiable, les parties se tournent généralement vers les tribunaux civils de grande instance[73].

87. Cependant, deux textes de loi sont fondamentaux dans le domaine des transactions commerciales, à savoir le *Second Restatement of Conflict of Laws* et l'*Uniform Commercial Code* (UCC). Ce dernier comprend un ensemble de règles de conduite dans le domaine des relations commerciales. En fait, les anciennes règles ont été largement revues

[71] H. VAN LITH, *Op. cit.*, p.217.
[72] N.C., *Esquisse du Système Judiciaire Américain*, Bureau international de l'information, Département d'État des États-Unis d'Amérique, pp.37 s.
[73] H. VAN LITH, *Op. cit.*, p.213. S. BAUMGARTNER, The proposed Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments: Transatlantic Law Making for Transnational Litigation. 2003, p.132.

et moderniser en fonction des nouvelles conditions et contraintes liées au commerce moderne[74].

88. Ainsi, les règles régissant les transactions commerciales ont été simplifiées, clarifiées et uniformisées au sein de ce Code. L'objectif qui sous-tendait la mise en œuvre d'un nouveau code relativement plus uniforme est de présenter une législation nettement plus homogène entre les différentes juridictions. La conséquence directe souhaitée est de développer plus amplement le commerce en facilitant les règles et les accords entre les parties prenantes. Dans l'UCC, il existe donc des règles sur lesquelles il est possible de se baser pour juger de la compétence des tribunaux, tout autant que du choix de la loi qui régira le conflit[75].

89. En pratique, nous devons souligner que celles-ci apparaissent relativement générales et, donc, peu précises. Même si nous avons illustré un exemple particulier où le procès s'est déroulé dans plusieurs tribunaux à des niveaux de pouvoirs différents, généralement, ce n'est pas le cas. En effet, chaque système (fédéral ou étatique) est totalement complet. En ce sens, l'intégralité d'un procès se déroule dans un seul et même système. Dans certains cas (lorsqu'une question de droit fédéral doit être tranchée), il peut néanmoins arriver que la Cour suprême examine de plus près les décisions prises par les cours de l'un des États. Cette disposition a d'ailleurs été mise en œuvre dans trois cas (dans l'Oklahoma, le Texas et la Californie) en matière de compétence des tribunaux des États[76].La décision a donc été prise par la Cour suprême au regard de la compatibilité des compétences qui avaient été attribuées et de la Constitution des États-Unis.

90. En matière de compétence, les conflits peuvent apparaitre à deux niveaux distincts : soit entre plusieurs États, soit entre l'État fédéral et un autre État. Quoi qu'il en soit, les critères qui fondent les règles de conflit de compétences internationales sont introduits par l'État fédéral. Il en existe deux principales catégories : les règles de nature territoriale et les règles de nature personnelle[77].

---

[74] F. WANG, *Les juridictions et Internet : pratiques juridiques aux États-Unis, en Europe et en Chine* [titre traduit de l'anglais]. Première publication, Presses de l'université de Cambridge, 2010, p.11.
[75] *Ibid*.
[76] T. C. HARTLEY, *Op. cit.*, p.56.
[77] *Cf.* G. BORN, « Réflexion sur la compétence judiciaire dans les affaires internationales », in *Géorgie* 17 (*Revue de droit international et comparé)*, 1987, p.21.

91. Cependant, les lois qui encadrent les litiges internes ou interétatiques ne font généralement pas de différence au niveau de la nationalité du défendeur. Dans un contexte international, les régles en matière de compétence internationale des tribunaux de ce territoire sont une transposition du système juridictionnel qui encadre les litiges interétatiques. Cette transposition semble faire l'objet de certaines critiques. En fait, ces détracteurs considèrent que cette logique ne peut être appliquée car les antinomies entre deux États américains sont bien moins importantes que les différences entre deux pays[78]. Bien évidemment, les deux systèmes (au niveau fédéral et étatique) sont totalement liés au regard des objectifs qu'ils partagent dans le domaine de la résolution de conflit et de la défense des droits. Ainsi, globalement, dans le système juridique américain, la caractéristique essentielle est la place accordée à la souveraineté de l'État. L'exercice juridictionnel se réalise donc au sein de l'État (et non au niveau fédéral) en ce qui concerne les conflits internationaux. Cette généralité est vraie, tant que le règlement du litige est à la portée du système judiciaire de l'État en question. Sinon, la souveraineté de l'État sera remise en cause au niveau fédéral. Bien qu'ils soient tous encadrés par la Constitution des États-Unis, les tribunaux de chaque États, tout autant que les tribunaux fédéraux, déterminent leurs propres limites au niveau de leur compétence[79].

92. De ce fait, dans un même litige, les compétences de chacun peuvent être en concurrence. En matière de souveraineté, reprenons les propos du Juge de la Cour Suprême, Michael White, qui expliquent que

> « *le cadre a également prévu que les États conservent de nombreux attributs essentiels de leur souveraineté, y compris, en particulier, le pouvoir souverain de juger les causes dans leurs tribunaux. La souveraineté de chaque État, à son tour, implique une limitation de la souveraineté de ses États-frères, et sous-entend une limitation explicite et implicite, à la fois dans le système d'origine de la Constitution et dans le Quatorzième Amendement.*[80] »

93. La législation de chaque État étant indépendante des autres, les critères de rattachement doivent faire l'objet d'une classification afin d'avoir un aperçu global du processus lié à l'attribution des compétences des tribunaux. L'analyse de ces critères de

---

[78] *Ibid*.
[79] H. VAN LITH, *Op. cit.*, p.214.
[80] *Ibid*.

rattachement nous permet de diviser l'ensemble des États en quatre grandes catégories. Pour chacune d'entre elle, les États qui sont le plus représentatifs sont la Floride, l'État de New York, le Michigan et la Californie[81]. Illustrée par l'État de Floride, la première catégorie englobe une vingtaine d'autres États. Leur modèle est basé sur le droit de l'Illinois. Ce dernier est le premier de cette catégorie à avoir adopter une loi relative aux règles déterminant les compétences dans le cadre d'un procès dont le défendeur n'est pas originaire de ce même État. Quant à la seconde catégorie, généralement représentée par l'État de New York, elle comprend cinq autres États. Bien que leur loi soit basée sur celle de l'Illinois, elle n'en est pas moins différente sur certains aspects. En ce qui concerne la troisième catégorie, les dix-sept États qu'elle englobe sont représentés par le Michigan. Au sein de ceux-ci, les règles s'appuient globalement sur la loi uniforme[82].

94. Un point commun caractérise les trois catégories que nous venons de décrire. En effet, l'ensemble de ces États appliquent les règles dictées dans les *uniformes interstates and internationals procedures acts*. Il s'agit de règles de procédure relatives aux conflits de compétences interétatiques et celle entre les États-Unis et les pays étrangers. Parmi les dispositions qu'ils partagent, citons la règle des transactions commerciales[83].

95. Finalement, la principale caractéristique des règles utilisées dans la quatrième catégorie correspond à leur caractère « général » ou « sans limites ». En réalité, leur juridiction est compétente jusqu'aux limites permisses par la Constitution. La Californie est dans les faits le tout premier État à avoir adopté une loi basée sur les *incorporated singles acts* [84]. Ceux-ci expliquent le cadre réglementaire relatif aux actions menées par le défendeur et s'appuient sur la règle du *forum non conveniens*. Dans cette catégorie, citons les États du Rhode Island, du Wyoming et de Vermont. Cette législation basée sur des règles dites « sans limites » prend en considération de nombreux critères en matière de

---

[81] *Ibid. Cf.* S. BAUMGARTNER, *The proposed Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments*. Transatlantic Law Making for Transnational Litigation. 2003, p.132.
[82] H.VAN LITH, *Op. cit.*, p.214.
[83] R. CASAD, et R. RICHMAN, Compétence dans les affaires civiles: base territoriale et limites du procédé sur la compétence de l'État fédéral et des tribunaux, 3e éd, vol. 1 & 2, Charlottes-les-Villes, 1998, p. 397, et B.HANOTIAU, Le droit international privé américain, 1979. Bruylant, 1979, p.73.
[84] California code of civil procedure, 410.10 (part 2 of code civil Actions, Titre 5, jurisdiction and service of process; Chap. 1, jurisdiction and forum; Article 1, jurisdiction) : *A court of this state may exercise jurisdiction on any basis not inconsistent with the Constitution of this state or of the United States*. [En ligne] law.justia.com/codes/california/2005/ccp.html. Consulté le 17/02/2016.

compétence, notamment : la présence, le domicile, la résidence, la citoyenneté, le consentement des parties, la nomination d'un agent, l'apparence, l'activité commerciale, l'impact de certains faits sur d'autres États, ou encore la propriété. Il est clairement stipulé que l'ensemble de ces critères sont valables tant pour les citoyens américains que les sociétés ou tout forme d'organisation[85]. Enfin, il convient de souligner que les six États restant ne font partie d'aucune de ces quatre catégories en raison de leurs particularités bien différentes.

B. La compétence fédérale

96. Comme nous l'avons démontré, une affaire peut être jugée à plusieurs niveaux du système judiciaire américain : soit au sein des tribunaux d'un État, soit devant un tribunal fédéral. Dans ce contexte, la question qui se pose est de savoir sur quelle base est effectué le choix entre ces deux niveaux : étatique ou fédéral. Pour y répondre, nous devons comprendre ce qui différencie ces deux juridictions, dans une vision globale, et ensuite, nous examinerons cette question dans le cadre de litiges internationaux.

97. Pour déterminer si la compétence est d'ordre fédéral ou étatique, il est essentiel de cerner la question à la lumière du principe de la compétence d'attribution. En fait, la compétence générale est donnée aux États fédérés. Ainsi, comme nous l'avons indiqué plus haut, le 10ème Amendement de la Constitution énonce que « *Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États, ou au peuple*»[86]. Alors que l'État fédéral est, quant à lui, compétent dans certains domaines ou attributions, tels que les relations internationales, les impôts et taxes, l'armée, ou encore le commerce international. Par principe, l'État fédéral ne peut donc pas intervenir dans le droit commun des États fédérés. De manière générale, les tribunaux des États auront toujours la compétence, à moins qu'une règle particulière liée à l'affaire en cours leur retire cette compétence[87].

---

[85] *Ibid*.
[86] Texte en ligne sur law.justia.com/constitution/us/amendment-10/01-reserved-powers.html. (Consulté le 16/02/2016).
[87] Article III, § 2, de la Constitution des États-Unis. [En ligne] : https://www.law.cornell.edu/constitution/articleiii. (Consulté le 16/02/2016).

98. Une des caractéristiques du système judiciaire américain est la diversité des juridictions. Cependant, la règle générale est que chaque litige soit tout d'abord jugé au premier niveau, c'est-à-dire dans les tribunaux de district. Ensuite, il est possible de faire appel et de faire remonter le procès au niveau des cours d'appel fédérales. Et finalement, la plainte peut encore remonter au niveau de la Cour suprême. Cela dit :

> « *Bien que la Cour suprême soit généralement perçue comme une cour d'appel, il y a certains dossiers dans lesquels elle peut intervenir en première instance*.[88] »

99. Au quotidien, les tribunaux fédéraux de district ont donc la compétence dans toutes les actions civile, peu importe les parties : entre des citoyens de plusieurs Etats, entre des citoyens d'un État et des citoyens étrangers, entre un État (en tant que demandeur) et un citoyen d'un État[89]. Dans ce sens, il en va de même pour la compétence internationale. Les règles sont clairement identiques et sont régies par le principe de *Diversity of citizenship*[90].

99. Celle-ci encadre des litiges entre deux parties résidantes ou domiciliées dans deux États différents. Disons que ce principe se base sur l'égalité de traitement qui est inscrit dans la nature même du système judiciaire américain. Cependant, il peut exister des règles différentes dans l'attribution de la compétence, que ce soit lors d'un litige international ou interétatique[91]. Plus précisément, les tribunaux de district seront compétents si le litige est porté par un citoyen américain (peu importe l'État) et un citoyen étranger. Par contre, dans le cas d'un litige entre deux citoyens étrangers, ce sera alors les tribunaux de l'État qui obtiendront la compétence[92].

100. En réalité, le principe de diversité doit être impérativement respecté. Dans ce cadre, les tribunaux fédéraux ne disposent donc pas de la compétence. Bien que la compétence fédérale et le principe de diversité soient deux aspects essentiels de l'attribution des compétences, il est évident qu'ils ne sont pas les seuls qui régissent cette attribution. En effet, un autre élément prend une importance significative. Il s'agit de la compétence dite *ratione materiae*[93], qui se base sur l'objet du litige[94].

---

[88] N.C., *Esquisse du Système Judiciaire Américain*, Bureau international de l'information, Département d'État des États-Unis d'Amérique, 2004. p.61.
[89] C. TREVOR, *Op. cit.*, p.57
[90] Celle-ci entre en vigueur lorsque la procédure oppose des citoyens de deux États différents.
[91] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p.392.
[92] C. TREVOR, *Op. cit.*, p.57.
[93] *Ratione materiae* désigne la compétence d'attribution au sens large.

101. Concernant cette compétence matérielle, le droit de l'État restera toujours d'application, à moins que la Constitution, une loi fédérale ou un traité viennent y faire opposition[95]. Ce principe général a été fixé par la Cour suprême lors de la célèbre affaire d'*Erie Railroad Company* contre *Thompkins*[96]. Dans le cadre de cette affaire fédérale, le droit auquel le tribunal devait se référer était en cause. Ainsi, la Cour suprême a tranché en instaurant le fait que lorsque le droit est remis en cause, les tribunaux fédéraux doivent impérativement appliquer le droit de l'État pour lequel la partie possède un lien. Au regard de ce principe, nous pouvons penser qu'il n'existe que peu de différences entre un jugement dans un tribunal d'État et dans un tribunal fédéral. Cependant, lorsqu'ils sont dans une procédure judiciaire, les hommes d'affaires étrangers semblent préférer plaider leur cause devant les tribunaux fédérés. La grande différence entre ces deux tribunaux s'aperçoit au niveau des juges. En effet, dans les tribunaux fédéraux, ceux-ci sont nommés à vie. Tandis que dans les tribunaux d'État, ils sont élus. Ainsi, ces derniers pourraient être plus facilement influencés par les élections fréquentes et l'image qu'ils renvoient aux votants[97].

102. Au niveau fédéral, c'est l'article 4 des règles fédérales de procédure civile (*Federal Rules of Civil Procedure* ou FRCP) qui encadre la juridiction de la cour fédérale[98]. C'est donc elle qui régit l'attribution légale de ces compétences dans les litiges contractuels internationaux. Elle énonce que la cour fédérale doit « emprunter » les éléments de base de la juridiction de l'État dans lequel le défendeur réside ou est domicilié. L'emprunt se

---

[94] J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p.218.
[95] Voir l'article VI, § 2, de la Constitution américaine.
[96] En ligne: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/64/case.html. (consulté le 16/02/2016)
[97] C. TREVOR, *Op. cit.*, p.59.
[98] La règle 4 régule les limites territoriales de service effectif et se lit de la manière suivante: Règle 4 (1) la citation à comparaître ou de déposer une renonciation de service est efficace pour établir sa compétence à la personne d'un défendeur (A) qui serait soumis à la juridiction d'un tribunal de droit commun dans l'Etat dans lequel le tribunal de district se trouve, ou (B) qui est partie jointe selon la règle 14 ou la règle 19 et est soumis dans un district judiciaire des Etats Unis et pas plus de 100 milles de l'endroit d'où les questions de sommations, ou (C) qui est soumis à la compétence fédérale en vertu de la juridiction interpellant 28 USC 1335$; ou (D) qui est autorisé par une loi des Etats-Unis. (2) Si l' exercice de la compétence est conforme à la Constitution et les lois des États-Unis, servant à une citation à comparaître ou remplissant une renonciation de service est également efficace, au regard des réclamations découlant de la loi fédérale, pour établir la compétence personnelle sur une personne de tout défendeur qui ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux de droit commun de tout Etat .Texte en ligne sur http://law.justia.com/lawsearch. Consulté le 16/02/2016; Voir aussi M. A. FIELD, *The Uncertain Nature of Federal Jurisdiction*, 1981, p.694. En ligne sur scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi. Consulté le 22/6/2013.

réalisé à deux niveaux : pour le droit commun et dans le cadre du *Long Arm*. En fait, le cadre juridictionnel dépend de l'État dans lequel est située la cour fédérale. Ainsi, il peut autant s'agir une juridiction de type « sans limite » (basée sur le *Long Arm*) ou limitée (basée sur les *uniformes interstates and internationals procedures acts*). C'est donc en fonction des quatre catégories d'État que nous avons mentionné précédemment[99].

103. Il apparait donc que les juridictions fédérales ne sont compétentes que lorsqu'un texte énonce clairement l'objet de cette attribution (c'est-à-dire dans le cadre de règles bien spécifique). Sinon, sur la base de la *Common Law*, elles n'ont pas la compétence. Les pouvoirs judiciaires des tribunaux fédéraux sont donc limités aux cas inscrits dans l'article 111-2 de la Constitution. Ces tribunaux ont donc une compétence extrêmement limitée. Ainsi, les États fédérés gardent la plupart des pouvoirs législatifs et judiciaires. L'ensemble des spécificités du système judiciaire américain que nous venons de décrire, ses diversités et ses principes, montrent clairement qu'ils fonctionnement très différemment au regard des autres pays. De manière générale, c'est le caractère même des États-Unis, en tant que fédération d'États, qui demande de traiter les conflits d'une manière spécifique[100].

104. Dans le cadre d'un litige contractuel international, la compétence générale se base sur le principe du for du défendeur, donc des liens qu'il entretient avec un État. Sur cette base, la compétence ne semble pas être attribuée en fonction de la nature du litige, mais plutôt des parties en présence[101]. Finalement, nous pouvons résumer nos propos par l'affirmation suivante : d'un côté, la compétence des tribunaux d'État est déterminée par les principes indiqués dans la loi dans lequel l'Etat se situe, et de l'autre côté, la compétence d'un tribunal fédéral est soumis entièrement à la loi fédérale.

---

[99] VAN LITH H., *Op. cit.*, p.227.
[100] C. SYMEON, Droit international privé des États-Unis d'Amérique, 2007, p.23.
[101] L. R. MARCUS, *Procédure civile, une approche moderne*, 3e édition, 2000, p.666 ; F. F. WANG, Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction: a Comparative Analysis of the EU and US laws, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 3, issue 4, 2008, p.5.

Paragraphe 2 : La constitutionnalisation de la compétence internationale des règles de conflit américaines

105. Parmi les différentes sources du droit fédéral, la Constitution des États-Unis est la plus importante. Nous pouvons affirmer qu'il existe une certaine suprématie du droit fédéral. Cependant, cette tendance n'a pas toujours été la règle. En effet, avant la ratification de la Constitution, les treize États avaient chacun les pleins pouvoirs, ou presque, et aucune justice fédérale n'était prévue. C'est donc dans une volonté de renforcer le pouvoir au niveau fédéral que la Constitution est venue encadrer les procédures juridiques. Dans ce domaine, l'article VI de ce texte prend tout son importance. Il énonce clairement la « clause de suprématie » :

> « *La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États.*[102] »

106. Dans un contexte où le conflit est de nature internationale, cette suprématie de la Constitution est également présente. Aux États-Unis, des règles de conflit de compétence internationale sont donc essentiellement régies par ce texte. En ce sens, puisque la Constitution détermine le pouvoir des États, la question des compétences doit également être mise en lumière au regard de ce texte fondamental. Dans les points suivants, nous allons donc nous attacher à définir les règles de conflit américaines au regard du caractère constitutionnel (A) et de l'affirmation et la limitation du principe constitutionnel par la cour Suprême (B).

A. Le caractère constitutionnel de la compétence internationale des règles de conflit américaines

107. Bien que la Constitution et la législation fédérale priment sur toutes les autres dispositions ou lois provenant des États, il est évident que la Constitution fédérale s'est

[102] Texte en ligne sur http://law.justia.com/constitution/us/006-constitution.html (Consulté le 16/02/2016).

progressivement adaptée afin d'homogénéiser les règles de conflits de compétence propres au système de chaque État. Très clairement, il est permis à chacun des États de mettre en œuvre ses propres lois, à condition que les principes fondamentaux de la Constitution soient respectés. En d'autres termes, le gouvernement fédéral est effectivement considéré comme l'autorité suprême et commune à l'ensemble des États. Cependant, sa compétence est limitée, tandis que la compétence des États est plutôt générale[103].

108. Selon les premiers articles de la Constitution, le gouvernement fédéral est composé de trois branches, à savoir : le pouvoir législatif[104], le pouvoir exécutif[105] et le pouvoir judiciaire[106]. En ce qui concerne le pouvoir législatif du Congrès, il est clairement délimités par l'article I. Dans la section 8 de cet article, la Constitution dresse la liste des dix-huit pouvoirs ou compétences que possède le Congrès. En respectant le cadre général fixé par la Constitution, les États peuvent mettre en œuvre leurs propres lois et dispositions législatives. Dans certains cas, elles sont identiques dans l'ensemble des États. C'est le cas, par exemple, de la règle dite de *Transaction on Business*. Mais, dans d'autres cas, le système est relativement « ouvert ». C'est-à-dire que les compétences juridictionnelles ne sont pas réellement délimitées. Ainsi, la totalité ou une partie des critères de compétences peuvent être précisées dans le cadre de standards appelés *open-ended*. Généralement, ceux-ci s'appliquent au cas par cas[107].

109. Au regard de la compétence internationale des différentes juridictions américaines, il semble évident que les deux principes centraux du système juridique des États-Unis ont considérablement influencé cet aspect. Ainsi, la « Clause de suprématie », donc la Constitution, et la structure fédérale de ce pays influencent fortement les règles en matière de compétence internationale des tribunaux nationaux. En pratique, les sources des règles de compétence sont issues de la *Common Law*, tout en coexistant avec les nombreuses législations fédérales et étatiques. Bien évidemment, dans tous les cas, le cadre constitutionnel limite les compétences attribuées par ces législations[108].

---

[103] C. SYMEON, *Op. cit.,* p 23 et s.
[104] Article I de la Constitution américaine. En ligne sur http://law.justia.com/constitution/us/amendment-14. (Consulté le 16/02/2016).
[105] *Ibid*.
[106] *Ibid*.
[107] C. SYMEON, *Op. cit.,* p 23.
[108] H. VAN LITH, *Op. cit.,* p.213.

110. Il s'agit de la *regulated procedure* encadré par le Quatorzième Amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique qui a été ratifié en 1868. Ce dernier est composé de plusieurs normes constitutionnelles concernant l'exercice de la compétence des tribunaux américains[109]. D'un point de vue interétatique, il semble que l'État fédéral n'a pas légiféré de façon claire et précise la réglementation de la compétence internationale. Une des raisons à cette situation est à apercevoir à la lumière du fédéralisme américain. Aussi, un autre principe induit ce manque de législation. Il s'agit du *Full Faith and Credit* qui permet de reconnaitre les décisions de justice entre les différents États[110].

111. En réalité, cette reconnaissance mutuelle ne pose aucun problème spécifique. En fait, c'est bel et bien le législateur fédéral qui possède le pouvoir de réglementer les compétences, tant au niveau fédéral qu'étatique[111]. Ce principe (*Full Faith and Credit*) semble être relativement efficace et nettement suffisant pour ne pas légiférer au niveau national en matière de règles de compétence internationale et interétatique. Notons également que les États fédérés n'ont pas les pleins pouvoirs pour signer n'importe quel type d'accord international. Ce principe est identique à ceux proposés dans certaines conventions internationales, telles que le Règlement (UE) n°1215/2012 dit "Bruxelles I bis" relative à la répartition des compétences judiciaires entre les tribunaux. Ainsi, plusieurs spécialistes estiment que les accords internes entre les États fédérés devraient être entièrement basés sur le modèle du Règlement de Bruxelles[112].

112. En ce qui concerne les règles de compétence aux États-Unis, dans son ouvrage relatif aux litiges, J. Tidmarsh explique que

> « *L'article 111 § 2 de la Constitution étend également les pouvoirs juridictionnels des tribunaux fédéraux aux litiges entre les citoyens de différents États, États et citoyens ou ressortissants d'États étrangers. Cette règle constitutionnelle n'est pas autonome. Le Congrès doit également autoriser les juridictions fédérales inférieures*

---

[109] Texte en ligne sur http://law.justia.com/constitution/us/amendment-14 (Consulté le 16/02/2016).
[110] SECTION 1. Pleine foi et crédit seront accordés, dans chaque État, aux actes publics, des enregistrements et procès-verbaux judiciaires de tout autre Etat. Et le Congrès pourra par des lois générales, prescrire la manière dont ces lois, et procès-verbaux doivent être prouvés, et l'effet de celle-ci .Texte en ligne sur http://law.justia.com (Consulté le 16/02/2016). *Cf.* également JOHN B. BELLINGER, & R. REEVES ANDERSON, « Tort Tourism: The Case for a Federal Law on Foreign Judgment Recognition », *Journal of international Law* 54:3, p.502s.
[111] C. TREVOR, *Op. cit.,* p.61.
[112] H.VAN LITH, *Op. cit.,* p.218.

à être saisies de ces cas de diversité, sur le fondement des dispositions du règlement interne des juridictions.[113] »

113. En fait, la Constitution peut également mettre en lumière d'autres règles dans ce domaine, notamment au regard du commerce interétatique. Ainsi, la clause relative à cet aspect reprise dans l'article I de la Constitution donne un pouvoir législatif au gouvernement national. Bien évidemment, ce pouvoir peut être appliqué en matière de relations internationales, d'affaires étrangères, ou encore de commerce et de taxes internationales. Il semble évident que cet article peut servir de base solide à la réglementation des compétences internationales des tribunaux fédéraux et étatiques[114].

114. D'ailleurs, la règle du *Second Restatement of Conflict of Laws* va également dans ce sens. Nous devons néanmoins souligner (une fois de plus) que ces réglementations et ces principes généraux doivent être appréhendés au regard des spécificités du système judiciaire américaine, notamment de l'importance de la Constitution, mais également des particularismes propres à chaque État et de leur amplitude en matière de législation interne[115].

115. Dans une vision plus globale et internationale, il est clair que la Constitution des États-Unis adopte largement les critères de la nationalité et de la citoyenneté. Bien que ces critères soient autorisés dans le cadre général de la Constitution, ils ne sont pas réellement insérés dans les textes du Code de procédure civile. En fait, ces critères ont été officiellement retenus par la Cour Suprême dans l'affaire *Blackmer v. USA* [116]. La conclusion du jugement stipule que le principe de nationalité est totalement en accord avec la Constitution. Si la relation avec le *forum* est considérée comme suffisante, alors la compétence peut parfaitement être attribuée. De plus, en s'appuyant sur la théorie de la souveraineté, le juge de cette même Cour Suprême à déclaré que la compétence s'applique sur chaque citoyen *in personam*. Autrement dit, chaque citoyen est tenu de connaitre les lois des États-Unis, mais surtout de les respecter[117]. En outre, une section du *Second*

---

[113] J. TIDMARSH, *Litiges complexe et système adversatif*, New York, Fondation de la presse, 1998, p.325.
[114] *Ibid*.
[115] H.VAN LITH, *Op. cit.*, p.217
[116] Texte en ligne sur http://supreme.justia.com/cases/federal/us/284/421/case.html. Consulté le 12/05/2013.
[117] R. CASAD ET R. RICHMAN, *Jurisdiction in civil Action*, vol. 1 & 3-3, pp.364 ss. R. Casas ET R. RICHMAN, compétence dans l'action civile, vol. 1 & 3-3, pp.364 ss.

Restatement of Conflict of Laws confirme également le bien-fondé juridique des critères de la nationalité et de la citoyenneté. Il s'agit de la section 31 qui énonce :

> « *A state has power to exercise judicial relationship to the state makes is a national or citizen of the state unless the nature of the individual's relationship to the state makes the exercise of such jurisdiction unreasonable.*[118] »

116. À ce stade, nous devons expliquer plus en détail la différence entre la nationalité et la citoyenneté. En effet, de manière générale, la citoyenneté américaine est obtenue soit automatiquement par naissance, soit par naturalisation. De l'autre côté, la nationalité correspond plutôt à la citoyenneté d'un État. En d'autres termes, la nationalité repose sur le principe de résidence[119]. À la lumière de cette distinction fondamentale, le Quatorzième Amendement, dans sa première section, indique que : « Toutes les personnes nées ou naturalisées aux États-Unis et relevant en conséquence de la compétence de la juridiction sont citoyennes des États-Unis et de l'État dans lequel elles résident »[120]. Dès lors, un individu peut, tout à fait, être citoyen américain et citoyen d'un État en même temps[121]. Mais ce n'est pas toujours le cas, puisque l'ensemble des citoyens américains ne résident pas toujours dans ce pays, ceux-ci ne sont donc pas forcément citoyens d'un État. Cette distinction explique ainsi que les notions d'appartenance et de résidence dans un État peuvent se chevaucher d'un point de vue de l'exercice des compétences juridictionnelles[122].

117. Au regard de la loi *Long Arm*, il apparait que le domicile est le critère privilégié pour le défendeur, au détriment des critères de nationalité ou d'appartenance à un État[123]. Aussi, la *Common Law* ne reconnait pas les critères de citoyenneté et de nationalité du

---

[118] Texte en ligne sur http://law.justia.com/codes/new-mexico/2006/nmrc/jd_31-18-15-1529.html. Consulté le 12/05/2013. Traduction : « *Un Etat a le pouvoir d'exercer relation judiciaire à l'état fait est un ressortissant ou un citoyen de l'État à moins que la nature de la relation de l' individu à l'État rend l'exercice de cette compétence déraisonnable*. »

[119] H.VAN LITH, *Op. cit.*, p.262

[120] Texte en ligne sur http://law.justia.com/constitution/us/amendment-14/102-enforcement.html. Consulté le 16/02/2016.

[121] ROSENBERG, H. SMIT & KORN, « Elements of Civil Procedure », H. SMIT (éd.). *Les conflits de juridiction en procédure civile*, in *Revue internationale de droit comparé* 42, n°3, Juillet-septembre 1990, pp.871-884. ROSENBERG, H. Smit & KORN, « Éléments de procédure civile », H. SMIT (éd.). Les Conflits de juridiction en procédure civile, dans *la Revue internationale de droit comparé 42*, n ° 3, juillet-septembre 1990, pp.871-884.

[122] H.VAN LITH, *Op. cit.*, p.262s

[123] R. CASAD et R. RICHMAN, *Op. cit.*, p. 367

défendeur comme base juridictionnelle[124]. Ainsi, pour être autorisés, ces critères doivent impérativement être validés par une loi, l'État fédéral n'a pas légiféré de façon claire et précise la réglementation de la compétence internationale. Dans celle-ci, les limitations sont encadrées par les procédures standards. Dans ce cas, c'est toujours la compétence générale qui prime, peu importe la nature de la demande. Or, dans la réalité, il semble que l'application de ce critère de nationalité soit très peu employée. Prenons l'exemple de la Californie, dont la législation est catégorisée comme « sans limite ». Dans les lois de cet État, les critères de nationalité et de citoyenneté sont considérés comme des bases « possibles » de compétence. De son côté, le Michigan, ayant une législation de type hybride, considère que le critère de la nationalité est parfaitement compatible avec la loi *Long Arm*. En fait, dans cet État, il n'existe que peu de lois qui prennent réellement en considération le critère de citoyenneté du défendeur en matière de compétence des tribunaux[125].

118. Finalement, en Floride et dans l'État de New York, l'approche *one-step* est clairement refusée. Ils n'étendent donc pas la compétence des tribunaux en dehors de la procédure régulière. Pour eux, le critère de la citoyenneté est donc la base de leur juridiction. En d'autres termes, ce critère est essentiel dans la détermination de la compétence matérielle des tribunaux de ces États en matière d'extranéité et de diversité[126].

B. L'affirmation et la limitation du principe constitutionnel par la Cour Suprême

119. Lors de l'affaire *Pennoyer* v. Neff [127], la Cour suprême a confirmé la constitutionnalisation de la compétence internationale pour l'ensemble des tribunaux des États-Unis. Dans cet arrêté, il a été clairement stipulé que « *a court can exert personal jurisdiction over a party if that party is served with process while physically present within*

---

[124] G. BORN, International civil litigation in United States courts : commentary & materials. The Hague, Boston, Kluwer Law International, 3rd ed, 1996, p.103. G. BORN, litige civil international dans les tribunaux américains: matériaux de commentateurs &. La Haye, Boston, Kluwer Law International, 3e éd, 1996, p.103.
[125] *Ibíd*. p.105.
[126] G. BORN, *International civil litigation*, 2011, §3 at 105, p.512. G. BORN, *litige civil international*, 2011, § 3 à 105, P.512.
[127] Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1878) [En ligne] http://www.lawnix.com/cases/pennoyer-neff.html (consulté le 17/02/2016).

the state »[128]. Cependant, la décision met également en lumière une obligation relative à l'exercice de cette compétence. En effet, celle-ci ne peut se réaliser que de manière compatible avec la Constitution des États-Unis. Par conséquent, les règles de compétence tombent sous l'emprise des normes constitutionnelles.

120. Comme nous l'avons mentionné plus haut dans ce travail, deux règles ont induit la constitutionnalisation de la compétence internationale. D'une part, il s'agit de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice entre les États[129]. Ainsi, l'article IV de la Constitution établit que « la reconnaissance, dans chaque État, des procédures judiciaires, actes publics, minutes et procès-verbaux dans tous les autres États. Et le Congrès pourra, par des lois générales, prescrire la manière dont la validité de ces actes, minutes et procès-verbaux sera établie, ainsi que leurs effet [130] ». Sous l'appellation du Full Faith and Credit, le principe sous-jacent correspond bien évidement à l'obligation de chaque État d'exécuter le jugement qui a été rendu préalablement dans un autre État. La logique est donc celle de la coopération entre les juges de l'ensemble des États[131].

121. Cependant, il existe certaines exceptions à cette règle générale. Prenons l'exemple de l'affaire d'Arcy v. Ketchum[132]. Dans celle-ci, la Cour Suprême a permis aux États de ne pas reconnaitre systématiquement les jugements prononces dans les autres États, uniquement si la décision prise n'apparait pas totalement fondée.

122. D'autre part, une autre source de l'encadrement constitutionnel correspond à la règle du Due Process[133.] Ce texte impose deux principales restrictions au niveau de la

---

[128] « Un tribunal peut exercer la compétence personnelle sur une partie si celle-ci est servie avec proccessus alors qu'il est physiquement présent dans l'Etat. »

[129] L. SILBERMAN, *Enfoncement and Recognition of Foreign Country Jugements in the U.S*., 2004, p.253 ; C. KESSEDJIAN, La Reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis, 1987, Paris : Economica, 1987, p.499.

[130] l'article IV (section 1) de la Constitution américaine qui énonce que: Pleine foi et crédit seront accordés, dans chaque État, aux actes publics, minutes et procès-verbaux judiciaires de tous les autres États. Et le Congrès pourra, par des lois générales, prescrire la manière dont la validité de ces actes, minutes et procès-verbaux sera établie, ainsi que leurs effets. (consulté le 17/02/2016).

[131] Sur ce sujet cf. J. B. BELLINGER, & R.R. ANDERSON, Tort Tourism: The Case for a Federal Law on Foreign Judgment Recognition, *Journal of international Law* 54:3, p.502 ss.

[132] [En ligne] http://supreme.justia.com/cases/federal/us/52/165/.

[133] H.VAN LITH, *Op. cit.*, p.219. Ou encore B. GARY et P. B. RUTLEDGE, International Civil Litigation in United States Courts (4th edition), 2007, p.78. Sur le sens du Due Process, voir O. STEPHENS et J. M. SCHEB, American constitutionnal law, vol. II, cinquième édition, 2012, p.15 (consulté le

compétence[134] : tout d'abord, toutes les parties doivent recevoir un avis juste et en adéquation avec leur action, et ensuite, une relation minimum doit être établie avec l'État du for. En outre, au regard de la clause de respect du Quatorzième Amendement[135], la Constitution américaine a également limité l'application extraterritoriale des droits des États. Celle-ci indique clairement qu'aucun État « *ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière* ».

123. Nous pouvons clairement affirmer que l'exercice de la compétence des tribunaux américains est encadré par des normes constitutionnelles. En ce sens, suite à la décision de la Cour Suprême dans l'affaire D'Arcy v. Ketchum, que nous venons de décrire plus haut, il apparait que le problème était initialement regardé d'un point de vue du droit international. Cependant, il est très rapidement devenu une question d'ordre constitutionnel[136]. Une autre affaire a donné une ampleur encore plus large aux critères de compétence constitutionnelle. En effet, la décision prise dans le cadre de l'affaire *International Shoe Co. v. Washington*[137] a étendu ces critères qui ne sont pas liés au *forum.* Cependant, un texte législatif doit impérativement supporter une telle décision. Plusieurs affaires telles que l'affaire *« Pennoyer v. Neff »*, ou encore, l'affaire *« International Shoe Company. v Washington »* démontrent que les critères issus de *la Common Law* doivent impérativement être respectés. Néanmoins, les États ont la possibilité de créer des lois à portée extraterritoriale relatives aux défendeurs étrangers. Il s'agit des lois de type Long Arm, que nous détaillerons ultérieurement[138].

124. De manière générale, lorsque la Cour Suprême prend une décision en matière de normes constitutionnelles dans le cadre de litiges interétatiques, elle est également applicable à des litiges internationaux. Dans plusieurs affaires, les tribunaux américains ont en effet appliqué les règles issues de ces décisions dans les litiges de portée internationale.

17/02/2016). M. BOGDAN, « Compétence » in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. L'Académie de droit international de La Haye. 1988. p.53 et s.

[134] M. BOGDAN, *Op. cit.,* , p. 53.

[135] O. STEPHENS et J. M. SCHEB. *Op. cit.,*

[136] H. VAN LITH, *Op. cit*., p.220.

[137] [En ligne] http://www.lawnix.com/cases/international-shoe.html (consulté le 17/02/2016); Voir également, L. R. MARCUS, *Civil Procedure, a Modern Approach* (3th édition), 2000, p.686 s.

[138] H. VAN LITH, *Op. cit,* p.216 s.

Notons, que cette application a été, en quelque sorte automatique. En fait, la question ne s'est pas réellement posée quant à savoir quelle règle devait être appliquée pour de défendeurs étrangers. La principale raison correspond à l'habitude du principe de souveraineté de chaque État[139]. Ainsi, cette vision interétatique est automatiquement étendue dans le cadre d'un pays étrangers.

Section 2 : La compétence basée sur un rattachement flexible

125. De manière générale, le système juridique américain applique les règles issues de la *Common Law*. Dans le cadre des règles de conflit de compétence pour les litiges internationaux, ce texte oblige d'avoir un lien minimum entre le litige et le *forum*. Ce système apparait comme étant relativement flexible. Bien que les pays qui se basent sur la *Common Law* possèdent des règles bien moins strictes que celles appliquées dans la majorité des pays européens, dans les premiers, il existe néanmoins des moyens *« de remédier dans une certaine mesure aux abus et aux excès du régime juridictionnel, en particulier pour lutter contre le* forum shopping *et les occasions de chantage des demandeurs*[140]». En fait, il s'agit des règles appelées *forum conveniens* ou *forum non conveniens*. Dans un premier temps, nous allons nous attarder plus amplement sur la règle dite du *forum non conveniens* (paragraphe 1). Ensuite, dans un second temps, nous nous focaliserons sur des règles propres au droit américain et aux États fédérés, à savoir les règles issues des lois fédérales de type *Long Arm* (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le forum non conveniens

126. Fondamentalement, le droit américain est basé sur des principes issus de la *Common Law*. Dans ce contexte, ce sont les normes fédérales qui attribuent précisément la compétence juridictionnelle des États. Ainsi, dans cette logique, les tribunaux fédéraux exercent leur juridiction uniquement lorsqu'elle est encadrée par des normes fédérales qui

[139] *Ibid.*
[140] B. SCHNEIDER, « Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain) », dans *RIDC Revue internationale de droit comparé*, vol. 27, n°3, 1975, p.602.

dictent les compétences en la matière. Une des caractéristiques essentielles de la *Common Law* dans le système américain correspond à la règle du *forum non conveniens*. À travers l'application de celle-ci, il semble évident que les pays de *Common Law* possèdent une grande flexibilité au niveau de leurs compétences juridictionnelles internationales. Par conséquent, bien que cette règle demande néanmoins une application stricte des textes législatifs et un travail conséquent de la part du juge. Concrètement, le juge se doit, d'un côté, de déterminer quel est le for qui possède la relation la plus étroite avec le litige et, de l'autre côté, de s'assurer que ce for étranger soit parfaitement compétent pour juger du litige en question. Dans le point suivant, nous examinerons la manière dont la *Common Law* a développé le principe du *forum non conveniens* (A). Ensuite, nous expliquerons dans quelle mesure cette règle est réellement flexible (B).

A. Le développement du principe du forum non conveniens

127. Étymologiquement, la théorie du forum non conveniens est un terme latin qui peut se traduire de la manière suivante : « la faculté qui est ouverte au tribunal saisi de pouvoir décliner sa compétence s'il estime qu'il existe un for alternatif lui paraissant plus approprié »[141]. Autrement dit, elle concerne l'exercice ou le non exercice de la compétence des tribunaux dans le cadre d'une affaire ayant un ou plusieurs éléments d'extranéité. L'objectif d'une telle règle est de veiller à ce que les intérêts des deux parties soient respectés, mais également afin d'empêcher une juridiction d'empiéter sur une autre. Pour éviter qu'un justiciable choisisse lui-même la juridiction la plus intéressante pour son affaire (cette pratique est également nommée le *forum shopping*), le juge est tenu d'expliquer de manière précise et cohérente la raison du rejet de sa compétence pour cause de *forum non conveniens*.

128. Dans une vision générale et au regard du droit international privé américain, nous pouvons mettre en lumière trois principaux types ou catégories de règles de conflit de compétences, à savoir les régimes ouverts, fermés et mixtes. Habituellement, seule une distinction est faite entre les deux premiers systèmes (fermés et ouverts). Ainsi, nous pouvons les caractériser de la manière suivante : le système fermé « *définit strictement les*

[141] L. MARTINET et O. AKYUREK, « La théorie du forum non conveniens dans les pays de *Common Law* », *Petites affiches*, n°186, 18 Septembre, 2006, p.5 s.

cas dans lesquels les tribunaux ont compétence, ne laissant aucune place à la discrétion judiciaire [… tandis que le système ouvert possède] règles vagues et générales de compétence, en laissant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire[142]».

129. Trois principaux aspects peuvent caractériser le système ouvert. Tout d'abord, les limites sont inexistantes. En fait, il n'existe pas de dispositions qui attribuent précisément les compétences. Bien qu'une liste de celles-ci puisse être établie, elle n'est jamais exhaustive, donc jamais limitée. Ensuite, généralement, les normes sont très larges concernant les facteurs de rattachement. Par conséquent, il s'agit plutôt d'une appréciation au cas par cas en fonction des caractéristiques de chaque litige. Parfois, ce système ouvert est appelé *soft rules*[143]. Comme nous l'avons mentionné plus haut, ce type de système permet au tribunal de décliner sa compétence. Dans ce cas, l'argumentation de ce choix pourra être basée sur des considérations relatives à l'équité, au caractère raisonnable ou à des considérations de convenience. En d'autres termes, les tribunaux eux-mêmes ont un degré de discrétion judiciaire qui leur permet de juger s'ils sont aptes ou non à exercer leurs compétences dans une affaire particulière[144].

130. Ainsi, dans la législation américaine, il existe deux grands concepts entourant les compétences des tribunaux dans ce contexte. Il s'agit, d'une part du lien étroit entre le litige et la juridiction compétente et, d'autre part, du lien flexible. L'intérêt de ce système ouvert dans les règles de conflit de compétence internationale doit être aperçu à la lumière de la volonté d'appliquer la règle qui sera la plus adaptée au regard des caractéristiques du litige. En réalité, le système américain, en matière de conflits, se base sur « une approche orientée politique et résultat », nommée *Policy -and result- oriented approach of the American conflicts method*[145]. Dans ce sens, il convient de prendre en considération les conséquences sociales que peut induire une décision de justice. Cette dernière étant en mesure de déséquilibrer les deux parties, puisqu'une partie est considérée comme faible et l'autre nettement plus forte. Pratiquement, la méthode juridique appliquée est celle correspondante aux clauses ouvertes ou « clauses d'exception » (les *open-ended rules*).

---

[142] H. VAN LITH, *Op. cit.*, p.331.
[143] O. DRAF, *Selected Issues of Private International Law and of Contracts on the Internet*, 1999, p.101. [En ligne] http://digitool.library.mcgill.ca/view/action/singleViewer.do (consulté le 17/02/2016).
[144] H. VAN LITH, *Op. cit.*, p.335
[145] O. DRAF, *Op. cit.*, p.101.

Celles-ci permettent au juge d'avoir une certaine liberté, encadrée, bien évidemment, par des objectifs précis à atteindre. Très certainement, bien qu'elles soient nommées des "règles", en pratique, ce sont plutôt des principes généraux du droit[146].

131. Dans une perspective de comparaison, ce type de système n'existe pas vraiment dans le droit français ou irakien. En effet, dans ceux-ci, des règles nettement plus fermes encadrent les pratiques en la matière. L'objectif de cet encadrement plus strict est de mettre en place une sécurité juridique. Cependant, certaines règles indiquées dans le droit international privé laissent la place à une liberté. Mais, dans ce cas, celle-ci est quand même sous contrôle. Cet encadrement s'applique sur le choix de la règle que le juge applique, ainsi que sur sa décision de se baser sur une règle subsidiaire[147].

132. Au sein du système juridique américain, deux textes principaux encadrent les pratiques des tribunaux : d'une part, la *Common Law* et, d'autre part, le droit civil. Ce dernier ne s'applique pas réellement avant qu'un réel conflit ne survienne. Par conflit, nous pensons à la situation qui verra la même affaire jugée dans deux tribunaux différents. Dans ce cas, on parle de litispendance (littéralement, *lis alibi pendens*). Cette exception existe en droit français, mais également international. Par définition, cette notion correspond à la circonstance suivante : « *deux juridictions de même degré ont été saisies du même litige alors qu'elles sont également compétente pour connaître de l'affaire* » [148].

133. La jurisprudence a fait intégrer cette notion afin d'être en mesure de se positionner face à ces situations. Ainsi, puisqu'un tribunal ne peut pas juger une affaire si une procédure est déjà en engagée (ou pendante) dans un autre tribunal, le juge qui a été saisi en second doit se déclarer incompétent[149]. L'affaire sera donc jugée par le premier tribunal saisi afin d'éviter tout conflit de compétence. Notons que l'invocation de la litispendance peut se réaliser en droit interne (deux tribunaux d'un même pays ont été saisis) et en droit international (deux tribunaux dans deux pays différents ont été saisis). En pratique, cette approche issue du droit civil a pour objectif de faciliter les procédures. Sa neutralité est

---

[146] N. DONGOIS, et M. KILLIAS, *L'américanisation des droits Suisse et continentaux*, 2006, p.280. [En ligne] http://www.lalive.ch/data/publications/ (consulté le 17/02/2016).
[147] H. VAN LITH, *Op. cit.*, p.214
[148] *Dictionnaire de droit privé* de S. BRAUDO. [En ligne] http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/litispendance.php (consulté le 17/02/2016).
[149] M. BOGDAN, *Op. cit.*, p.57 et C. TREVOR, *Op. cit.*, p.142.

également bel et bien présente puisqu'il est plus aisé de déterminer lequel des deux tribunaux a été saisi en premier. Aucune contestation ne peut être émise à ce sujet. Cependant, elle possède un inconvénient de taille, à savoir qu'il n'est pas possible de déterminer ou de choisir le tribunal le plus compétent ou le plus approprié[150].

134. De son côté, la *Common Law* se base sur un principe très différent, celui du *forum non conveniens*. Au contraire de la litispendance que nous venons de décrire, cette règle permet de déterminer le tribunal le plus approprié au regard de la compétence encadrant l'affaire. Ici, peu importe quel tribunal a été saisi en premier lieu. Ainsi, la règle du *forum non conveniens* apparait nettement plus rationnelle que le principe du droit civil correspondant à la litispendance. Mais, dans ce sas, il existe un risque à considérer : la subjectivité. En effet, il peut arriver que deux tribunaux différents aboutissent à deux décisions différentes, même si des critères identiques ont été appliqués[151].

135. Une autre différence entre l'approche basée sur le *forum non conveniens* et celle de la litispendance correspond au fait que dans le cas du premier, il ne faut pas attendre que le conflit ait surgi. Concrètement, la première approche s'applique au moment du jugement de l'affaire, mais également dans le cas où une affaire aurait pu être jugée devant des tribunaux d'un autre pays. Autrement dit, elle s'applique même si aucun conflit n'a eu lieu[152]. Notons aussi que son objectif ou ses enjeux sont nettement plus larges que la litispendance. En effet, le forum non conveniens ne se préoccupe pas uniquement de résoudre un conflit entre deux juridictions, mais il ambitionne de rendre une justice plus adaptée aux situations des deux parties. En ce sens, il veille à ce que l'affaire soit jugée devant le tribunal le plus compétent. De part cette direction, les intérêts privés sont réellement privilégiés par rapport aux intérêts publics[153].

136. Au regard de leurs caractéristiques, il apparait que le droit civil et la *Common Law* fonctionnent très différemment. Leurs objectifs ne vont pas dans la même direction : d'un côté, le droit civil souhaite éviter tout conflit entre deux tribunaux, tandis que de l'autre

---

[150] C.TREVOR, *Op. cit.*, p.142.
[151] *Ibíd*. Voir aussi A. LOWENFELD F, « Compétence des tribunaux » dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*. L'Académie de droit international de La Haye. 1994. p.88.
[152] C.TREVOR, *Op. cit.*, p.143
[153] C.TREVOR H, *Op. cit.*, p. 143. Voir aussi . M. BOGDAN, *Op. cit.*, pp. 57s

côté, la *Common Law* met plutôt l'accent sur le choix du tribunal le plus compétent. Notons que dans les pays où la procédure est uniquement basée sur le droit civil, les tribunaux ne possèdent pas de pouvoir discrétionnaire pour décliner leur compétence et la transmettre à un tribunal d'un autre pays[154]. Dans le cadre d'une affaire portée devant deux tribunaux présents dans différents pays, les procédures basées sur le droit civil induise une résolution du conflit de compétence nettement plus rapide. En effet, sachant que les deux tribunaux voudront examiner cette affaire, c'est la règle générale du droit qui est appliquée automatiquement.

B. La flexibilité du forum non conveniens

137. Le principe du *forum non conveniens* a été adopté par les États-Unis en 1947, c'est-à-dire avant qu'il ne le soit en Angleterre. Il a été considéré comme un moyen efficace pour soulager l'engorgement du système judiciaire du pays. La toute première décision de ce type a été prise par la Cour Suprême dans l'affaire *Gulf Oil v. Gilbert 384*[155]. Le juge en charge du dossier (Jackson Justice) a déterminé la liste des facteurs à considérer et les a divisé en deux catégories : d'une part, les facteurs d'intérêt privé ; d'autre part, les facteurs d'intérêt public. Pour les premiers, le juge les décrit comme suit :

> « *Une des considérations importantes est relative à la facilité d'accès aux sources de la preuve ; la disponibilité des processus obligatoires pour la participation des réticents, et le coût d'obtention des prêts, la fréquentation des témoins; possibilité de vue des locaux, si vue serait approprié à l'action; et tous les autres problèmes pratiques qui font état d'une affaire facile, rapide et peu coûteuse. Il peut aussi y avoir des questions quant à l'exigibilité d'un jugement si l'on obtient. Le tribunal va peser avantages et obstacles à un procès équitable. On dit souvent que le demandeur ne peut pas, par choix d'un forum peu pratique, « vexer », « harceler », ou « opprimer » par le défendeur lui infligeant dépense ou ennuis pas nécessaire de son propre droit de poursuivre son remède. Mais à moins que l'équilibre soit fortement en faveur du défendeur, le choix du demandeur du forum devrait être rarement perturbé*.[156] »

Quant aux seconds, ils sont développés ainsi :

---

[154] C.TREVOR H, *Op. cit.*, p 143 s

[155] 330 US 501 ; 67 S. Ct. 839 ; 91 L. Ed. 1055 (1947) [En ligne] https://www.law.cornell.edu (consulté le 17/02/2016) ; Voir également M. BOGDAN, *Op. cit*, pp.57 s.

[156] 330 US 501 ; 67 S. Ct. 839 ; 91 L. Ed. 1055 (1947) . [En ligne] https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text (consulté le 17/02/2016).

« *Les seconds facteurs d'intérêt public ont également lieu dans l'application de la doctrine. Les difficultés administratives suivent pour les tribunaux lorsqu'un litige est entassé dans les centres congestion au lieu d'être manipulé à son origine. La fonction de juré est un fardeau qui ne devrait pas être imposée aux personnes d'une communauté qui n'a aucun rapport avec le litige. Dans les cas qui touchent les affaires de beaucoup de personnes, il y a lieu de tenir le procès à leurs yeux et à atteindre plutôt que dans des régions éloignées du pays où ils peuvent apprendre de lui par rapport seulement. Il y a un intérêt local ayant controverses localisées décidées à domicile. Il existe une opportunité, aussi, à avoir le jugement de la diversité affaire dans un forum qui est à domicile avec la loi de l'État qui doit régir le cas, plutôt que d'avoir un tribunal dans certains autres problèmes de démêler forum de conflit de lois, et en droit étranger à lui-même. Cet arrêt supra a confirmé par un autre arrêt une affaire Piper Aircraft v. Reyno décidé en 1981.*[157] »

138. L'ensemble de ces facteurs sont appelés des *conveniens factors* et correspondent aux conditions qui permettent d'appliquer la règle du *forum non conveniens*. L'analyse de cette décision et des préoccupations du juge dans cette affaire montre clairement un effort fourni afin de garantir un tribunal le plus approprié possible pour le jugement. Cependant, cette recherche du tribunal le plus compétent implique forcément la considération de facteurs subjectifs. Par conséquent, il existe réellement une incertitude dans ce type de dossier. Généralement, les critiques qui sont adressées à ce type de procédure correspondent à la suspension ou au rejet de la décision, plus qu'à la privation du demandeur de son *forum* légitime[158].

139. Ainsi, de manière générale, cette flexibilité octroie un pouvoir discrétionnaire aux juridictions américaines, elle se base sur la règle du *forum non conveniens*, les tribunaux peuvent transmettre une affaire à un autre tribunal, s'ils considèrent ce dernier comme plus compétent au regard des caractéristiques spécifiques de l'affaire en question[159].

140. Soulignons que cette règle peut être également appliquée si le tribunal est juridiquement compétent. En fait, ce transfert de compétences se réalise suite à une demande effectuée par le défendeur pour soumettre son affaire à un autre tribunal américain. Dans le cadre d'un recours collectif et transnational, un des *conveniens factors*

[157] 454 US 235 ; 102 S. Ct. 252 ; 70 L. Ed. 2d 419 (1981). [En ligne] https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US (consulté le 17/02/2016).
[158] BOGDAN, *Op. cit.*,p.57.
[159] *Ibid*.

correspond à la présence d'un membre « étranger ». Par conséquent, la probabilité que le tribunal initialement saisi garde l'affaire au lieu de la transférer à un autre nettement plus compétent est faible[160]. Bien évidemment, ce type d'approche n'existe pas en Irak.

141. Comme nous l'avons démontré, deux types de règles de compétences peuvent être employées aux États-Unis : d'une part, les règles spéciales (telles que le *forum non conveniens*) et, d'autre part, les règles issues du droit commun. Dans ce contexte, lorsqu'un défendeur possède des liens substantiels et permanents avec un for, il n'est pas nécessaire de démonter des liens particuliers entre le litige et le for. Ainsi, ce seront les juridictions de droit commun qui auront la compétence. Par conséquent, dans ce cas, le défendeur peut être jugé dans le tribunal qu'il a saisi, même si le litige découle d'une activité effectuée dans un autre État. Très clairement, lorsque le défendeur est résident ou domicilié dans un État, les liens avec le for sont considérés comme suffisants[161].

142. Ce cas est typique d'une personne physique. Par contre, si le défendeur est une personne morale, le facteur de rattachement sera alors le lieu d'enregistrement de la société ou le lieu de son principal établissement. De manière générale, il apparait donc que la présence des parties sur le territoire national des États-Unis est un élément fondamental dans l'attribution des compétences dans le cadre d'un conflit entre deux juridictions américaines. Les critères spéciaux seront pris en considération lorsque le défendeur est non-résident. Dans de tels cas, la compétence générale est basée sur les liens entre le défendeur et l'État, alors que la compétence spéciale prend en considération les liens entre le litige et l'État saisi[162].

143. Depuis 1945, la Cour Suprême a déterminé les procédures relevant d'une analyse moderne de la compétence juridictionnelle des tribunaux. Ainsi, il existe deux principales exigences pour déclarer la compétence d'une juridiction ; des liens suffisants sont obligatoires pour rattacher le litige au for et l'exercice de la compétence doit être équitable. Avec un peu de recul, nous pensons que ces exigences sont des contraintes vraiment générales. Peu importe la catégorie de rattachement, elles s'appliquent dans tous les cas de

[160] H. VAN LITH, *Collective regulations Dutch law and private international law*, 2010, p.51. [En ligne] http://ec.europa.eu/competition/consultations (consulté le 17/02/2016).
[161] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique. *Op. cit.*, p.392
[162] *Ibid*.

figure, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle. Pratiquement, des tests sont employés afin d'appliquer plus facilement ces critères. Il s'agit de listes de critères qui doivent être vérifiés. Cet outil permet de déterminer si les exigences sont remplies au regard de l'affaire en question. Dans deux cas de figure, les liens entre le défendeur et le for sont automatiquement considérés comme suffisants : soit les activités sont volontairement dirigées par le défendeur vers le for, soit une redirection effectuée par le défendeur vers la juridiction qu'il considère être la plus compétente en raison de ses activités. Dans les autres cas, il convient de juger de la compétence juridictionnelle. Ce jugement se doit d'être raisonnable. En ce sens, le juge doit évaluer plusieurs éléments, ainsi que leur caractère raisonnable[163].

144. Ensuite, il sera en mesure d'affirmer la compétence du tribunal, mais également de préciser la nécessité de passer par une *fair play and substantial justice*. Cette dernière correspond à un ensemble de critères issus de l'*International Shoe*. Dans ce cas, le juge doit réaliser un travail supplémentaire, à savoir : déterminer si le jugement n'engendrera pas des charges excessives pour le défendeur. En réalité, il convient donc de prendre en considérations deux aspects afin de poser une décision équilibrée : d'un côté, les intérêts du for ne doivent pas être lésés et, de l'autre côté, le défendeur doit obtenir une réparation correcte lorsque celui-ci est dans son droit[164].

145. Bien évidemment, cette règle imposant l'équité (ou l'équilibre) est également appliquée lorsque le défendeur est étranger. Dans ces cas particuliers, la situation du défendeur est considérée comme plus défavorable que pour un défendeur américain jugé dans une autre juridiction que celle de son propre État. Ainsi, le juge considère attentivement les conséquences que peuvent entrainer le contrôle de la juridiction. Si les liens sont faibles entre le défendeur et la juridiction, le procès pourrait devenir extrêmement couteux pour le défendeur. Finalement, nous souhaitons présenter une affaire

---

[163] *Ibid*.

[164] *Ibid*. Selon la Cour Suprême : Les activités des vendeurs au sein d'un Etat qui serait à l'emploi d' une société étrangère, présentant des échantillons de marchandises et réalissant des commandes de potentiels acheteurs acceptées ou rejetées par une société en dehors de l'État, étaient systématiques et continues, et ont abouti à un grand volume d'affaires inter-États. Une loi de l'État oblige alors les employeurs à verser à la caisse de compensation de chômage de l'Etat un certain pourcentage des salaires versés pour les services d'employés au sein de l'État.
Texte en ligne: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/case.html. Consulté le 18/02/2016.

qui illustre parfaitement nos propos. Il s'agit du cas de *National Contacts v. State Contacts*, dans lequel le défendeur détient des activités dans plusieurs États. Un aspect particulier de cette affaire est que ces activités ne sont pas exercées dans la zone de compétence territoriale de la juridiction fédérale[165].

146. Ainsi, la question qui se pose est la suivante : si les compétences sont déterminées au niveau fédéral en appliquant l'article 4 des *Federal Rules of Civil Procedure*, le juge doit-il vérifier la présence de liens suffisants entre le tribunal et le litige, ou bien la preuve de liens suffisants entre le litige et l'ensemble du territoire américain suffit-elle ? Le processus de décision doit être mis en œuvre en fonction de l'existence d'un texte fédéral spécifique. Dans le cas contraire, la jurisprudence refuse automatiquement l'application d'un cumul de liens pour l'ensemble du territoire des États-Unis. Ainsi, dans le cas d'un procès impliquant une partie de nationalité étrangère, lors d'un recours collectif, ce sont uniquement les règles de compétence internationale ordinaire qui seront appliquées afin d'établir la juridiction compétente[166].

Paragraphe 2 : Les lois de type *Long Arm*

147. Résultant directement de la *Common Law*, les lois de type *Long Arm* ont pour objectif de déterminer les critères applicables aux tribunaux américains pour la compétence extraterritoriale. Ce système juridique peut être une source, tant pour la législation étatique que fédérale[167]. Dans les points suivants, nous nous attacherons à décrire l'origine et le contenu des lois de type *Long Arm* (A), ainsi que le principe de lien minimum exigé par ce système (B).

---

[165] A. SARAT, The Litigation Explosion, Access to Justice, and Court Reform: Examining the Critical Assumptions, 37 Rutgers L. Rev. 319, 320 (1985).

[166] Voir, Comm. on Revision of the Fed. Judicial Sys., U.S. Dep't of Justice, the Needs of the Federal Courts 1-2 (1977); H. JAMES, *Crisis in the Courts* (1968); M. ROSENBERG, *Let's Everybody Litigate?* 50 Tex. L. Rev. 1349 (1972): « *There is a general consensus that at least up through the early 1960s, litigation played a balanced and moderate role in dispute resolution* ». A. SARAT, et M. GALANTER, *The Turn against Law: The Recoil against Expanding Accountability*, 81 Tex. L. Rev. 285, 285-87 (2002).

[167] R. CASAD and R. RICHMAN, *Jurisdiction in civil Action*, vol. I, p.386 ; J. WEINSTEIN, *The federal common law origins of judicial jurisdiction: implications for modern doctrine*, 2004, p.204 [En ligne] http://virginialawreview.org/content/pdfs/90/169.pdf (consulté le 17/02/2016).

A. L'origine et le contenu des lois de type Long Arm

148. Au sein des États d'Amérique, pour obtenir la compétence personnelle, il convient de se baser sur la Loi Long Arm de l'État qui encadre la compétence attributive. Bien évidemment, la règle constitutionnelle du *due process*[168] doit être respectée. Dans certains cas, la loi de type *Long Arm* de l'État n'encadre pas l'action ou l'activité relative au procès. Ainsi, il n'existe aucune compétence particulière dans les textes. Rappelons également que la loi de l'État doit impérativement être en adéquation avec le droit constitutionnel. Autrement dit, des liens suffisants doivent être établis entre la société impliquée dans l'affaire et l'État saisi. Si ces liens ne sont pas établis, l'affaire ne peut pas être présentée devant le tribunal de l'État, puisque la compétence de ce tribunal n'est pas compatible avec les principes et les notions fondamentales de la Constitution, à savoir les normes de procédures et l'équité[169].

149. En fait, les lois fédérales de type *Long Arm* ne prennent généralement pas en considération les critères spécifiques en matière d'attribution de la compétence extraterritoriale. Ainsi, la majorité des règles attribuent plutôt une compétence générale, basée sur le principe de l'autorité de l'État. Par conséquent, ce système juridique découle directement de la *Common Law* et il n'est donc pas nécessaire de mettre en place des règles écrites totalement explicites. Etymologiquement, une loi dite *Long Arm* correspond à une « extension » des lois propres à l'État[170].

150. En matière de critères d'attribution de la compétence, certaines lois de type *Long Arm* font référence de manière explicite aux critères de la résidence et du domicile. Dans

---

[168] Le principe du Due Process est inscrit dans le Cinquième et le Quatorzième Amendement de la Constitution : Les conditions du procès équitable. - Même si une procédure régulière tolère les écarts dans la procédure " appropriée à la nature de l'affaire, il est néanmoins possible d'identifier d'abord ses objectifs et les exigences fondamentales," [Les règles de l'équité procédurale visent à protéger les personnes n'ont pas de la dépossession, mais d'une erreur ou injustifiée dépossession de la vie, la liberté ou de ses biens. Ainsi, les éléments nécessaires d'une procédure régulière sont ceux qui "minimisent les privations foncièrement injuste ou erronées en permettant aux personnes de contester la base sur laquelle un Etat se propose de les priver des intérêts protégés. Le noyau de ces exigences est un préavis et une audience devant un tribunal impartial. Le Due process peut aussi exiger une occasion de confrontation et de contre-interrogatoire, et pour la découverte ; qu'une décision soit prise sur la base du dossier, et que la partie soit autorisé à être représenté par un avocat.
Texte en ligne sur http://law.justia.com/constitution/us/amendment-14/36-procedural-due-process-civil.html#03. (Consulté le 17/02/2016).

[169] O. DRAF, *Op. cit.*, p.101.

[170] H. VAN LITH, International Jurisdiction and Commercial Litigation, *Op. cit*., p.225.

ce cas, elles fournissent un fondement efficace pour la compétence générale. D'autres indiquent l'obligation d'avoir un lien durable avec le *forum* pour obtenir la compétence. Le terme de "durable" renvoie au caractère continu et systématique relatif aux liens entre le défendeur et le *forum*. Ainsi, ce type de critère permet également d'appliquer la compétence générale[171].

151. De nos jours, tous les États d'Amérique du Nord ont adopté une loi de type Long Arm. Le premier État à avoir adopté une telle loi est l'Illinois (en 1955). D'ailleurs, celle-ci est resté un modèle pour d'autres États. Quelques années plus tard, le Congrès a souhaité harmoniser ce type de lois et a ainsi mis en place une loi intitulé l'*Uniform Interstate and international procedure Act* (1963). Inspiré de la loi de l'Illinois, ce texte est un modèle de base pour toutes les lois *Long Arm* des États. Dans le prolongement logique, les règles de compétence extraterritoriale sont donc également harmonisées. Ensuite, ce texte du Congrès fut abrogé en 1977, puisque l'ensemble des États avaient adopté leur loi *Long Arm*. Bien évidemment, ces lois sont toutes, approximativement, basées sur la loi d'harmonisation du Congrès. Leur point commun est donc de contenir une liste de critères que les tribunaux doivent appliquer en matière de compétence des juridictions étatiques lorsque le défendeur n'est pas un résident américain[172]. Notons que cette liste de critères est parfaitement en adéquation avec le texte fondamental de la Constitution américaine.

152. Comme nous l'avons déjà souligné, d'autres États ont adopté un autre modèle. Citons, par exemple, la Californie. Dans cet État, la compétence est attribuée sur la base du « fondement constitutionnel ». La Californie possède son propre Code de Procédure Civile dans lequel il existe une clause de procédure régulière encadrant les principes de la compétence des tribunaux. Sur la base de cette clause, l'État attribue donc généralement une compétence, mais aucune indication n'existe quant aux modalités de recours[173].

153. Au sein des États-Unis, nous voyons donc deux principaux types de support pour l'attribution des compétences : d'une part, les lois possédant une liste définie de critères et,

---

[171] *Cf*. Les statuts de l'Alaska, du Massachusetts, du Maryland, du Michigan, du Montana, de la Caroline du Nord, de la Caroline du Sud, du Tennessee et du Wisconsin. En ligne : http://law.justia.com/codes/alaska. (Consulté le 17/02/2016).
[172] O. DRAF, *Selected Issues of Private International Law and of Contracts on the Internet*, 1999, p.101 [En ligne] digitool.library.mcgill.ca/view/action/singleViewer.do. (Consulté le 17/02/2016).
[173] *Ibid*.

d'autre part, les lois basées sur le fondement constitutionnel. Cependant, cette distinction n'est pas aussi claire. En effet, dans plusieurs cas, les lois Long Arm qui énuméraient les critères de compétence ont subi une transformation (et se sont tournées vers la Constitution). De plus, le manque de lisibilité et de cohérence est visible dans d'autres États. Ce qui provoque également un basculement vers une base constitutionnelle. De manière générale, ces dernières lois sont appelées des « lois hybrides »[174].

154. Dans les lois de type *Long Arm*, que nous venons de décrire, plusieurs dispositions encadrent la compétence territoriale. Celles-ci se basent sur des règles spécifiques, nommées *single-act*, dans lesquelles les liens au *forum* sont réglementés. Ces règles sont donc différentes de celles que nous avons expliquées plus avant. Dans ces *single-act*, il est possible de distinguer plusieurs catégories. La première d'entre elles correspond à des *single-act* encadrant les liens avec le *forum* via des modalités d'exercice de la compétence. Ces modalités s'appliquent aux personnes, que la compétence s'applique directement ou par l'intermédiaire d'un agent[175]. Cette catégorie est illustrée par l'affaire *International Shoe Co. v. State of Washington*, jugée par la Cour Suprême de 1945. Cette Cour a décidé qu'il fallait appliquer le principe suivant :

> « *Le défendeur non-résident d'un État doit avoir un minimum de contacts avec l'État pour pouvoir comparaître devant ces tribunaux. Dans ce cas, la preuve de liens minimum entre le défendeur et l'État est suffisante pour qu'il puisse comparaitre devant le tribunal du for. Cette compétence est attribuée suite à la demande du défendeur. Cependant, il existe deux conditions pour l'application de cette règle, à savoir que la procédure doit être régulière et qu'elle soit employée de manière raisonnable et avec discernement*[176]. »

155. La seconde catégorie prend en considération la conséquence de l'acte ou de l'omission du défendeur par rapport à l'État dans lequel il réside. Cette règle s'applique également dans le cas où cet acte ou omission s'est produit dans un autre État. En d'autres termes, les dispositions de ce type de single-act, incluses dans une loi Long Arm,

---

[174] Selon R. CASAD, il s'agit des États : Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Idaho, Iowa, kanas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, New Hampshire, New jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota (hybrid), South Carolina, South Dakota, Texas, Vermont, Virginia. *Cf.* R. CASAD et R. RICHMAN, *Op. cit.*, p.383. Voir également H. SCOLES *et al.*, *Conflict of Laws*, 2000, p.322.

[175] B. MERCADAL M., *Droit Commercial*. Edition Francis Lefebvre, 20e édition, 2012, p.1358. Ou encore H. VAN LITH, *International Jurisdiction and Commercial Litigation*, *Op. cit.*, p. 276.

[176] *Ibid*.

reconnaissaient la compétence du tribunal du for lorsque l'acte du défendeur réside dans un État a engendré des conséquences dans un autre État. Il s'agit donc d'une relation de cause à effet. Dans le même sens, le texte du Second Restate*ment of Conflict of Laws* énonce que :

> « *Plus les liens entre un État et un défendeur d'un État étranger sont importants, plus l'État étranger aura de probabilités d'exercer sa compétence judiciaire sur lui. Ainsi, si le défendeur exerce ses activités dans cet État, ou s'il fabrique une quantité importante de produits vendus dans cet État, il sera probable que l'État exercera sa compétence judiciaire sur lui. Cela en contrepartie des effets qu'ont produits ses actes dans l'État.* [177] »

156. Dans cette logique, ce type de loi *Long Arm* s'applique de manière automatique lorsque le principe du *forum* n'est pas applicable au regard au fait que le défendeur ne réside pas dans l'État où les conséquences de ces actes se sont produites. L'application d'une telle règle dépend, bien évidemment, de l'existence d'une loi *Long Arm* qui encadre cette situation dans l'État en question. Cette règle apparait comme étant relativement flexible puisque sa portée est large, bien qu'elle demeure dans les limites de la Constitution[178].

B. Les liens minimums

157. Comme nous l'avons mentionné, une compétence peut être attribuée même s'il n'existe pas de lien entre la présence du défendeur et l'État du juge saisi. Cette situation est encadrée par l'Arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire *International Shoes Co. v. Washington*[179]. En réalité, la décision qui a été prise s'écarte totalement de l'approche qui prévalait initialement, à savoir des modalités de procédure basées uniquement sur la territorialité. Ainsi, suite à cet arrêt, il est admis qu'un tribunal puisse être compétent sans qu'il n'y ait de lien entre la présence du défendeur sur le territoire de l'État du for et le tribunal compétent. C'est le concept de justice, et non plus la notion de territorialité, qui a

---

[177] En ligne : http://law.justia.com/lawsearch?query=Second%20Restatement%20. (Consulté le 17/02/2016).
[178] H. VAN LITH, *International Jurisdiction and Commercial Litigation*, *Op. cit.*, p.276. Les États suivants ont adopté des lois à l'attention des non-résidents et des sociétés étrangères : le Connecticut, le Delaware, la Géorgie, l'Iowa, le Kentucky, la Louisiane, le Minnesota, le Mississippi, le New Hampshire, l'Ohio, Rhode Island, le Texas et l'Utah ; voir également. O. DRAF, *Op. cit.*, p.105.
[179] 326 US 310 ; 66 S. Ct. 154 ; 90 L. Ed. 2d 95.

été pris en compte par le juge. Notons que ce principe est relativement proche des procédures existantes dans la *Zumutbarkeit*[180].

158. Cependant, cet arrêt ne semble pas vraiment plus précis que les textes qui existaient auparavant. Aucune précision n'y est indiquée quant aux concepts pris en considération. En fait, il s'agit plutôt d'une interprétation relativement adéquate afin de développer une procédure plus régulière. La base reste néanmoins une application au cas par cas, puisque le critère du « lien minimum » est tout autant un élément général que spécifique. Cette exigence doit, avant tout, être satisfaisante[181].

159. Par la suite, d'autres décisions seront prises quant à ce type de critère. Il existe deux tendances dans ces décisions, en fonction des deux axes suivants : soit les arrêts se basent uniquement sur la notion de territorialité, soit, au contraire, les arrêts sont fondés sur les considérations relative à la justice. Pour le premier axe, cette tendance peut être illustrée par la décision dans l'affaire *Hanson v. Denckla* jugée en 1958[182]. Dans celle-ci, la Cour Suprême a statué que le défendeur qui mène ses activités dans l'État du for induit automatiquement une protection par de cet État.

160. De l'autre côté, pour donner un exemple de la seconde tendance, nous pouvons citer l'exemple de l'affaire *Shaffer v. Heitner* datant de 1977[183]. L'arrêt de la Court Suprême des États-Unis énonce que les critères basés uniquement sur les biens ne peuvent plus être un fondement pour juger de la compétence d'un tribunal. Soulignons que certaines exceptions sont prévues par ce texte. Le principe sous-jacent à cette décision est le fait que le juge a considéré que les actions intentées contre les biens sont, par conséquent, également intentées contre les droits de l'individu. Ainsi, il est impératif d'avoir une preuve de l'existence de liens entre la personne et le for. Sans quoi, le tribunal ne pourrait pas exercer sa juridiction sur cette affaire[184].

---

[180] G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication, mondialisation de la résolution des litiges », *Kluwer Law International.* 1998, p.101.
[181] [En ligne] http://www.jiclt.com/index.php. (Consulté le 17/02/2016).
[182] En ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/235/. (Consulté le 17/02/2016).
[183] Résumé de l'affaire de Shaffer c. Heitner, 433 US 186, 97 S. Ct. 2569, 53 L. Ed. 2d 683 (1977) [En ligne] http://www.lawnix.com/cases/shaffer-heitner.html (consulté le 19/12/2014).
[184] G. KAUFMANN-KOHLER, *Op. cit.*, p.101.

161. Dans une autre direction, citons également l'affaire *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, dans laquelle la Cour Suprême a statué en 1980[185]. La décision a été celle de reformuler la condition du *purposeful availment* en y ajoutant le caractère raisonnable relatif à l'exercice de la compétence. Ce dernier doit être apprécié par rapport à la demande du défendeur, mais pas seulement. Il convient également de regarder d'autres éléments, notamment l'intérêt du demandeur et l'intérêt de ou des États[186]. Dans cet arrêt, il a été clairement précisé que le fait qu'une action puisse produire des dommages dans un État du for n'était pas une condition suffisante pour attribuer une compétence. Une autre notion rentre en jeu : celle de la prévisibilité. En ce sens, les liens entre le défendeur et le for peuvent induire une certaine prévisibilité à être jugé dans l'État du for. En plus, ce texte propose la théorie du *stream of commerce*. Il s'agit de réaffirmer que le principe du *due process* ne va pas à l'encontre de l'attribution de la compétence d'un tribunal dans l'État du for pour une entreprise qui vend ses produits ou services à l'attention des consommateurs de l'État en question[187].

162. Balancée entre les deux grandes tendances, dans l'affaire *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, Solano county* de 1987[188], la décision des juges a été totalement partagée entre deux directions par rapport à la théorie du *stream of commerce*. En effet, certains d'entre eux considéraient que la notion de prévisibilité était tout à fait suffisante. Au contraire, d'autres estimaient que le fabriquant ne pouvait pas réellement avoir conscience que les flux de vente de ses produits iraient jusqu'à l'État du for[189]. Grâce à ce texte, les tribunaux ont eu une base solide (juste et en adéquation avec le Constitution) sur lesquelles ils ont pu s'appuyer afin de répondre aux questions relatives à la théorie du *stream of commerce*[190]. En fait, cet arrêt a mis en lumière le devoir d'avoir des arguments

---

[185] Texte en ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/286/case.html. (Consulté le 17/02/2016).
[186] G. KAUFMANN-KOHLER, *Op. cit.*, p.101.
[187] *Ibid*.
[188] Le 24 février 1987, la Cour Suprême a rendu une décision indiquant que l'affaire *Asahi Metal Industry Co.v. Superior Court of California, Solano county* devait être transférée afin de respecter le principe du *Due Process* inscrit dans la Constitution. En fait, le jugement reposait sur l'autorité de la Cour en matière de contrôle judiciaire. Cette affaire a initialement été examinée par la Cour suprême de Californie, avant d'être jugée par la Cour suprême des États-Unis.
Texte en ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/102/. (Consulté le 17/02/2016).
[189] G. KAUFMANN-KOHLER, *Op. cit.*, p.102.
[190] Le flux de la théorie du commerce se réfère à un principe qui permet à un État d'exercer sa compétence personnelle sur un défendeur si ce dernier met un produit sur le marché général et le produit provoque des

de poids afin de d'affirmer le caractère raisonnable. Il apparait donc que le lien doit être relativement important pour attribuer la compétence à un tribunal dans une affaire qui juge les actes d'une personne habitant en dehors des frontières nationales. Autrement dit, les juges doivent impérativement mettre en place un dossier solide et travailler de manière minutieuse sur les critères de compétence lorsque l'affaire prend une dimension internationale[191].

163. En matière de liens minimums, il convient de faire une distinction entre les juridictions, dont les critères retenus, sont soient d'ordre général et d'ordre spécifique. En fait, dans le premier cas, le tribunal est en mesure de juger de nombreuses actions vis-à-vis du défendeur, même si elles n'ont pas un lien direct avec le for. La justification vient du fait qu'il existe des liens relativement stables et durables entre l'État du for et le défendeur (notamment, le domicile). Tandis que dans le second cas, une limite est clairement fixée. Celle-ci est relative au lien entre les activités et le for. Dans cette approche, le lien est nettement moins intense entre le for et la cause du litige. Prenons l'exemple du lieu où un acte illicite est commis[192]. Au regard de la compétence générale, nous devons mettre en lumière les questions concernant la nature des liens pour soumettre un défendeur à la compétence *in personam*. Dans cette vision, il s'agit généralement de la situation où le défendeur est continuellement présent (en personne) au sein de l'État du for (citons, par exemple, le cas des bureaux). Une autre interrogation correspond à déterminer si le fait d'être résident est une condition suffisante pour appliquer une compétence générale à titre personnel du défendeur (par rapport au critère de domicile ou de nationalité)[193].

164. En fonction du texte de la *Second Restatement of Conflict of Laws*, il apparait que la résidence du défendeur est un critère suffisant pour exercer la compétence générale. Au

---

blessures ou des dommages dans l'État du for, à condition que la partie défenderesse prenne également d'autres actes d'établir un lien avec l'État du for, que ce soit au niveau de la publicité ou l'embauche de quelqu'un pour servir comme agent de vente. Texte en ligne sur http://definitions.uslegal.com/s/stream-of-commerce-theory/. (Consulté le 17/02/2016).

[191] H. VAN LITH, International Jurisdiction and Commercial Litigation, *Op. cit.*, p.217.

[192] G. KAUFMANN-KOHLER, *Op. cit.*, p.102. Sur ce sujet voir aussi R. CASAD, Jurisdiction in civil Actions at the end of the Twentieth Century : Forum Conveniens and Forum Non Conveniens; in Abuse of procedural Right: Comparative Standards of Procedural Fairness, International Association of procedural Law international Colloquium, 27-30 October 1998, Tulane Law School (1999). at 73.

[193] F. F. WANG, « Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction», : a Comparative Analysis of the EU and US laws, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 3, issue 4, 2008, p.5.

niveau juridique, nous entendons la notion de compétence à titre personnel par le fait que le tribunal possède le pouvoir de juger d'une demande réalisée à l'encontre de la personne du défendeur. Le jugement concernera donc le défendeur et/ou ses actifs. Quel que soit le type de texte sur lequel se base l'attribution de la compétence, un point commun est caractéristique : le lien avec le for. En effet, ce critère est une condition essentielle et obligatoire pour fonder la compétence d'un tribunal. L'ensemble des concepts que nous avons présentés sont tous basés sur une connexion, plus ou moins large et durable, avec le *forum*[194].

165. Au regard du droit international, il serait intéressant d'uniformiser le système afin que l'attribution des compétences lors de litiges contractuels internationaux se réalise sur des critères identiques. En fait, la règle générale devrait être celle du lien substantiel avec le *forum*. Cependant, pour Hélène Van Lith, le terme de « lien substantiel » est trop vague. Généralement, il n'existe pas de définition claire et précise, dans les textes, qui encadre ou listes les éléments constitutifs de la connexion[195]. De plus, il convient de garder la notion de « liens étroits ». Celle-ci semble nécessaire, car dans certains cas de figure, les liens qui existent avec le *forum* ne justifient pas réellement la compétence du for. Dans cette vision, il est évident que le critère du lien doit être appréhendé de manière assez étroite afin de respecter les grands principes de l'impartialité et de l'équité. Plus précisément, ce lien devrait être caractérisé comme étant physique, visible ou tangible. En mettant en perspective ces considérations avec notre environnement actuel, nous pouvons à juste titre nous demander si le lien physique est encore réellement fondé[196], dans un monde où la dématérialisation est de plus en plus présente.

166. Le principe de l'existence d'un « lien minimum » est également d'application dans les cas de recours collectifs transfrontaliers. Dans ceux-ci, la compétence *in personam* sera alors établie en fonction des liens avec le for, sans prendre en considération les individus du groupe des demandeurs. Par conséquent, pour ces derniers, quel que soit leur situation (de nationalité américaine ou étrangère, présente ou absente sur le territoire) l'application de cette règle est généralisée. L'application de ce principe a été stipulée dans l'arrêt

[194] P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, Cours général de droit international privé, Recueil des cours, 1986, pp.9-238 et 134-138.
[195] H. VAN LITH, International Jurisdiction and Commercial Litigation, *Op. cit.*, p.349.
[196] *Ibid*. p.350.

concernant l'affaire *Phillips Petroleum v. Shutts*[197]. Dans celui-ci, il est écrit que « la juridiction du for peut exercer sa compétence sur la requête d'un demandeur en recours collectif absent, même si ce demandeur ne possède pas les liens minimums avec le forum qui supportent la compétence personnelle sur le défendeur[198] ».

167. Dans les théories qui encadrent l'application des compétences, la notion de liens minimums est considérée comme une avancée. En effet, même si les critères sont encore relativement flexibles, il existe maintenant une limite significative à propos de la compétence des tribunaux américains dans le cadre de litiges internationaux. Cependant, certains aspects de ces critères posent question. Prenons l'exemple de la procédure qui implique une juridiction transitoire en tant que compétence générale[199]. Un autre point particulier correspond à l'existence de liens continus et systématiques pour une entreprise. En fait, cette dernière peut être soumise à la compétence d'un tribunal américain même si les demandes n'ont pas de rapport avec ses activités exercées sur le sol américain. Ainsi, la notion de liens est applicable aux bureaux qu'elle possède sur le territoire des États-Unis, mais également au regard d'un collaborateur ou d'une branche de ses activités considéré comme suffisamment proche de État[200].

168. Revenons sur la première affaire que nous avons expliqué dans ce point, à savoir l'affaire *International Shoes Co. v. Washington*[201]. La société *International Shoe* été basée au Missouri (et constituée dans l'État du Delaware). Plusieurs vendeurs étaient présents dans l'État de Washington, sous le contrôle d'un gestionnaire basé dans le Missouri. Résidants à Washington, les vendeurs travaillaient par commissions. Ils recevaient donc leurs ordres et leurs missions directement du Missouri et les marchandises étaient également livrées à Washington depuis cet endroit[202]. Face à cette situation, la Cour devait donc déterminer la juridiction compétente. Sur la base du principe du *due process* inscrit dans le Quatorzième Amendement, il existe des limites à la compétence des tribunaux de

[197] [En ligne] https://supreme.justia.com/cases/federal/us. (Consulté le 17/02/2016).
[198] H. VAN LITH, *The Dutch collective regulations and private international law*, *Op. cit.*, 2010, p.50. [En ligne] http://ec.europa.eu/competition. (Consulté le 17/02/2016).
[199] H. C.TREVOR, *Juridiction*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2006, p.71.
[200] *Ibid.*
[201] En ligne : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/case.html. (Consulté le 17/02/2016).
[202] H. C.TREVOR, *Op. cit.*, p. 61.

l'État. En se basant sur cette clause, la Cour Suprême a jugé, qu'en prenant cette affaire, les tribunaux de Washington n'ont pas violé le Quatorzième amendement. Ainsi, ils ont tout à fait le droit d'examiner l'affaire. Et, par conséquent, le jugement rendu par ces tribunaux devra être reconnu dans l'État du Missouri[203]. Ainsi, cet arrêt indique :

> « *Une procédure régulière exige seulement que pour soumettre un défendeur à un jugement in personam, s'il n'est pas présent sur le territoire du Forum, il possède certains des liens minimums avec lui, en sorte que le maintien du procès ne contrevienne pas aux notions traditionnelles de fair-play et de justice substantielle*.[204] »

169. Dans le cadre de l'attribution des compétences d'un tribunal, il existe des accords d'élection de for. Appelés également accords de compétence, ce sont des dispositifs juridictionnels de plus en plus employés actuellement. S'ils sont respectés par les tribunaux, ces accords permettent aux deux parties, liées par un contrat, de s'entendre à l'avance sur l'endroit où sera jugé le potentiel litige. Autrement dit, c'est un accord sur le tribunal qui sera compétent. Ce dispositif possède l'avantage de planifier à l'avance les probabilités d'un conflit et de s'assurer que les termes du contrat sont parfaitement compatibles avec la législation du tribunal qui sera saisi de l'affaire[205]. Généralement, les choix effectués initialement pour déterminer l'élection du for en direction des tribunaux étrangers sont pris en considération. Ils représentent alors un des facteurs à analyser dans la procédure du *forum non conveniens*. Cependant, une tendance politique a fait changer cette pratique qui était généralisée. Cette transformation a été provoquée par l'affaire *M / S Bremen v. Zapata Off-Shore Company*[206].

170. Dans celle-ci, les deux parties liées par un contrat (d'un côté, une société allemande - *Unterweser Reederei* - et, de l'autre, une société basée au Texas - *Zapata Off-Shore*) avaient inclus dans celui-ci une clause d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. Les activités de ces sociétés correspondaient au remorquage depuis la plate-forme

---

[203] *Ibid*.
[204] 326 US 310, 316. [En ligne] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/case.html. (Consulté le 17/02/2016).
[205] G. KAUFMANN-KOHLER, *Internet: mondialisation de la communication, mondialisation de la résolution des litiges*, The Hague Kluwer Law International. 1998. *Cf.* également BOELE-WOELKI, 1998, p.122 s.
[206] 407 US 1; 32 L. Ed. 2d 513; 92 S. Ct. 1907 (US Supreme Court, 1972). En ligne: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html. (Consulté le 17/02/2016) ; *Cf.* G. KAUFMANN-KOHLER., *Op. cit.,* p.123 s.

pétrolière de Zapata en Louisiane vers Ravenne en Italie. Soulignons qu'une autre clause, relative à la non responsabilité d'*Unterweser* en cas de dommages causés à la plate-forme pétrolière, avait également été incluse dans le contrat. Un accident s'est produit lors d'une violente tempête dans le golfe du Mexique. Lors de celle-ci, la plate-forme a été fortement endommagée et le remorqueur a donc été redirigé vers le port le plus proche, à savoir à Tampa, en Floride. La société texane a intenté une action en justice, *in personam*, contre la société allemande, pour dommages et intérêts auprès d'un tribunal de district fédéral. Ensuite, la société allemande a demandé le transfert de l'affaire vers les tribunaux anglais, comme stipulé dans une clause du contrat. Les deux navires étant rattachés à l'amirauté et donc, tombent sous la législation maritime 1936 (COGSA). En raison de ce texte, la Cour Suprême a déclaré que les accords d'élection de compétence pourraient ne pas être respectés[207].

171. Elle s'est basée sur une affaire plus ancienne (*Indussa Corp. v SS Ranborg*)[208] qui avait stipulé, au regard de l'armateur, que ces accords d'élection du for étaient en contradiction avec les règles de La Haye. Dans cette dernière affaire, les raisons invoquées par le juge étaient les suivantes : Un tribunal étranger ne pourrait pas appliquer les règles de La Haye ; si c'était le cas, il pourrait les appliquer différemment, ainsi que les inconvénients et les frais relatifs à une poursuite devant un tribunal étranger. Au regard de cette dernière raison, le jugement devant des tribunaux étrangers pourraient être difficile pour les propriétaires des navires ou cargos, dans une affaire à l'encontre des armateurs[209].

172. Finalement, avec les deux notions de *forum non conveniens*, qui permet de transférer les compétences d'un tribunal vers un autre considéré comme plus compétent, et de liens minimums, appréciés de manière raisonnable et juste, nous pouvons affirmer que les procédures sont réellement plus souples dans le système juridique américain que dans la législation européenne[210].

---

[207] US Constitution, Article III § 2 ; 28 USC § 1333 ; *Cf.* https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html. (Consulté le 17/02/2016).
[208] http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/260/660/1954374/. (Consulté le 17/02/2016).
[209] Texte en ligne sur http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/260/660/1954374. (Consulté le 17/02/2016).
[210] G. KAUFMANN-KOHLER, *Op. cit.*, p.103.

173. En réalité, il est admis que les compétences attribuées aux tribunaux américains sont généralement plus larges que celles des tribunaux français ou irakiens. Nous expliquerons cet aspect plus en détail ultérieurement. Soulignons également que, dans le système juridique américain, les procédures régulières sont appliquées de manière identique pour les américains et pour les étrangers. Entre les deux types de système juridique (d'une part, américain et, d'autre part, des pays européen), l'approche théorique est totalement différente. Bien que dans les deux cas, un lien entre le litige et le for soit obligatoire, la différence est perçue au niveau de la nature de ce lien. En effet, aux États-Unis, les critères de domicile ou de résidence ne sont pas impératifs[211]. De plus, la notion de preuve raisonnable n'existe pas dans les législations européennes en matière d'attribution des compétences. En Irak et en France, l'application de la compétence générale se réalise sur la base d'un lien nettement fort. Dans le cadre du droit irakien, il s'agit du critère domicile. Toutefois, dans le cas de la compétence spécifique, un tel lien n'est pas forcément obligatoire. En fait, il est suffisant s'il existe une preuve entre la demande et le *forum*.

[211] *Ibid*.

Chapitre 2 : Les aspects de la rigidité et de la flexibilité des règles de conflit en droit irakien et français

174. Les structures juridiques irakienne et française ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. En vérité, elles possèdent de nombreux points en commun dont deux ensembles de règles relativement proches, en ce qui concerne les aspects de compétence juridictionnelle internationale. Ainsi, au niveau des litiges internationaux, la compétence de juridiction est gouvernée par les règles internes de compétence territoriale inscrites au Code civil. En d'autres termes, comme dans le système français, les règles de conflit de compétence internationale sont régies en interne et relève du domaine de la procédure civile. Toutefois, les législations irakiennes, au même titre que les législations françaises, ne possèdent pas de Code spéciffique au droit international privé, et par conséquent, il n'a pas de règles très précises en matière de conflit de compétence internationale.

175. En fait, selon le système juridique irakein, le défendeur est bien protégé. Ce dernier est de ce fait considéré comme la partie la plus faible au niveau juridique, les requêtes du demandeur passent donc en second, sauf dans certains cas exceptionnels. Bien que les lois irakiennes peuvent être perçues comme rigides et en faveur du régime étatique. Néanmoins, le législateur irakien souhaite harmoniser les textes dans le domaine et ainsi de prendre en compte plus efficacement les règles du droit international privé, en vertu de l'article 30 du code civil. Ce qui nous fait dire, qu'elle est plus proche du droit international que la France ou les États-Unis ne le sont. En effet, au regard du droit comparé, le législateur irakien a tendance à manipuler des critères similaires aux normes reconnues à l'échelle internationale.

176. Nous avons d'une part le critère de la nationalité, lorsque le défendeur est irakien; d'autre part, le critère de la territorialité, celui-ci s'appuyant sur la présence d'une partie étrangère du procès en Irak; ou encore, le critère prouvant l'existence d'un lien réel entre le litige et la juridiction concernée. Nous devons souligner que ce dernier aspect est capital, comme pour le droit français et le droit américain, puisqu'une filiation entre le litige et le tribunal doit être sérieuse dans le cadre de la détermination d'un tribunal compétent. C'est donc un aspect de souveraineté du droit interne sur le droit international. car tous les litiges

internationaux connus sur le territoire irakien doivent être déterminés par le système juridique du pays, afin de juger du tribunal compétent en la matière. Bien entendu, la souveraineté de la juridiction nationale est un facteur important dans la construction des règles de conflit de compétence internationale. C'est un élément majeur dans la résolution des litiges concernant le choix du tribunal compétent. À partir de cette perspective, au regard du droit international privé, nous sommes en capacité de classer les facteurs de rattachement en deux catégories : ils sont soit subjectifs, soit objectifs. Pour les premiers, nous pouvons les trouver dans les aspects immatériels des situations examinées par le législateur, et pour les seconds, dans des aspects plus concrets.

177. Dans les paragraphes suivants nous verrons donc les différents éléments qui déterminent la teneur des règles de conflit de la compétence internationale, en soulignant les spécificités françaises et irakiennes. Comme nous le discuterons, nous mettrons en évidence les deux approches qui existent actuellement : dans la section 1, nous parlerons de l'approche rigide qui a fait l'objet d'un assouplissement du législateur pour éviter l'isolement vis-à-vis des autres systèmes juridiques. Cette atténuation de l'approche rigide sera quant à elle discutée en section 2. Nous y présenterons alors un principe important du Code civil irakien, à travers l'art. 30.

Section 1 : L'approche rigide

---

178. L'approche rigide sous-entend l'application stricte de la loi nationale, qui prévaut alors sur toutes les autres lois internationales. Il y a ainsi une primauté des sources nationales, car chaque pays possède ses propres normes matérielles. La rigidité peut alors être d'ordre matériel ou immatériel et dépendre de la nature de l'application du critère choisi : qu'il soit obligatoire ou facultatif. Par exemple, mettons en lumière qu'en Irak la notion de souveraineté de l'État est très importante, dès lors, il n'est pas étonnant de constater que les litiges sont attachés au territoire ou à la nationalité des parties concernées.

178. L'approche est donc rigide, en ce sens qu'elle donne primauté à la nationalité. Cependant, le lien qui attache une personne à un territoire ne correspond pas uniquemnent à la nationalité. Le fait d'être présent sur le sol irakien au moment même de la procédure judiciaire est également considéré comme un rattachement. Nous pouvons également citer les cas où un seul élément du contrat est lié au territoire irakien. Dans ceux-ci, il en va de

même : le rattachement à l'Irak se réalise automatiquement. Ainsi, nous pouvons distinguer deux aspects de cette approche rigide : d'un côté, celle qui se base sur les individus (premier paragraphe) et celle qui se base sur les aspects du contrat ou sur l'exécution des obligations de celui-ci (second paragraphe).

Paragraphe 1 : L'approche rigide basée sur des personnes

179. L'articles 14 du Code civil irakien et l'article 15 du Code civil français font référence au droit des individus à être jugé par un tribunal compétent de leur nationalité. Que le litige ait lieu à l'étranger ou avec un étranger sur le sol français ou irakien – car les deux Nations partagent cette approche –, l'individu aura ce que l'on appelle un « privilège de juridiction » et pourra donc demander à ce que le litige soit jugé dans son pays. On parle dès lors de règles de compétences à vocation internationale, à savoir, qu'elles s'intéressent tout particulièrement aux litiges dont un élément d'extranéité vient compliquer le choix de la juridiction compétente. Ce sont des règles particulières qui souhaitent offrir au défendeur une protection supplémentaire. Au regard des parties contractantes et de leur lien avec le territoire compétent, nous présenterons dans les points suivants le critère de la nationalité du défendeur (A) et la présence du défendeur étranger sur le territoire de l'état (B).

A. Le critère de la nationalité du défendeur

180. Nous l'avons souligné à plusieurs reprises, en Irak, comme en France par ailleurs, la législation peut être considérée comme pro-défendeur. En réalité, elle offre à la partie défenderesse une série de droits fondamentaux qui lui permettent de se défendre avec justesse, dont le choix du tribunal. De leur côté, les règles de compétence spéciales limitées, sont à l'avantage du demandeur. Elles favorisent la sélection d'une juridiction compétente différente, sur la base d'une réclamation connectée avec le forum[212].

[212] H. Van Lith, la compétence internationale et du litige commercial, *Op. cit.*, p.336. G. DAOUDI et D. H. HADOUIE, Droit international privé, deuxième livre, 1988, Bagdad, p.243s.

181. Néanmoins, selon l'*Actor sequitur forum rei*, le défendeur reste en droits irakien et français la partie privilégiée. Elle repose ainsi sur la protection des droits de la défense « *defensoris favor* »[213]. Pour rappel, la juridiction compétente est généralement déterminée en prenant en considération l'ordre, le degré et la nature de la juridiction. Dans le cadre de conflits internationaux, il est entendu que l'aspect géographique prend une importance capitale[214]. En ce sens, le lieu où le litige prend place contribue à la décision de saisir le tribunal compétent. La nationalité du défendeur dans le droit irakien et français joue alors un rôle majeur. Le demandeur est de ce fait amené à saisir la juridiction du défendeur. Ainsi, le domicile est un aspect incontournable aux yeux de la loi, car selon l'*Actor sequitur forum rei*, aucun justiciable ne peut être forcé à être défendu loin de chez lui[215]. Néanmoins, nous ne devons pas oublier les cas de compétences exclusives.

182. Dès lors, le lien entre la partie défenderesse et le tribunal est fort (droit naturel). Le lieu de domicile est un facteur déterminant qui évite au défendeur de se retrouver dans une juridiction avec par exemple, une langue qu'il ne maitrise pas, avec des règles qu'il ne comprend pas, etc. Aussi, le lieu de domicile ou résidence sous-entend la plupart du temps l'endroit où le défendeur y possède ses biens, ce qui facilite grandement l'exécution de la décision. Ce dernier a donc la possibilité en Irak et en France de porter le litige devant la juridiction compétente de son choix, donc la plus proche de chez lui. Il peut également choisir l'État dans lequel il souhaite être jugé en fonction de sa nationalité[216]. Cependant, les intérêts du demandeur sont souvent à l'origine de contestations. Une situation qui engendre des conflits et des retards dans la procédure. Toutefois, le choix du défendeur n'est pas toujours légitime ou entrave l'efficacité de la justice. C'est la raison pour laquelle, il existe la volonté d'harmoniser les règles de compétence territoriale des juridictions, afin de faciliter la résolution des litiges dans les pays étrangers.

---

[213] M. AHMED, *Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité*, Collecte Courses of the Hague Académie of International Law, vol. 337, 2009. p.123.
[214] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.168.
[215] A. M. AL-FAKHRIE, *Etude comparative en droit international privé*, Baghdâd, 2007, p.17 ; T. Y. ESSA, « Une étude juridique dans les règles des conflits de compétence internationale, de relation des règles de compétence internationales à l'ordre public», *Journal de l'université de Damas pour les sciences économiques et juridiques* 25, 2009, p.313.
[216] A. M. AL-FAKHRIE. *Op. cit.*, p.17. G. DAOUDI et D. H. HADOUIE, *Droit international privé*, deuxième livre, p. 243.

183. Au niveau irakien, selon l'article 14 du Code civil ; si le défendeur en fait appel, les tribunaux du pays possèdent la capacité de juger d'un litige malgré l'absence de domicile ou de résidence sur le territoire du demandeur, ou si ce dernier est étranger ou pas. Et ce, quelle que soit la nature du conflit, commerciale ou personnelle[217]. À l'opposé, si le demandeur est irakien et que le défendeur est d'une autre nationalité, le premier ne pourra exiger du second que la juridiction de son pays prime sur celle de l'autre partie concernée. La nationalité du demandeur n'entre pas de ce fait en ligne de compte dans une telle situation. En résumé, pour pouvoir bénéficier de la juridiction de son pays, en Irak, il faut être défendeur, et de la nationalité irakienne. Par conséquent, la norme territoriale, c'est-à-dire où se situe le litige, n'a pas la primauté sur la nationalité du défendeur. C'est une approche fondée sur le fait que l'appareil juridique est un instrument attaché à la personne et non au type de litige[218].

184. Pour donner du poids à notre propos, faisons référence à cet article d'Aouni Mohamed Al Fakhire qui réalise une étude comparée en droit international privé. Ce dernier montre que les tribunaux irakiens ont une compétence sur tous les litiges intentés contre les irakiens, que le contrat soit établi en Irak ou à l'étranger. Il précise le caractère conflictuel d'une telle approche, notamment si le défendeur réside à l'étranger, car cette loi rentre en conflit avec celle du pays de résidence et, contraste avec le principe du renforcement des jugements représentant une base majeure des règles de conflit de la compétence juridictionnelle[219].

185. Cette approche a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques, car dans les cas où le défendeur est domicilié en Irak, mais possède des obligations à l'étranger et que le litige les concerne, il est dès lors difficile de trancher entre la juridiction du pays et celle où les obligations se trouvent. Elle est également critiquée car cette approche semble très clairement favoriser les nationaux aux étrangers. Il existe de ce fait un sentiment de discrimination, qui plus est, si on y ajoute l'extension de la capacité des tribunaux

[217] *Ibid*.
[218] A. M. AL-FAKHRIE. *Op. cit.*, p.18.
[219] *Ibid*.

nationaux à statuer d'un litige tant qu'au moins l'une des parties possède la nationalité irakienne[220].

186. Face à ces nombreuses critiques, le législateur a essayé d'atténuer l'impact de ce critère qui détermine la compétence juridictionnelle par la nationalité, tant que le litige ne se rapporte pas à l'ordre public. Il est aujourd'hui possible de s'y substituer. Au niveau du droit français, les règles de compétence internationale se caractérisent également par cet avantage conféré au demandeur et à sa nationalité. Il peut dans ce cas exercer le libre choix de la juridiction compétente, et de la sorte, il peut demander à être jugé dans son pays.

187. Les règles de compétence internationale prévues aux articles 14 et 15 du Code civil français permettent d'établir cette compétence sur la nationalité de l'une des parties, indépendamment de toute connexion entre *le forum* français et le différend[221]. Plus précisément, l'article 14 du Code civil français dispose que

> « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français*. »

188. Et en ce qui concerne l'article 15, celui-ci indique qu'un

> « *Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger*. »

189. Sur la base de ces deux articles, l'attribution du tribunal par le critère de nationalité française est un élément essentiel. Cependant, il s'agit d'avoir cette nationalité au moment même du procès ou lors de la signature du contrat. Par conséquent, il n'y a aucun effet de ce type si un changement de nationalité a été effectué après le début des procédures[222].

---

[220] *Ibid*.
[221] M-L. NIBOYET, G.G, LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4e édition, L.G.D. J, 2015. p.344 ; F. MONEGER, *Droit international privé*, 7e édition, LexisNexis, 2015, p.189s ; M-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Droit international privé*, 4e édition. 2014, p.173s.
[222] T. VIGNAL, *Droit international privé*, 3e édition, 2014, p.295, M-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Ibid*.

B. La présence du défendeur étranger sur le territoire de l'état

190. Le droit irakien et français ont adopté le critère de la nationalité (basé sur les individus) comme l'un des fondements des règles de conflit de compétence internationale. Cependant, à la différence du droit français, en Irak, les tribunaux ont compétence sur l'étranger même si sa présence sur le territoire est pour une courte durée, ou occasionnelle. Une compétence inscrite à l'alinéa a de l'article 15 du Code civil Irakien[223]. Ce principe se veut être au profit des défendeurs. C'est une norme utilisée par le législateur irakien, rigide sur la question, car celui-ci estime les tribunaux de son pays dans leurs droits de régler les litiges rapportés sur le territoire. Un défendeur étranger ayant son domicile ou résidence en Irak a de fortes chances d'être jugé sur le sol irakien. C'est une tendance qui est à l'opposé de la France, qui ne semble pas considérer cette approche comme cohérente par rapport aux droits qu'elle confère à ses citoyens[224].

191. Ainsi, lors d'un litige en Irak, c'est la souveraineté de ses juridictions qui est privilégiée pour toutes les personnes présentes sur son territoire, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Toutefois, cette tendance du droit irakien est incompatible avec la définition donnée par le droit irakien à la notion de résidence, à savoir, comme un élément de localisation juridique de la personne :

> « *replacer celle-ci dans son cadre territorial, la qualifier par un lieu, par un point fixe, c'est encore une manière de l'individualiser. Ce qui tend à brouiller ces localisations, c'est l'inaliénable liberté locomotrice*.[225] »

192. En droit irakien, il n'y a pas de distinction entre le domicile sur le territoire et à l'étranger. L'attention reste focalisée sur la notion de domicile au niveau interne. Il faut savoir qu'au niveau international, pour la notion de domicile, nous devons prendre en compte l'élément matériel, représentant la résidence ou domicile sur le territoire d'un État ; et l'élément moral qui fait appel à l'intention de l'individu à rester dans la résidence de ce pays, ou qu'il n'y a pas d'intention de quitter ce territoire[226].

---

[223] A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, p.20.
[224] M. H. HAFIDA, *Le droit international privé*, deuxième livre, Publications des droits de l'homme, Halbi, 2002, p.15 ; T. Y. ESSA. *Op. cit.*, p.314. A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, p.19.
[225] A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, p.20.
[226] *Ibid*.

193. En Irak, le droit considère que le domicile d'une personne peut être varié : permanent, temporaire et particulier. Pour ce qui est du dernier, il fait référence au lieu de la personne qui exerce une activité commerciale ou un artisan[227]. Il est en outre possible de prendre un domicile choisi, c'est-à-dire un autre domicile, pour intenter une action juridique[228]. Par exemple, si le sujet du procès porte sur un conflit commercial où le défendeur a la qualité de commerçant, il va falloir intenter l'action au tribunal du domicile privé du défendeur, en revanche, si le défendeur possède un domicile permanent ou temporaire à côté de celui qui a le domicile privé, il est possible en l'occurrence d'intenter l'action au tribunal du domicile permanent ou temporaire[229].

194. En ce qui concerne la notion de domicile, le droit irakien est conforme au droit français. En ce sens, la législation française le définit à travers de l'article 102 du Code civil : « *le domicile d'une personne est le lieu où elle a son principal établissement* »[230].

195. L'appréciation des juges occupe une place importante dans la détermination du domicile, bien qu'il leur soit mis à disposition une série de données qui permettent d'affirmer ou non le domicile des parties concernées. Par exemple, si elles sont inscrites sur les listes électorales, la réception de la correspondance, paiement des impôts, ou encore suivant des aspects moins objectifs, comme l'attachement familial, affectif, etc. L'individu doit donc avoir des liens forts avec son domicile, ses intérêts, affaires, ses relations. De plus, en plus de son domicile, il peut avoir plusieurs résidences du moment que celles-ci soient utilisées occasionnellement sur des durées plus ou moins longues, sans s'y établir. Ce n'est pas toujours facile de faire la différence entre les deux concepts, notamment pour le défendeur qui ne connaitrait pas l'ensemble des nuances. C'est l'une des raisons pour

---

[227] Voir l'article 44 du Code civil Irakien qui énonce que :
le lieu où la personne exerce son commerce ou sa profession est considéré comme un domicile spécial pour les affaires qui se rapportent à ce commerce ou à cette profession.

[228] l'article 45 du Code civil Irakien stipule que :
« 1) On peut élire un domicile spécial pour l'exécution d'un acte juridique déterminé.
2) Le domicile élu pour l'exécution d'un acte juridique sera considéré comme domicile pour tout ce qui se rattache à cet acte, y compris la procédure de l'exécution forcée, à moins que l'élection ne soit expressément limitée à certains actes déterminés, à l'exclusion des autres.
3) L'élection de domicile doit être prouvée par écrit. »

[229] A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.,* pp.20-21.

[230] Concernant la loi irakienne, l'article 42 prévoit que:
« 1) Le domicile est le lieu où la personne réside d'une manière habituelle, une personne peut avoir en même temps plus d'un domicile. »

lesquelles le législateur a tant permis la saisine du tribunal du lieu du domicile que celle du tribunal du lieu de résidence du défendeur[231].

196. Dans le cas de la pluralité des défendeurs, la loi irakienne dispose que toutes les parties défenderesses doivent logiquement être unies et concernées par le même litige. Il est impératif qu'au moins l'un des défendeurs ait son domicile ou résidence sur le sol irakien. En France, dans ce cas bien précis, le demandeur a la possibilité de choisir la juridiction où est domicilié l'un d'eux[232]. Aussi, il est impératif que les défendeurs restent unis pendant toute la durée du procès, même s'ils n'ont pas les mêmes objectifs. Il n'est pas question d'une séparation, pouvant créer alors des complications. Il apparait que les dispositions *supra* s'appliquent sur la personne physique, si elle est présente en Irak[233].

197. En ce qui concerne la personne morale, qui pour rappel peut toujours être assignée au lieu de son siège social (dont l'adresse est naturellement mentionnée au registre du commerce et des sociétés) ou aux endroits où elle possède des succursales, le droit irakien considère qu'elle peut être jugée sur son territoire même si elle ne possèdent pas de siège social, mais pour cela elle doit tout de même réaliser quelques activités dans le pays. Mentionnons une nouvelle fois que la personne morale représente un groupement de personnes affecté de la personnalité juridique. C'est un groupe de personnes physiques qui sont unies pour réaliser quelque chose en commun. Les personnes morales de droit privé concernent les sociétés civiles, les entreprises, les associations, etc. Elles sont bien évidemment titulaires de droits et d'obligations et ce indépendamment des personnes physiques qui les composent[234].

198. Par rapport à l'exercice de sa compétence sur les étrangers, la position de la jurisprudence française a subi deux phases : les pratiques avant *les arrêts Pelassa* et *Scheffel (jurisprudence de cassation)* et l'après. Anciennement, la justice n'était donnée

---

[231] A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, pp. 20-21.
[232] *Cf.* l'article 42 du Code de procédure civile français dispose que :
La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.
S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux.
Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger.
[233] A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, p.21.
[234] *Ibid*.

qu'aux nationaux, un principe de la révolution française, avec quelques exceptions près, notamment en matière de référé et de conflit commerciale[235]. L'arrêt Patino en 1948 admettra la possibilité aux tribunaux français de juger d'un étranger. Ainsi l'extranéité n'est plus une raison d'incompétence de la justice française. Les arrêts *Pelassa et Scheffel* (1959 – 1962) vont venir renforcer cette position. Ils « *déclarent alors que la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence interne*[236] ».

199. Ils sont apparus à un moment où la réflexion était importante concernant la manière de juger des conflits internationaux avec le plus de cohérence et d'efficacité possible. Ainsi, ces règles de compétences internationales viennent déterminer l'étendue des compétences de l'appareil juridique français. Il y a toutefois deux grandes exceptions au principe d'extension, à savoir : l'inadaptation de la règle de compétence territoriale interne et la question spécifique aux relations internationales[237]. Ce changement en France provient très certainement du passage d'une vision publiciste à une vision privatiste du droit international privé. Dans cette perception, l'État est cantonné dans sa fonction comme étant uniquement la source des normes juridiques[238]. Les intérêts des plaideurs passent au-devant des préoccupations, au dépend des intérêts des États.

200. Dans les articles 42-43 du Code de procédure civile, le législateur français explore de long en large la problématique liée à la disposition du domicile. En effet, le *maxim actor sequitur forum rei* est prévu par l'article 42, il met en lumière la compétence de la juridiction du lieu où se situe le domicile de la partie défenderesse (« Demeure »). Pour ce qui est de l'article 43 du Code de procédure civile déterminant le domicile du défendeur, celui-ci fait la distinction entre les défendeurs naturels et les personnes morales[239]. Le critère s'applique à toute personne physique « *si son domicile, ou à défaut de celui-ci, sa*

---

[235] O. CACHARD, *Droit international privé*, Larcier Paradigme, 2010, p.24 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2013, p.297s. *Cf*, Cour de cassation 1ère Chambre civile - 30 octobre 1962 - Scheffel - D.1963.109, note Holleaux. Cour de cassation 1ère Chambre civile - 19 octobre 1959 - Pelassa - Revue Critique 1960.215.

[236] O. CACHARD, *Ibid.* PG avocat, (publié le 28 décembre 2014) Cass. Civ., Pelassa et Ranft, 19 octobre 1959, D. 1960. 37; rev. Crit. 1960, 215; Civ.1re, 30 oct. 1962, Scheffel, GA n° 37, rev. Crit. 1963.387. [En ligne] http://pg-avocats.fr/litiges-entre-etrangers (consultée le 17/02/2016). *Cf.* également M-C. MEYZEAUD-GARAUD. p.173

[237] *Cf.*, par exemple, J-P. LABORDE, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 18e édition, 2014, pp.108 ss.

[238] L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, 2004. p.27.

[239] L. CORBION, *Op. cit.*, p.27. M-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Op. cit.*, p.173.

résidence est située sur le territoire français». C'est donc une appréciation factuelle qui induit son *forum* sur la base du lieu d'établissement principal du défendeur, qui doit être impérativement fixe et durable[240].

201. Comme l'ordonne cet article, le critère de la résidence est un critère par défaut et s'applique uniquement si le domicile du défendeur n'est pas connu. Dans le cas des sociétés, la législation fait la distinction entre le fait que le siège social soit situé en France ou à l'étranger. Cet aspect de siège social est hautement important puisqu'on considère que c'est à partir de cet endroit que les décisions sont prises et, par conséquent, il correspond à la direction de la société. Dans le cas où le défendeur n'est ni domicilié en France, ni résident et que son domicile réel n'est pas connu, le demandeur peut, sur la base de l'article 43, demander que le tribunal de son domicile ou la juridiction de son choix soit compétent (uniquement à condition que ce dernier vive à l'étranger). Notons que la règle que nous venons d'expliquer n'est pas généralisée, ni généralisable au regard du *forum actoris*. En effet, les conditions sont extrêmement particulières[241].

202. Bien que nous ayons démontré que l'article 43 du Code de procédures civile décrive une compétence générale pour les sociétés dont le siège social est basé en France, ce Code ne contient aucune disposition en ce qui concerne les sociétés étrangères. Généralement, pour les personnes physiques, les conditions décrites à l'article 43 sont étendues aux établissements secondaires[242]. Dans un contexte international, cette extension s'applique dès lors aux sociétés étrangères qui possèdent une filiale localisée en France. Cependant, elle ne s'applique que dans les cas où ces filiales sont relativement autonomes par rapport à la maison mère. Bien qu'il soit plus rare, un autre cas de figure peut s'apercevoir : la société mène des activités en France via un mandataire. Dans ces cas particuliers, il est relativement difficile d'établir un lien direct[243].

---

[240] Selon la décision de la cour de cassation - 1è civ. du 14 décembre 2005, la résidence habituelle possède un caractère stable si elle est considérée comme le centre habituel de ses intérêts. Texte en ligne sur https://www.courdecassation.fr. (Consulté le 17/02/2016). *Cf.* également, L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judicaire privé*, 8e édition, Lexis Nexis, 2013, p.110s.

[241] *Cf.* par exemple, P. COURBE, *Droit international privé*. 2e édition, Armand Colin, 2003, p.167s.

[242] L'article 43 du Code procédure civil français prévoit que : « *Le lieu où demeure le défendeur s'entend :*
- s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence ;
- s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie. »

[243] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.170.

203. La combinaison des articles 42 et 43 du Code Civil français induit une règle relativement généralisée : le domicile du défendeur prime sur la nationalité de son cocontractant. Ainsi, toute personne domiciliée en France peut obliger l'autre partie à être jugée devant un tribunal français[244]. En réalité, le critère du domicile ne constitue pas réellement un élément factuel. En effet, le domicile varie en fonction des différentes qualifications juridiques. Nous voyons donc que ce critère peut susciter des difficultés lors de la stricte application des textes. De plus, le domicile est un élément qui doit être prouvé par la personne elle-même, tandis que la preuve d'inexactitude de cet élément doit être donnée par la partie adverse qui souhaite rendre l'acte nul et non avenu[245].

204. Dans la pratique, la tâche de la vérification des preuves, ainsi que du lieu de domicile, est effectuée par les juges. Ceux-ci doivent donc examiner précisément les pièces du dossier afin d'être en mesure d'affirmer que la situation correspond aux critères prévus dans son système juridique national. Dans un contexte international, cette tâche est rendue encore plus difficile en raison des définitions variables d'un système à l'autre. A ce sujet, Sylvette Guillemard résume les difficultés liées à la tâche des juges face au critère du domicile comme suit : « *l'imprécision de la notion et l'instabilité éventuelle de ses éléments*[246] ».

205. Finalement, nous devons mettre en lumière le fait que de nombreux articles de loi français sont centrés sur la notion de domicile[247]. Par conséquent, nous voyons à quel point ce critère apparait comme hautement important dans le droit français. À ce stade de la

---

[244] *Cf.* L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judicaire privé, Op. cit.,e,* p.112s. S. GUILLEMARD, *Ibid.*

[245] A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux – Compétence ordinaire. Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale. » Encyclopédie > JCl. Civil Code > Fasc. 20. JCl. Civil Code - Date de fraîcheur : 22 Février 2011. Voir également, L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judicaire privé, Op. cit.,* , p.112s.

[246] S. GUILLEMARD, *Op. cit.,* p.176.

[247] Notamment l'article 655 du Code de procédure civile, tout comme les articles 14 et 15 du Code civil. l'article 655 du Code de procédure civile français dispose que : Si la signification à personne s'avère impossible, l'acte peut être délivré soit à domicile, soit, à défaut de domicile connu, à résidence.
L'huissier de justice doit relater dans l'acte les diligences qu'il a accomplies pour effectuer la signification à la personne de son destinataire et les circonstances caractérisant l'impossibilité d'une telle signification.
La copie peut être remise à toute personne présente au domicile ou à la résidence du destinataire.
La copie ne peut être laissée qu'à condition que la personne présente l'accepte et déclare ses nom, prénoms et qualité.
L'huissier de justice doit laisser, dans tous ces cas, au domicile ou à la résidence du destinataire, un avis de passage daté l'avertissant de la remise de la copie et mentionnant la nature de l'acte, le nom du requérant ainsi que les indications relatives à la personne à laquelle la copie a été remise.

réflexion, la question que nous nous posons est de savoir si la compétence internationale est une compétence d'attribution. De nombreux auteurs se sont penchés sur la terminologie de la « compétence internationale »[248]. Globalement, ils mettent en avant la distinction entre la compétence d'attribution interne et la compétence internationale. Pour Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon,

> « *la nature de la compétence internationale reste incertaine, et, à supposer qu'on lui reconnaisse les caractères de la compétence territoriale interne, cela ne permet pas d'en déduire avec précision le rôle que peut jouer la volonté individuelle. La directive générale demeure cependant et puisque le droit de la compétence territoriale interne est dominé par l'élément volontariste, […] il n'y a pas de raison impérative pour qu'il n'en aille pas de même en droit international*.[249] »

206. Elle rajoute à ce sujet :

> « *à cette compétence internationale, ne convient donc ni le qualificatif de compétence territoriale, ni celui de compétence d'attribution. C'est, comme d'éminents auteurs l'ont d'ailleurs déjà soutenu, une compétence sui generis qui a ses caractères et ses exigences propres*.[250] »

207. De son côté, et dans la même vision que François Gény qui considère que ce concept est une « *construction nouvelle* » qui est en constante adaptation, Jean-Paulin Niboyet, Bertrand Ancel et Yves Lequette considèrent que la compétence internationale

> « *constitue bien plutôt une compétence sui generis qui, en raison de l'insuffisance de ses règles propres, emprunte la plupart de ses principes de solution à l'ordre interne*.[251] »

208. Finalement, pour le Professeur Jean-Paulin Niboyet :

> « *La compétence dans les rapports internationaux, ou compétence générale, n'est ni une compétence d'attribution au sens strict du terme qui convient seulement aux rapports de diverses juridictions françaises entre elles, ni davantage une compétence*

---

[248] M-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Op. cit.*, p. 169.
[249] H. GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, Paris, Dalloz, 1965, p.146s.
[250] H. GAUDEMET-TALLON, « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ? », *Rev. crit. D.I.P.*, 1977, p.44s.
[251] B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd., Paris, Dalloz, 2006, p.663.

territoriale, laquelle concerne les lieux différents où siègent des juridictions de même ordre et d'un même pays. Elle doit être traitée à part.[252] »

Paragraphe 2 : L'approche rigide basée sur le lieu d'exécution des obligations

209. Lorsque les parties concernées n'ont pas désigné dans le contrat un tribunal compétent pour régler un éventuel litige, ce dernier peut décider de la compétence ou désigner les autorités étrangères compétentes dans la résolution du conflit. Cela s'exécute sur la base d'éléments objectifs contenus dans les règles de droit international privé. L'un des critères souvent retenu pour établir la décision de compétence, n'est autre que l'endroit où se situe originellement les obligations ou l'objet du contrat. Dès lors, la compétence juridictionnelle fait référence aux accords conclus par les parties qui sont liées entre elles par une série d'obligations, au niveau contractuel. Dans ce paragraphe 2, nous aborderons l'adoption du critère du lieu d'exécution par le droit irakien et comparé (A) et la rigidité du critère du lieu d'exécution des obligations (B).

A. L'adoption du critère d'exécution des obligations dans le droit irakien et comparé

210. La compétence juridictionnelle est soit relative aux individus, soit à l'objet de la relation des parties. Par exemple, une promesse synallagmatique de vente, ou un compromis de vente en immobilier, constituant une vente ferme suite à un accord bilatéral à la fois sur la chose (le bien immeuble) et le prix, donne des obligations aux parties. La première a pour obligation de transférer la propriété vendue et la seconde de payer le prix conclu. Quant à l'exécution des obligations réciproques, celle-ci est généralement prévue dans les lieux ayant un rapport avec le contrat. On parle alors de liens « étroits et significatifs » entre le lieu de l'exécution des obligations et les autorités de ce lieu[253].

211. Si on se réfère à la loi irakienne, cette compétence est alors octroyée par l'alinéa E de l'article 15. Les dispositions de cet article soulignent qu'elle peut être arrêtée soit au

[252] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Le conflit des autorités, le conflit des juridictions, t.VI, Sirey, Paris, 1949, p.281.
[253] Cette phrase est inspirée de S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p. 176.

regard des clauses du contrat (clauses attributives), soit d'après un acte matériel entre les parties[254]. Du côté français, la loi dispose d'une compétence spéciale des contrats. Suivant l'article 46 (alinéa 2) du Code de procédure civile français, c'est une option que possède le demandeur dans certaines matières, dont en matière contractuelle. Il possède ainsi la capacité de décider du tribunal du lieu où demeure le défendeur ou celui où l'objet du litige peut être rattaché. Aussi, dans cette situation, les options de compétence territoriale permettent également au demandeur de choisir le lieu de livraison effective de la chose ou le lieu d'exécution de la prestation de service. L'article 46 fait en outre référence aux litiges extracommunautaires qui demande bien évidemment une plus grande souplesse dans l'interprétation de la compétence juridique[255]. Par ailleurs, c'est l'article 46 qui prévoit une compétence spéciale, réservée aux différends contractuels résultant de contrats de vente des biens ou de fourniture d'une prestation de service. Dans le même contexte, il faut savoir que les différends d'ordre contractuel sont du ressort des juridictions françaises dès lors que les services ont été fournis ou la livraison des faits a été faite en France[256].

212. Ainsi, suivant le droit français, le lieu où le contrat a été conclu ou si le paiement effectué, ne signifie pas forcément : donner compétence à un tribunal français pour le litige constaté. Si le demandeur le souhaite il peut considérer soit le lieu de livraison, soit l'endroit où les marchandises auraient dû être livrées comme le critère de compétence juridictionnelle. Il est donc intéressant de s'attarder dans les prochaines lignes sur ce concept du « *lieu d'exécution du service* », dont le champ d'interprétation peut être très vaste au niveau de la justice[257].

213. En vérité, il n'existe pas réellement de ligne de conduite. En théorie, c'est la jurisprudence qui fixe le lieu de prestation de service au cas par cas. Par exemple, dans un contrat de service qui met en relation deux sociétés étrangères, la Cour de cassation a estimé que les tribunaux sont incompétents dès lors que les services ont été fournis en

---

[254] T. Y. ESSA, *Op. cit.,* p.315. M. H. HAFIDA, *Op. cit.,* p.18.

[255] L'article 46 du Code de procédure Civil français prévoit que : Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ; Cf. F. MELIN, Droit international privé, Paris, Gualino, 5ème édition, Lextenso. 2013, p.38s.

[256] A. HUET, *La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle*, Travaux du Comité Fr. DIP 1981-1982, p.17s. A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Juris Classeur Droit international, 2011, p.12. F. MELIN, *Op. cit.,* p.38.

[257] A. HUET, La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, *Op. cit.*, p.12.

Grèce, au lieu de la France (même lorsque les parties s'étaient accordé de fournir les services en France)[258]. Aussi, la Cour de cassation a refusé d'une manière explicite de prendre en considération le lieu du paiement comme facteur de rattachement, prévu par l'article 46. Par ailleurs, elle a également estimé que c'était le lieu du paiement qui devait être considéré comme le lieu d'exécution de la prestation convenue[259].

214. L'adoption du critère du « *lieu d'exécution du service* » est basée sur le fait que le tribunal de ce lieu est significativement plus proche des circonstances et des détails du litige. Par conséquence, la conduite du procès sera nettement plus efficace. Face à cette situation, la question que nous nous posons est de savoir quels sont les critères à prendre en considération pour affirmer que le contrat a bien été conclu en Irak ?

215. Conformément à la loi Irakienne, tout contrat est conclu en Irak dès lors que son exécution (partielle ou complète) est réalisée sur le sol irakien. Autrement dit, cette règle s'applique même si le contrat a été conclu à l'étranger, mais que son exécution a été effectuée en Irak. Par conséquent, les statuts personnels, ainsi que la nature des biens, n'ont que peu d'importance. Sur cette base, la compétence juridictionnelle correspond au lieu de l'apparition de l'obligation en fonction du lieu de l'exécution. Quel que soit la juridiction des adversaires ou leur territoire, les deux critères précédemment cités se révèlent être objectifs puisqu'ils participent tous les deux à la conclusion du contrat[260].

B. La rigidité du critère du lieu d'exécution des obligations

216. Nous constatons que la conception du lieu est relativement variable. En effet, elle change en fonction du domaine dans lequel s'applique ce concept. D'un côté, le lieu peut être vue sous l'angle plus rigide et, de l'autre côté, d'après une vision nettement plus flexible. Au regard des textes, le législateur irakien considère qu'il existe deux qualités qui peuvent définir un lieu. En effet, le Code civil le considère comme ténu ou lâche[261]. En ce

[258] (Cass. 1re civ., 2 avr. 1996 : JurisData n° 1996-001346 ; Bull. civ. 1996, I, n° 164 ; JCP G 1996, IV, n° 1264, cité par A. HUET, *La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle*, *Op. cit.*, p.12.
[259] *Ibid*. CA Paris, 11 mars 1998 : D. 1998, inf. rap. p. 92 ; Cass. 1re civ., 14 mars 2006 : JurisData n° 2006-032666 ; JCP G 2006, IV, 1815, cité par A. HUET, La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, *Op. cit.*, p.12.
[260] T. Y. ESSA. *Op. cit.*, p.315. A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, p.24s.
[261] Sur le type de rattachement cf. S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p.177.

qui concerne la compétence des autorités étrangères, il apparait que le lieu corresponde au premier type. C'est-à-dire que la compétence n'est reconnue que lorsque « *les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées* » (articles 14 et 15). De par cette définition, l'ensemble des obligations susceptibles de former l'origine du litige doivent être considérées. Très clairement, cette situation peut être de nature à remettre en question son bien-fondé dans un contexte international.

217. En conséquence, nous pensons que ces articles attribuent une compétence relativement rigide. En effet, la compétence est souvent donnée au droit irakien, même si le contrat a été partiellement conclu en Irak (et également dans le cas où cette partie ne représente qu'une proportion très faible dans l'exécution du contrat). À ce sujet, nous devons également souligner l'instabilité du droit irakien. Ainsi, il n'exige pas forcément un lien entre le lieu de l'exécution des obligations et le tribunal compétent. Par conséquent, nous mettons en lumière le fait que les articles 14 et 15 peuvent également être révélateurs d'une considération très lâche du litige par le tribunal Irakien[262].

218. En fait, la formulation des articles 14 et 15 avait été au centre des débats en suscitant de nombreux commentaires. Ses détracteurs soulignaient les difficultés d'ordre factuel qu'engendrait une telle formulation. De plus, sa nature a tendance à rendre encore plus rigide la saisine des tribunaux irakiens. La principale raison correspond au nombre significatif d'éléments qui doivent être réunis afin que l'individu puisse y recourir. Notons également une des spécificités du domaine contractuel. En effet, dans le cadre d'un contrat, il est courant que plusieurs éléments entrants en jeu dans le litige ne soient pas toujours rassemblés dans un seul et même lieu[263].

219. Que ce soit le lieu de résidence des parties ou bien leur domicile, ou encore celui des témoins, mais également la situation des éléments de preuve, l'ensemble de ces critères montrent que la notion de lieu peut recouvrir différentes réalités, selon le point de vue pris en compte. Nous devons également souligner que le lieu de conclusion du contrat correspond à un autre facteur primordial. Celui-ci on ajoute donc au critère du lieu de l'exécution du contrat. Ce dernier étant prévu par le Code civil irakien au niveau du

[262] Cette phrase est inspirée de S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p. 177
[263] *Ibid*.

rattachement juridictionnel et constitue clairement un aspect important de la détermination du lien entre le litige et le tribunal compétent. Au regard des textes, et tout particulièrement des exemples décrits dans l'article 15 du Code civil irakien, la compétence des tribunaux irakiens en matière internationale se base sur la capacité de ceux-ci à gérer le procès, mais également sur le principe de la compétence territoriale qui s'étend à toutes personnes présentes sur le territoire Irakien[264].

220. Par conséquent, l'article 14 du Code civil irakien ne donne pas une compétence exclusive aux tribunaux nationaux[265]. Ainsi, ce principe peut entraver la prise de décision par les tribunaux étrangers lorsque le défendeur est irakien. De plus, selon l'article 7 du Code du droit de la famille irakien, stipulant que « *le déclinatoire de la juridiction de la cour en raison d'incompétence ou en raison du type de procès ou sa valeur par le tribunal en soi même, et peut être évoqué à tout moment du procès*[266] », il apparait qu'il est possible de déroger à la compétence des tribunaux nationaux irakiens. Dans une vision plus générale du droit comparé, d'autres exemples peuvent être mis en lumière concernant la compétence des tribunaux nationaux. Tant dans le droit suisse[267], que le droit canadien[268] ou le droit belge[269], la règle de for induit cette compétence, même si dans d'autres situations, ces tribunaux nationaux ne l'obtiendraient pas. Il est évident que l'objectif

---

[264] A. M. Al FAKHRIE, *Op. cit.*, p. 24s. T. Y. ESSA, *Op. cit.*, p.315.

[265] De son côté, la Cour de Cassation française (Civ. 1re, 22 mai 2007 Fercométal) a décidé que : l'article 14 du Code civil, qui pose privilège de juridiction au profit du demandeur français, est lui aussi privé de tout caractère exclusif. [En ligne] https://www.courdecassation.fr (consulté le 18/02/2016). *Cf.* M-C. MEYZEAUD-GARAUD, *Op. cit.*, p. 175. Elle précise que le privilège de juridiction accordé par l'article 14 du Code Civil au demandeur français est pour lui facultatif : il peut y renoncer. Civ. 1re, 30 septembre 2009. En ligne : http://www.legifrance.gouv.fr. (consulté le 18/02/2016). *Cf.* F. MONÉGER, *Droit international privé*, Paris. Litec, Group LexisNexis, 2013, p.192s.

[266] [En ligne] http://www.iraqld.iq (consulté le 18/02/2016).

[267] L'article 3 du droit international privé de Suisse établit que : « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes. » [En ligne] https://www.admin.ch/opc/fr. (consulté le 18/02/2016).

[268] L'article 3136 du Code civil du Québec dispose que : « Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec ». [En ligne] http://ccq.lexum.com/ccq/fr#!fragment/art3136 (consulté le 18/02/2016).

[269] Voir l'article 11 du code de droit international privé belge qui dispose que : « Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger ». [En ligne] http://jafbase.fr/docUE/Belgique/Belgique-Loi16juillet2004-CodeDIP-VersionFr.pdf. (consulté le 18/02/2016).

poursuivi par ce critère est donc d'éviter le déni de justice. Cette tendance est clairement visible dans la jurisprudence française. En effet, celle-ci a tout particulièrement basé le critère de la compétence des tribunaux nationaux sur cette notion. En formulant l'hypothèse que le défendeur étranger, bien que résidant en France, ne possède aucun domicile légal ou officiel, il se pourrait alors que cet individu ait également abandonné ou perdu le domicile de droit dans son pays d'origine. Ainsi, dans cette situation, aucun des tribunaux étrangers n'aurait de compétence[270].

Section 2 : La tentative d'atténuation de l'approche rigide

221. La tentative d'atténuation de l'approche rigide est bel et bien présente. Il est évident que celle-ci est à mettre en lumière avec la mise en conformité des exigences du droit international privé, mais également avec comme objectif d'éviter l'isolement total des juridictions nationales. De plus, son bien-fondé apparait aussi au regard de la possible dictature de la loi nationale[271]. D'un autre côté, nous devons souligner que le législateur tente continuellement de trouver une solution équitable dans la gestion des différends.

222. Ainsi, que ce soit dans le droit irakien ou comparé (français ou encore américain), nous voyons que l'approche rigide peut être atténuée. En effet, une approche nettement plus flexible est rendue possible par la volonté du législateur de faire coexister plusieurs systèmes juridiques et judiciaires, tout autant que d'ouvrir leur systèmes nationaux respectifs. C'est pourquoi, des lois identiques existent ou coexistent dans plusieurs systèmes. Dans cette optique, nous allons aborder, dans les deux paragraphes suivants, d'un côté, l'atténuation basée sur la soumission volontaire à la compétence du tribunal (paragraphe 1) et, de l'autre côté, le recours au droit comparé par les juges (paragraphe 2).

[270] M-L NIBOYET, *Op. cit.,* p.344. Voir également A. HUET, « *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux.* – Compétence ordinaire. – Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale. » Encyclopédie > JCl. Civil Code > Fasc. 20. JCl. Civil Code - Date de fraîcheur : 22 Février 2011. Egalement *Op. cit.,* p.38.

[271] La diffusion des informations, grâce aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), a pour conséquence de diminuer l'isolement national. Cette affirmation est vraie dans de multiples domaines et la législation n'y échappe pas.

Notons d'emblée que, pour ce dernier, nous nous attarderons sur les différences existantes entre les législations irakienne, française et américaine.

Paragraphe 1 : La soumission volontaire à la compétence du tribunal

223. Que ce soit dans le système juridique irakien, français ou américain, le législateur et la jurisprudence ont clairement tendance à reconnaitre, par principe, l'influence significative des différentes parties sur la compétence du tribunal. Cependant, soulignons que ni le droit français, ni le droit irakien, n'ont adopté directement ce critère. C'est pourquoi, il n'existe pas de texte totalement explicite qui décrit cette possibilité offerte aux parties pour désigner le tribunal compétent. Plus spécifiquement, en ce qui concerne le droit irakien, ce critère apparait néanmoins de manière tacite dans l'article 30 du Code civil. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement. Ce qui apparait de façon nettement plus claire est une certaine liberté contractuelle. En effet, celle-ci semble jouer un rôle important, voire capital, dans le processus de rattachement juridictionnel. Cependant, elle est accordée sous deux conditions. Pour valider le choix réalisé par les parties en ce qui concerne le tribunal compétent, il convient : d'une part, de remplir les conditions de forme (A) et, d'autre part, de remplier les conditions de fond (B).

A. Les conditions de forme

224. Comme le souligne très justement Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon dans sa thèse, le commun accord et la liberté contractuelle sont des atouts précieux lors d'un litige. En ce sens, cet auteur rappelle les propos de Platon datant de plus de deux mille ans :

> « *regardons donc comme le tribunal le plus compétent est celui que les parties se seront donné à elles-mêmes, en choisissant d'un commun accord leurs juge*.[272] »

225. Dans un cadre contemporain et international, il semble évident que cette liberté revêt une importance considérable. Grâce à celle-ci, les parties liées par un contrat

[272] H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965. p. 1

international ont la possibilité de résoudre personnellement la question essentielle, à savoir : quelle autorité sera susceptible de trancher le litige, le cas échéant ? [273] Au regard des règles unilatérales de compétence internationale que nous venons d'expliquer, qu'elles soient basées sur une approche souple ou plutôt rigide, il apparait que le critère du tribunal compétent peut être largement influencé par la volonté des parties.

226. En fait, la conséquence de l'accord entre les parties, en ce qui concerne la compétence internationale, engendre généralement deux effets, d'un côté positif et de l'autre, négatif. Plus précisément, l'effet positif ou prorogatif correspond au fait de donner la compétence à un tribunal en particulier, alors que sans cet accord, ce tribunal n'aurait pas reçu cette compétence[274]. Il est également possible que la compétence de ce tribunal soit renforcée ou soit devenue définitive, alors que la saisine de celui-ci n'aurait été envisagée qu'à titre optionnel. A l'opposé, l'effet négatif ou dérogatoire apparait lorsqu'une partie choisit un tribunal qui, malgré l'accord d'élection de for, aurait reçu de manière automatique la compétence sans cette clause spécifique. Dans le cadre d'une telle clause et si cette dernière est officiellement reconnue par le tribunal, ce dernier à le devoir de se déclarer incompétent. Soulignons qu'en droit comparé, l'effet positif de l'accord d'élection de for est communément admis. Cette affirmation semble être effective tant dans les systèmes de droit civil que dans les *Common Laws*[275].

227. Commentons maintenant l'arrêt phare français en la matière, à savoir celui concernant une compagnie de signaux électriques[276]. Ce texte mentionne brièvement ce critère particulier et Madame le Professeur Marie-Laure Niboyet souligne d'ailleurs à ce sujet qu'

> « *On s'accorde, en général, sur la très grande utilité pratique des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international. Grâce à elles il est, en effet, possible de diminuer sensiblement l'insécurité inhérente à l'absence d'organisation de la société internationale*.[277] »

---

[273] S.GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit*., p.35.
[274] G. A. L. DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, 1991. Collecte Courses of the Hague Académie of International Law 229., p.52.
[275] *Ibid*.
[276] Cass. civ. 1re ch., 17 décembre 1985, *Cie de signaux électriques c. Sorelec*, [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr/ (consulté le 18/02/2016).
[277] M-L, NIBOYET, *Op. cit.*, p.314 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Op. cit.*, p.661.

228. En réalité, bien que le principe de la liberté contractuelle ait progressivement été admis en matière du droit des parties de s'accorder sur le ou les tribunaux compétents en cas de conflits ou litiges, il apparait que l'introduction de cette liberté a été extrêmement lente et difficile. La principale raison qui a induit cette difficulté provient du fait que les mécanismes du droit international privé ont pour nature à faciliter le choix du tribunal compétent en fonction de la loi et de la réglementation en vigueur dans le cas où les parties ne l'avaient pas désigné au préalable. Au regard de la liberté contractuelle, il semble que, très souvent, le choix soit laissé aux parties dans la désignation de la loi applicable au niveau de leur relation dans le cadre d'un contrat. Cette réalité semble choquante pour Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon. En effet, cet auteur affirme, à ce sujet, qu'

> « *il paraît choquant que les parties, en choisissant leur juge, puissent ainsi déterminer, indirectement sans doute, mais déterminer quand même, la loi applicable à leur litige.*[278]»

229. Cependant, ce choix ne doit pas être automatiquement considéré comme une fraude ou une volonté des parties de contourner la loi. Ainsi, si aucune fraude n'est commise, ce principe de liberté n'est pas réellement remis en cause. En réalité, il n'y a que peu, voire pas du tout, de changement à l'œuvre puisque les parties liées par le contrat passent soit pas une clause mentionnant le choix qu'elles ont effectuées, soit de manière indirecte par le critère d'élection de for.

230. Ainsi, nous constatons que la liberté est un principe relativement généralisé. Dans les textes, nous voyons que la plupart des législations l'ont d'ailleurs adoptée, peu importe le type de procès. Cependant, ce n'est pas le cas du législateur irakien qui ne l'a pas adoptée de manière formelle, que ce soit dans le Code civil ou dans le Code de procédures civil. Par contre, et selon la doctrine irakienne, il existe une possibilité de soumission volontaire par rapport aux tribunaux irakiens. Nous expliquerons, plus loin dans ce travail, l'application de ce critère dans le cadre de selon l'article 30 du Code civil Irakien[279].

---

[278] H. GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, *Op. cit.*, p.133.

[279] Nous proposons au lecteur de se reporter à T. YASSIN ESSA, « Une étude juridique dans les règles des conflits de compétence internationale, de relation des règles de compétence internationales à l'ordre public », *Journal de l'université de Damas des sciences économiques et juridiques*, 25, première édition,

231. D'autre part, le législateur irakien a depuis longtemps autorisé l'attribution de tribunaux étrangers selon le principe de la soumission volontaire. L'application de ce principe est encadrée par l'article 7 de la loi d'exécution des jugements étrangers en Irak[280]. Ainsi, à l'alinéa 5, il est indiqué que « *le tribunal étranger est compétent s'il est approuvé par les parties du procès.* »

232. En d'autres termes, la législation irakienne en matière de compétence des tribunaux autorise de retirer la compétence des tribunaux irakiens, sur la base d'une reconnaissance de la volonté des parties liées par un contrat, afin de la conférer à un tribunal étranger. Selon ce même article, cette soumission volontaire peut prendre deux formes : soit elle est totalement explicite, soit elle est implicite. Le premier cas peut correspondre au transfert de la compétence, en fonction d'une volonté formelle des parties, vers un tribunal qui n'aurait pas nécessairement reçu cette compétence. Aussi, il est possible que les deux parties liées par le contrat se soient, en amont du procès, entendues à travers un accord sur le choix du tribunal compétent. Cette possibilité est conforme avec le principe de soumission volontaire et explicite[281].

233. Notons que l'accord peut également être pris en considération lorsqu'il est réalisé durant le procès, à la condition que le défendeur accepte clairement la compétence du tribunal du demandeur. Dans le second cas, l'acceptation tacite ne peut venir que du défendeur. Nous pouvons illustrer cette situation dans le cas où une affaire est jugée dans un tribunal qui n'aurait pas officiellement la compétence requise, mais que le défendeur assiste à cette audience. Sans l'évocation de l'incompétence de ce tribunal, il est considéré que le défendeur accepte tacitement la compétence de celui-ci[282]. Nous soulignons donc l'obligation de déclarer l'incompétence du tribunal avant le procès. Il est également

---

2009, p.316 ; ainsi qu'à A. M. AL-FAKHRIE, *Etude comparative en droit international privé*, Baghdâd, 2007, p. 25.

[280] *Cf.* Le Code d'exécution des jugements étrangers Irakien n° 30 de 1928. [En ligne] http://www.iraqld.iq/ (consulté le 13/03/2016).

[281] T. YASSIN ESSA, *Op. cit.*, p. 316.

[282] *Ibid.* ; G. DAOUDI et D. H. HADOUIE, *Droit international privé*, Dar Alharia. p. 250 ; D. M. K. A. HAFEZ, *Droit international privé, conformément à la loi irakienne et comparative*, publication liberté House, Bagdad, 1977, p. 386 ; D. A K. A. SALAMA, *Jurisprudence de la procédure civile internationale* [titre traduit de l'arabe], Publishing House Al Nahda, Le Caire, 2000, p.137.

important de noter que l'absence du défendeur, ainsi que l'absence de toute réclamation, puisse être considérée comme un acte d'acceptation à la soumission des tribunaux irakiens.

234. Bien que le droit irakien s'accorde sur le principe de soumission volontaire, il apparait néanmoins que la validation du choix du tribunal compétent par les parties liées par un contrat ne soit pas inscrite explicitement dans les textes législatifs. Spécifiquement, à ce sujet, le Code civil irakien est extrêmement vague. En réalité, comme nous l'avons déjà souligné, les accords de volonté entre les parties peuvent prendre de nombreuses formes.

235. Il en va de même pour les contrats, si ces derniers ne tombent pas sous l'application automatique de dispositions législatives spécifiques. La formation d'un contrat peut être réalisée uniquement par un échange de consentement. D'ailleurs, selon l'article 76 du Code Civil irakien qui dispose que « *l'offre ou l'acceptation peut être écrite ou orale* », il est évident que la loi irakienne ne semble pas exiger une forme particulière ou spécifique pour les contrats. Cette convention entre deux parties peut se réaliser tout autant sous la forme d'un écrit et alors être explicite, mais également découler du comportement des parties et être alors totalement tacite[283]. Seul le contrat judiciaire est une convention entre les parties qui permet de fonder ou d'exclure pragmatiquement et officiellement la compétence internationale. Ce type de contrat induit des conséquences automatiques en termes de procédures. Dans ceux-ci, les conventions relatives à la compétence internationale lors de litiges peuvent prendre deux formes : soit elles sont conclues de manière séparée (matériellement) par rapport au contrat, soit elles sont insérées dans les clauses même du contrat. Cependant, soulignons que dans le second cas, les accords sur la compétence sont généralement indépendants du contrat proprement dit[284]. Au sujet du transfert de compétence d'un tribunal vers un autre, Madame le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon met en lumière un manque de solennité. Selon elle, nous aurions pu :

[283] N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *Collected Courses of the Hague Académie of International Law*, vol. 104, 2015. p. 246 ss.
[284] *Ibid*.

« *penser que pour réaliser un acte d'une telle importance, pour soustraire un litige à un ordre étatique et le transférer à un autre, une certaine solennité s'imposait et la rédaction d'un écrit semblait être le minimum de solennité concevable*[285]».

236. Très clairement, nous avons vu qu'en Irak, il n'existe aucune solennité dans ce domaine. Rien n'apparait comme officialisé autour de la mise en œuvre de contrat. Dans ce sens, il semble que les pratiques liées aux contrats se basent sur le principe de consensus. Cependant, ce dernier peut se réaliser de manière orale. Dans ce cas, il n'existe aucune trace ou preuve matérielle dudit contrat. Cet aspect met en évidence des défaillances significatives en cas de litige liés à ce type de contrat. Au quotidien, ces contrats totalement tacites, issus d'un accord oral, sont légion en Irak, que ce soit entre commerçants ou entre un commerçant et son client. Rares sont les consommateurs qui exigent un contrat écrit. Lorsque ces derniers sont réalisés, ils sont généralement conclus dans deux domaines : entre un consommateur et un commerçant itinérant et entre un consommateur et un vendeur d'automobiles[286].

237. Certaines situations sont parfois à la faveur du tribunal irakien face à un tribunal étranger. En effet, indépendamment des raisons, la compétence est donnée à un tribunal irakien, bien que les parties se soient accordées entre elles sur la solution du for étranger. Dans ce cas, la non-contestation est une condition suffisante. Cette non-contestation correspond au fait que le défendeur accepte d'emblée la compétence du tribunal irakien désignée par défaut. En droit français, les accords tacites ne sont pas spécifiés de la même manière que dans le droit irakien. En ce sens, l'article 48 du Code de procédure civile français énonce que :

« *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ».

238. Ce texte montre que la législation française met plus nettement l'accent sur la présence d'un accord écrit entre les parties liées par un contrat. De manière générale, la plupart des législations des États demandent une preuve matérielle, sous la forme d'une

[285] H. GAUDEMET-TALLON, *Op. cit.*, p.142.
[286] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.53s.

convention ou d'une clause d'un contrat, afin de prendre en compte le choix de la compétence internationale. Cependant, chaque État possède ses propres règles en la matière, mais globalement, c'est la forme écrite qui prime sur la détermination du lieu du tribunal lors de litige. Il semble évident de mentionner le fait qu'en réalité, dans un contexte international, les conventions relatives à la compétence internationale suite à un litige sont généralement conclues par écrit[287].

B. Les conditions de fond

239. Comme nous l'avons démontré, les systèmes irakien, français et américain admettent tous trois le principe de l'influence des parties liées par un contrat. Dans ce point, nous allons donc nous focaliser sur la qualité du choix par rapport au tribunal compétent. Nous expliquerons les différents éléments prévus dans les textes législatifs nationaux au sujet des conditions de fond. Que ce soit le droit irakien ou le droit français, aucun d'entre eux ne possède des exigences particulières en matière de lieu de jugement. En France, c'est clairement la volonté des parties qui prime. Afin d'illustrer plus concrètement nos propos, prenons l'exemple d'un litige qui s'est déroulé entre une société française et une société allemande. L'accord initialement conclu entre ces deux parties correspondait au choix d'un tribunal suisse. Bien qu'aucun aspect du contrat ne fût en relation directe avec ce pays, la Cour de cassation a néanmoins validé le principe de l'élection de for[288].

240. Cet exemple, tout autant que les éléments que nous venons de décrire, démontre que le choix du tribunal étranger inscrit explicitement dans le contrat permet aux parties d'obtenir une certaine sécurité quant au lieu du jugement. Cet accord écrit est une preuve objective incontestable. Cependant, nous devons mettre en lumière certaines difficultés engendrées par ce choix. En effet, la désignation d'un tribunal étranger induit inévitablement de lourdes charges, tant financières que pratiques. Dans ce cas, les nombreuses dépenses seront naturellement à la charge des parties[289].

---

[287] N. FRAGISTAS, *Op. cit.*, p.249.
[288] T. YASSIN ESSA, *Op. cit.*, p.316. A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.*, p.25s. Et au sujet de la position jurisprudentielle française : Cass. Com., 19 décembre 1978, Société Europa Carton, 1979 [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr (consulté le 12/0 3/2016).
[289] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.59.

241. À la première lecture des textes législatifs, nous pouvons supposer que la liberté des parties quant au choix du tribunal compétent est illimitée. Cependant, nous devons mettre en lumière l'existence de situations exceptionnelles qui limitent ce choix dans la pratique. Il est noté que

> « *Bien qu'il soit compétent pour connaître un litige, le tribuna peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence s'il estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige*. »

242. Ainsi, cet article se base sur un principe typique du droit anglo-saxon, à savoir l'exception de *forum non conveniens*[290].

243. Regardons ce texte de plus près afin de caractériser plus précisément les conditions de cette exception. La partie mentionnant que « *les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige* » correspond à une évaluation du tribunal le plus compétent pour juger du litige. Cette recherche du tribunal adéquat ou du forum approprié se réalise sur la base d'un comparatif entre, d'une part, les caractéristiques et les liens entre le litige et le tribunal initialement saisi et, d'autre part, les interactions existantes ou possibles entre ce même litige et un autre tribunal. Ainsi, au fil du temps, la jurisprudence a encadré cette évaluation par certains critères[291].

244. Au regard de cette limite dans la liberté contractuelle, deux paramètres sont à prendre en considération : les personnes et la matière. Cette dernière délimite bien évidement les contours de la liberté contractuelle. En ce sens, il arrive que la liberté soit totalement refusée aux parties liées par un contrat. Le plus souvent, cette exception est mise en œuvre lorsque les deux parties sont considérées comme n'étant pas en mesure de choisir elle-même le tribunal international compétent pour juger de leur différend. De l'autre côté, ces exceptions ou ces limites peuvent relever des personnes. L'évaluation se réalise alors sur la qualité des contractants à choisir le tribunal compétent. Généralement, cette limitation de la liberté de choix est mise en œuvre par le législateur afin de minimiser

[290] N. FRAGISTAS, *Op. cit.*, p.246.
[291] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial, *Op. cit.*, p.60.

les possibles abus. C'est le cas lorsqu'une des deux parties est considérée comme étant nettement plus faible que l'autre et donc susceptible d'être exploitée[292].

245. Ces exceptions liées aux personnes sont présentes dans la législation québécoise. En effet, dans le Code civil du Québec, à l'article 3149, ce type de disposition est clairement inscrit afin de protéger certains particuliers, à savoir les consommateurs et les travailleurs. Elles sont également visibles dans le droit français. Ainsi, à l'article 48 du Code de procédure civil français.

246. Ce texte permet d'éviter tout ambiguïté en expliquant précisément cette limitation du choix au regard de la qualité des personnes liées par le contrat. Puisque le droit français protège les consommateurs, c'est uniquement dans le cadre des contrats liant des commerçants que les clauses d'élection du for sont valables. Cependant, notons que ces derniers n'ont pas pour habitude de s'accord explicitement sur le tribunal désigné compétent en cas de litige[293]. Finalement, d'autres juridictions ont aussi inclus des limites précises à la liberté de choix du tribunal compétent. C'est le cas, par exemple, dans le droit international privé belge[294], mais également dans le Code de droit international privé tunisien[295].

---

[292] M. A. A. OKACHA, Les procédures commerciales internationales et l'exécution des jugements étrangers [titre traduit de l'arabe], Alexandrie, 2007, p.33.

[293] V. B. AUDIT, « Droit International privé », *Economique*, 2013, n°172.

[294] Voir l'article 6 du Code droit international privé belge qui dispose que : 1. lorsque les parties, en matière où elles disposent librement de leur droits en vertu du droit belge, sont convenues valablement, pour connaître des différends nés ou naître à 'occasion d'un rapport de droit, de la compétence des juridictions belges ou de l'une d'elles, celle-ci sont seules compétentes. Hormis les cas où la présente loi en dispose autrement, le juge belge devant lequel le défendeur comparaît est compétent pour connaître de la demande formée contre lui, sauf si la comparution a pour objet principal de contester la compétence.
2. Dans le cas prévu au &1er , le juge peut toutefois décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstance que le litige ne présente aucune lien significatif avec Belgique. [En ligne] http://jafbase.fr/docUE/Belgique/Belgique-Loi16juillet2004-CodeDIP-VersionFr.pdf (consulté le 12/032016)

[295] Voir l'article 4 du Code droit international privé tunisien qui dispose que : « Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou, si le défendeur accepte d'être jugé par elles; sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien ». Voir aussi l'article 5, au sujet de l'élection de for : « En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive ». [En ligne] http://www.droit-afrique.com/upload/doc/tunisie/Tunisie-Code-2010-droit-international-prive.pdf (consulté le 12/0 3/2016).

247. Nous pouvons donc conclure que la liberté contractuelle est extrêmement variable. . Nous avons démontré que cette liberté n'était, bien évidemment, pas illimitée[296]. Cependant, ces limites ou exceptions varient largement d'un système juridique à l'autre. Elle possède clairement des limitations, et ce, dans de nombreux systèmes juridiques. Dans le domaine du commerce en général, tout comme dans le commerce international, il est évident que les deux parties liées par un contrat disposent d'une certaine marge de manœuvre au niveau du choix du tribunal compétent. . Dans les faits, la liberté des parties induit certains avantages pour celles-ci, notamment la possibilité de prévoir à l'avance la compétence du tribunal, mais également en termes de neutralité et d'objectivité. Mais, nous avons remarqué que ces avantages étaient rarement actionnés par les parties contractantes. Très clairement, nous pensons que ces dernières ne se protègent pas suffisamment contre les éventuels litiges.

Paragraphe 2 : L'atténuation par le recours des juges à des normes étrangères

248. De manière générale, c'est le droit national qui est appliqué par les différentes juridictions afin de juger les litiges qui surviennent sur le territoire national de chaque État. Cependant, dans certains cas particuliers et dans des conditions spécifiques, il arrive que ces mêmes juridictions appliquent le droit comparé. En Irak, cette direction est inscrite dans l'article 30 du Code civil[297]. De plus en plus, nous voyons cette tendance prendre de plus en plus d'importance. En effet, l'application du droit comparé semble se normaliser en raison d'une incapacité du droit international privé d'empêcher cette direction. Dans les deux points suivants, nous caractériserons donc les pratiques et les principes sous-jacents aux recours du droit comparé par les juges (A), ainsi que les conditions qui encadrent ce type de recours (B).

[296] S. GUILLEMARD, le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial, *Op. cit*., p.55

[297] Traduit de l'arabe : « En l'absence d'une disposition dans les articles précédents concernant les cas de conflits de lois, les principes du droit international privé qui sont les plus couramment connus (répandus) doivent être appliqués ». Des prescriptions similaires se retrouvent dans d'autres codes proche-orientaux (voir notamment l'article 26 du Code civil syrien), de même l'article 24 du code civil égyptien

A. La philosophie de recours au droit comparé par les juges

249. Tout d'abord, il convient de cerner correctement ce que recouvre le concept de droit international privé, notamment selon le point de vue des juges. Ainsi, le doyen Batiffol considère que :

> « *L'objet général du droit international privé […] est l'ensemble de règles applicables aux seules personnes privées dans les relations de la société internationale* »[298]

250. Le terme "comparé" ne renvoie pas uniquement au mimétisme d'une juridiction étrangère. Il n'est pas non plus à considérer comme une simple forme ou méthode impliquant une recherche juridique[299]. Par principe, le droit comparé est un travail intellectuel qui permet de comparer ou de confronter plusieurs systèmes juridiques entre eux ou plusieurs types d'institutions comprises dans ces systèmes. Son objectif premier est de proposer des classifications réalisées sur la base d'une recherche et d'une mise en lumière des disparités et des ressemblances entre les différents systèmes juridiques existants. Grâce à cette recherche constante, les connaissances en matière internationale ne cessent d'augmenter. Cependant, celles-ci sont généralement employées, d'une part, afin de critiquer les systèmes dans une vision internationale et, d'autre part, afin d'améliorer les systèmes juridiques nationaux[300].

251. Historiquement, les juges ont recours au droit comparé depuis le XVIII^{ème} siècle. Ce procédé n'est pas donc nouveau. Dès cette époque, certaines juridictions faisaient l'objet de comparaison. Il s'agissait d'identifier les différences au niveau des pratiques de chacune d'entre elles. Actuellement, ce phénomène prend une place considérable. Cette tendance doit être mise en perspective dans un environnement hautement mondialisé. De plus en plus intense, cette tendance de recours au droit comparé est visible partout dans le monde. Les juges emploient cependant différentes appellations pour ce type de démarche,

---

[298] N.C., Traité élémentaire de droit international privé, Paris, 1955, p.3.
[299] B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé, bilan et perspective », *R.I.D.C.*, vol. 1, 2005.p. 29s.
[300] R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis, Dalloz, Paris, 2002, 11^{e} éd. (553p).

notamment « *l'argument de droit comparé, l'inspiration réciproque, la migration des idées, la circularité des solutions juridiques, etc.*[301]».

252. Que ce soit les juges de manière générale ou les juges spécialisés en droit international privé, il apparait que la tendance au sein de la jurisprudence est une réelle ouverture d'esprit quant aux pratiques mises en œuvre en dehors de leur pays. Bien évidemment, les démarches de ceux-ci sont extrêmement variées, tant au sein d'un même pays entre les juridictions, qu'entre les différentes nations, mais également au regard des thèmes étudiés. Dans ce contexte de généralisation du recours du droit comparé, nous nous interrogeons légitimement sur la validité de cette démarche et son ampleur. Que ce soit en théorie ou en pratique, est-il intéressant de recourir de manière plus fréquente au droit comparé ? C'est la question que se posent de nombreux spécialistes dans le domaine[302].

253. De prime abord, il est évident de considérer le droit comparé comme une démarche intellectuelle très enrichissante pour les pratiques juridiques. D'emblée, cette accumulation de connaissance ne peut être perçue de manière négative. Cette recherche permet également de mettre en lumière certains éléments qui ne seraient pas aussi visibles dans une vision linéaire. En d'autres termes, cette comparaison permet de visualiser des aspects, qui passaient jusqu'alors inaperçus, par leur mise en perspective entre les différents systèmes juridiques. Cette démarche intellectuelle demande de grands efforts et une patience importante. En effet, cette comparaison des différents systèmes et pratiques dans un domaine précis exige d'avoir une connaissance complète sur l'ensemble des aspects liés à ce domaine. Avant de confronter les différents systèmes entre eux, il faut évidemment comprendre chacun d'entre eux de manière globale. La quantité et la qualité des informations recueillies permettent ainsi d'augmenter le niveau des connaissances personnelles en la matière. Sur la base de cette large connaissance, tant au niveau des

[301] DI MANNO, Th. (dir.), *Le recours au droit comparé par les juges*. Colloque organisé par la faculté de droit de Toulon le 15/05/2012. 5e Journée d'études de l'UMR 7318 du CNRS Droit public comparé, droit international, droit européen. Bruylant, 2014.

[302] A.T. von MEHREN, « L'apport du droit comparé à la théorie et la pratique du droit international privé », *Revue internationale de droit comparé* 29, n°3, 1977, §2. ; également, du même auteur, « Theory and Practice of Adjudicatory Authority » in *Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems*, American Society of Comparative Law, Incorporated, 2004.

sujets comparés, de la nature et du sens des pratiques des différents systèmes, le professionnel sera en mesure de mettre en œuvre des actions concrètes[303].

254. Ces actions ou ces prises de position ont généralement pour conséquence l'amélioration du système national du professionnel. Il se peut également que l'objectif poursuivi soit plutôt une harmonisation entre les différents systèmes juridiques. Dans cette optique, nous pouvons considérer que le droit comparé sert à visualiser la diversité des pratiques afin de rechercher des solutions d'homogénéisation. Ces dernières permettront ensuite de rapprocher les systèmes, tout en minimisant les divergences. Une des difficultés de ce type de travail est de cerner correctement les éléments positifs et négatifs de chaque système afin de développer plus largement les premiers et de réduire considérablement les seconds[304].

255. Dans une vision plus pragmatique et à une échelle plus réduite, le droit comparé est utilisé par les juges afin d'argumenter certaines de leurs décisions[305]. En effet, ils peuvent se baser sur la jurisprudence étrangère afin de motiver leur raisonnement. Dans ce cas, l'étendue du travail de comparaison est nettement plus restreinte. Nous voyons donc que les pratiques en matière de droit comparé peuvent s'apercevoir dans une réalité plus réduite et technique. La référence se réalisera alors sur quelques éléments de droit comparé et non sur une vision large des systèmes ou instituions juridiques.

256. Étant purement intellectuel dans un premier temps, ce travail se transforme et se transpose donc ensuite dans les pratiques professionnelles. Une des conséquences directes de ce travail de comparaison est d'amplifier les relations internationales. En augmentant la compréhension des différents systèmes, le droit comparé confronte les droits étrangers au droit national. Son objectif en termes d'harmonisation des pratiques et des systèmes juridiques n'induit pas forcément une unification globale et complète. Bien évidemment, certaines différences seront toujours visibles[306].

[303] DI MANNO, Th. (dir.), *Op. cit.*, p.9.
[304] B. ANCEL, *Droit international privé comparé*, université de Paris 1, 2008. p. 2.
[305] DI MANNO, Th. (dir.), *Op. cit.*, p.10.
[306] *Ibid*.

257. Nous pensons qu'elles sont également indispensables. En effet, les caractéristiques propres à chaque système sont adaptées aux réalités nationales, notamment en termes de diversité culturelle. Par conséquent, une unification ne serait pas totalement adéquate. Il ne s'agit pas non plus de hiérarchiser les différents systèmes, ni d'en privilégier certains au détriment des autres. La richesse et la diversité doivent être maintenues[307]. Finalement, l'avantage indéniable du droit comparé est de faciliter la mise en œuvre de conventions à l'international, mais également de favoriser la mobilité des individus. Ce dernier aspect est relativement intéressant et mérite d'être plus largement développé, notamment au regard du commerce[308].

B. Les conditions de recours au droit comparé

258. Au regard des différents textes législatifs irakiens, nous souhaitons mieux cerner les conditions de l'application du recours au droit comparé de la part des juges. Nous aborderons les conditions demandées par la loi irakienne afin de mettre en œuvre un travail de ce type. Dans ce point, nous mettrons également en lumière les limites dans l'application du droit comparé. Sachant que ces pratiques sont incluses dans le droit irakien, ce dernier n'est pas réellement explicite quant à l'application du droit comparé, ni même aux conditions qui l'entourent.

259. Dans l'article 30 du Code civil irakien, la démarche employée afin de résoudre les différends, dans un contexte international et en l'absence d'article, y est indiquée[309]. Cependant, une difficulté peut s'apercevoir à la lecture de cet article : comment peut-on prouver l'absence d'article ? A ce sujet, nous pensons qu'il convient de recourir à l'article 1 du Code civil. En effet, dans ce cas et sur la base de cet article, le juge a l'obligation d'avoir recours à des sources subsidiaires[310] :

> *1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre (lafz) ou l'esprit (fahwa) de ses dispositions.*

---

[307] E. ABDALLAH, « *La philosophie du législateur égyptien en matière de conflit de lois* », in *Egypte contemporaine*, n°340, 1970, p.29s. Et, T. A. CROMWELL, « La coopération et les cours nationales ». Cours disponible en ligne depuis le 21 juin 2010 sur www.ahjucaf.org, p.130 (consulté le 13/03/2016).
[308] B. ANCEL, *Op. cit.*, p.2.
[309] T. YASSIN ESSA, *Op. cit.*, p.314.
[310] [En ligne] www.iraqld.iq (consulté le 13/03/2016).

2. À défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman les plus conformes aux textes de cette loi sans se limiter à une école particulière. A défaut de ces principes, le juge aura recours aux règles de l'équité.

3. Les tribunaux s'inspireront dans tous ces cas des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence tant en Irak que dans les pays dont les lois sont proches des lois irakiennes. »

260. Selon ce texte, la notion d'ordre public s'avère être centrale et même une condition d'application des recours au droit comparé. Un second aspect peut également être mis en lumière. En effet, il existe une condition relative à la nature de la solution adoptée par le juge. Il s'agit de recourir aux pratiques et aux principes législatifs les plus communs en droit international privé[311].

261. Revenons sur l'article 30 du code civil irakien . Dans celui-ci, il apparait clairement que l'approche comparative possède certains avantages. Ceux-ci peuvent toucher tout autant les parties prenantes impliquées dans un litige, que la loi en général. Du point de vue des parties, il nous semble évident de souligner que les recours au droit comparé leur permettent de trouver la solution la plus adaptée et la plus équitable en fonction de leur situation. Et d'un point de vue de la loi, à travers cette approche, il arrive souvent que la loi nationale soit renforcée par le recours au droit comparé.

262. À ce stade de notre réflexion, nous nous posons la question de savoir quels sont les outils et la méthode dont le juge dispose afin d'améliorer ses connaissances en matière de législations internationales. Pratiquement, le juge qui souhaite avoir recours au droit comparé se doit de connaitre les lois étrangères. Cette condition est indispensable afin de réaliser son travail avec justesse et cohérence, mais également pour que ce dernier soit efficace et utile. Une autre condition au recours du droit comparé est d'avoir accès aux différentes sources issues des législations internationales. Cette accessibilité des sources doit également être possible sans que des frais importants soient demandés, tout en étant rapide. Notons aussi que les sources accessibles doivent être fiables[312].

---

[311] T. YASSIN ESSA, *Op. cit.*, p.318.

[312] M. R. LEGEAIS, « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », *RIDC* 46, n°2, Avril-juin 1994, p.353.

Conclusion Titre 1

263. Nous l'avons souligné à de multiples reprises : il existe de nombreuses ressemblances entre les règles de conflit de compétence internationale dans les législations irakienne et française. Une convergence qui dénote néanmoins avec le système américain qui possède quant à lui une approche plus concrète et fondée sur des faits réels. Ce dernier établit sa compétence sur la base de tests, sur l'équilibre des normes de compétence et des principes, à partir desquels, il existe beaucoup de place à la discrétion judiciaire, caractérisant ainsi une tradition du système américain en général. Autrement dit, ce système juridictionnel détermine la compétence sur la base des concepts de fait et des normes ouvertes, au lieu de concepts juridiques formels. Ensuite, nous avons estimé que les approches irakiennes et françaises étaient toutes deux de nature politique, et formalistes plus que juridiques. Toutes deux mettent l'accent sur les intérêts de l'État ou de l'organisation, plus que sur l'intérêt des parties qui nous semble prioritaire. Ce faisant, elles ne prennent pas en considération la nature technique du litige.

264. Dans la même direction, par la présence de l'article 30 du Code civil irakien, le législateur utilise une stratégie qui s'oriente plus vers des lois françaises et/ou américaines. Concernant l'interprétation du terme « territoire », celle-ci nous oriente vers une définition qui lie le sens de l'intérêt à la souveraineté. Toutefois, cette définition n'empêchera pas le juge irakien de recourir aux solutions qui existent dans d'autres systèmes juridiques.

265. Même si nous constatons une « flexibilité » dans le système juridique irakien, il faut souligner le fait que les lois sont plus globales et moins précises, ce qui montre une indétermination dans certains litiges, surtout ceux liés à Internet, de trouver des solutions concrètes et applicables. Par contre, nous pouvons souligner le fait que le lien entre le litige et le tribunal saisi ne constitue pas un élément pertinent aussi bien dans le droit français, américain ou même irakien, ce qui montre bien qu'une certaine position a été envisagée vis-à-vis des problèmes survenant dans l'espace virtuel.

TITRE 2 : L'immixtion de la sphère virtuelle dans des règles de conflit de compétence internationale

266. Nous avions évoqué auparavant les principaux critères des règles de conflits, qui sont pour la plupart liées au territoire. En effet, les termes de spatialité ont révélé des lacunes et des difficultés à minimiser ces lacunes surtout quand l'espace devient virtuel. Historiquement, il s'avère que cette notion d'espace était plus maîtrisable aux vues des nombreux déplacements au sein d'un même territoire ou même extérieurs. Mais, au fil du temps, l'augmentation et la facilité de déplacement ont mis au défi les règles établies. Ainsi, elles se sont adaptées aux nouveaux besoins.

267. Au niveau de la Loi Irakienne, il semblerait que la compétence juridictionnelle n'ait été conçue en vue de répondre à des causes du monde physique, ce qui montre bien que des lacunes vont apparaitre au niveau du cyberespace. Dans un premier temps, il nous faudra voir si le législateur a répondu à ces nouveaux changements et dans un second temps, il nous faudra voir en quoi ce nouvel espace est potentiellement dangereux pour les contrats en ligne. Comme la Loi Irakienne se base sur des règles dites traditionnelles, en est-il de même pour les règles issues d'Internet ? De quelle tradition parlons-nous ? Y-a-t-il des relations entre cet espace et celui du monde physique ?… Ces questions ont pour but de relater les faits avec des lois traditionnelles pour comprendre en quoi ces lois sont inopérantes dans le cas de contrats cyberspatiaux. Nous verrons que la Loi traditionnelle Irakienne ne peut intervenir que très difficilement sur ces évolutions technologiques muant très vites. Cela a porté préjudice, par exemple, dans l'efficacité des règles de conflit de compétence internationale. Le fait qu'il y ait aujourd'hui une dématérialisation de plus en plus présente (pensons aux objets connectés), montre que la Loi irakienne devra évoluer avec ces changements.

268. Comme les lois, et ce dans tout État, sont faites après les phénomènes à réguler, qu'il soit dans un espace physique ou non, elles ne peuvent répondre à un présent en évolution constante. Dans le cas du cyberespace, il y a deux effets simultanés : les causes virtuelles et les réalités de ces causes. À la lumière de ce phénomène dédoublant, il y a une réalité des effets qui sont liés à un cadre juridique, ce qui constitue la relation juridique par preuves matérielles. Ensuite, il y a ce qui entoure le litige, une certaine réalité mais dont les

preuves matérielles sont inexistantes. De ce fait, nous avons pu constater que, dans la Loi irakienne, le principe de rattachement était souvent mis en exergue, ce qui montre une certaine rigidité.

269. Comme nous le savons, en matière de contrats, le tribunal sera obligé en premier lieu de déterminer la question de l'extranéité pour savoir si le litige entre dans un domaine du droit international ou dans un domaine privé. En second lieu, il appliquera des normes qui donneront la possibilité de localiser la conclusion et/ou l'exécution du contrat. Dans ces deux phases, les problèmes sont nombreux en droit irakien et même dans d'autres pays, tout simplement car Internet a lui-même changé cette notion de lieu et donc de localisation, ce qui amène à des conflits de compétence juridique.

270. Comme le souligne Olivier Cachard[313], les règles spéciales de compétence ne sont en aucun cas des règles personnelles, elles sont inhérentes à leurs territoires. Ainsi, le tribunal compétent, en matière de contrats, sera en mesure de désigner la loi applicable. De même que la détermination de l'extranéité du contrat reposera sur des principes juridiques ou économiques qui sont liés au territoire, ce qui induit une inefficacité de ces règles avec un litige se déroulant sur Internet. Le cas échéant, pour déterminer la compétence de la juridiction en vue d'un litige issu d'Internet, il faudra prendre en compte deux éléments majeurs : le caractère hybride de ce réseau et la forme et le fond du contrat électronique.

271. Ce titre 2 sera ainsi consacré aux différentes phases relatives aux contrats cyberspatiaux, de leur naissance à leur exécution. Nous nous focaliserons tout d'abord sur la problématique de la localisation du contrat virtuel (chapitre 1). Ensuite, nous nous intéresserons aux problèmes qui en découlent, en analysant certaines normes qui ne peuvent s'appliquer en matière de litige sur Internet. Ainsi, nous verrons que l'apparition de l'Internet dans les règles de compétence internationale relatives à la résolution des conflits emporte un certain nombre de conséquences (chapitre 2).

[313] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J. 2002, p.381.

Chapitre 1 : La problématique de la localisation du contrat virtuel en droit irakien

272. Tout d'abord, rappelons l'importance de la détermination juridique d'un État compétent en matière de contrats à distance : d'une part, cette détermination impliquera toutes les procédures à suivre pour régler le litige ; d'autre part, elle assura *l'exequatur* d'un jugement rendu par un tribunal étranger qui devrait être exécuté sur le territoire d'un autre État.

273. Toutefois, pour témoigner de cette compétence, il faudra néanmoins vérifier au préalable que le contrat présente un élément qui le rattache avec le tribunal élu et les éléments du litige. En d'autres termes, le contrat à distance ne pose pas toujours un problème de conflits de juridictions de droit international privé. Cela dépend des circonstances qui entourent la transaction du contrat. Ainsi, nous constatons que la désignation d'un tribunal compétent, en cas de litiges liés aux contrats électroniques, n'est pas sans complexité en raison de l'hétérogénéité des formes, de la vitesse de propagation et/ou de connectivité avec les autres pays et sa dématérialisation qui ôte toutes lois purement étatiques. Dans ces difficultés, les normes pour déterminer la compétence d'une juridiction se sont divisées en deux segments : l'une se base sur le territoire et l'autre sur le côté personnel. Le territoire touche des questions sur l'élément d'extranéité et le côté personnel se penche sur les critères de conclusion et exécution des contrats électroniques.

274. Que ce soit dans un contrat exécuté par voie électronique matériel (livraison de biens ou de services), ou que ce soit dans un contrat exécuté et conclu d'immatériel, un autre problème vient se greffer en plus de l'élément d'extranéité : la distinction à faire entre produit et service. Pour ce faire, en tentant de répondre aux différents problèmes mis en cause par la nature d'Internet, nous aborderons cela en deux sections : La première s'axera sur la difficulté à déterminer l'extranéité du contrat, en cas de litige sur Internet (section 1). La seconde s'orientera vers les difficultés issues de la conclusion et de l'exécution même du contrat (section 2).

Section 1 : L'élément d'extranéité du contrat virtuel

275. Dans un premier temps, si nous observons la doctrine irakienne, nous pouvons voir qu'elle a essayé de construire des normes qui déterminent un certain rapport contractuel. Ces normes ne sortent pas des textes législatifs qui existent dans le droit international privé[314]. Si l'on prend les dires de Stéphanie Chatillon[315]. celui-ci soutiendrait que certaines de ces normes se réfèrent directement au droit international comme c'est le cas avec les normes de nationalités, de contrats de mariage, … Une norme qui donne une base attribuable en matière de statut personnel.

276. Dans notre cas, il s'agit d'une situation différente car ce sont des contrats en général même pour les contrats en vue d'un commerce international ; en raison de leur nature particulière (norme de conclusion et d'exécution dans un contrat) qui est rigide dont elle ne relève pas du tribunal compétent mais dont elle a besoin d'une interprétation indispensable des juges pour que l'application soit effectuée. Cet élément est parfois difficilement interprétable, ce qui nous amène à voir cette section en deux paragraphes : la première partie se focalisera sur la définition même de l'élément d'extranéité (Paragraphe 1), et la seconde partie se penchera sur les confusions possibles de ce concept (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La définition de l'élément d'extranéité

277. Cette notion d'extranéité reste difficile à cerner tant elle parait hétérogène : elle varie selon les cadres juridiques et les langues issues de l'État. Par exemple, entre la version du droit international privé et le droit international public, il y a une légère différence. L'un penche pour une vision liant l'économie et l'autre vers une description plus juridique, ne se souciant que de la répartition des éléments de rattachement qui peuvent réunir plusieurs juridictions. Mais, il est possible d'apercevoir une certaine conciliation entre le domaine juridique et le domaine économique dans une définition qui

[314] *Cf*. H. AL DABBAGH., « Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien »,*Op. cit.*, p.885s.
[315] S, CHATILLON ., *Droit des affaires internationales*, Vuibert, 5ème édition, Paris, 2001, p. 48.

est approchée par certains pays effectuant des échanges commerciaux importants entre les États. Donc, comme dit précédemment, l'extranéité, dans sa définition, se divise en deux parties : l'aspect juridique (point A) et l'aspect économique (point B). Dans ces analyses, il nous faut admettre dès lors que la définition de territoire prendra une place majeure car l'extranéité ne peut se défaire de sa surface physique.

A. Le critère juridique

278. En fait, le droit international privé ne donne nulle part une définition de l'élément d'extranéité. Tout ce que l'on sait, c'est que le droit international privé met de côté les règles substantielles de droit interne pour mettre en avant des règles de droit international privé. L'extranéité, qu'elle soit situable avec ses critères géographiques (situation réelle) ou qu'elle soit fondée sur des critères purement personnels tels que la nationalité (situation personnelle), se définit, si l'on rejoint la doctrine, *« comme une limite juridique au champ d'application dans l'espace de la loi du for*[316]*»*.

279. Généralement, pour qualifier une relation qui met en jeu le caractère international, il faut qu'elle ait un lien de rattachement avec l'étranger. Comme en témoigne Jean Christophe Pommier[317], il s'agit du « facteur d'extranéité ». En droit international privé, l'extranéité de la relation juridique est une condition requise pour que la juridiction puisse avoir un assouplissement en vue des intérêts de l'ordre interne mais aussi des parties qui sont intégrées dans ces rapports internes, tout comme les intérêts de l'ordre international[318].

280. Nous voyons bien l'importance de l'extranéité au sein des litiges entrainant une réflexion autour des règles de compétences des tribunaux. Mais malgré l'importance de ce point, le Code civil Irakien n'offre en rien un indice pouvant répondre à la question même de l'extranéité. De ce fait, il existe d'emblée des lacunes dans la Loi irakienne et devant ce

---

[316] C. ALRIC, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé » *Legal News Affaires internationales (Doctrine)*, 2003. D'après l'édition de 2013 ; S. CHATILLON, *Le contrat international*, Paris, Vuibert, 4e édition, 2011. p.12s.

[317] J-C. POMMIER., préface Y. LOUSSOUARN, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Economica n°139, Paris, 1992, p.141.

[318] S. CHATILLON, *Op. cit.*, p.12s.

constat, si l'on observe Hassan Mohamed et Ali Ghaleb Daoudi[319], la doctrine s'est efforcée de mettre à jour une définition de l'extranéité. D'autre part, la jurisprudence irakienne a le droit de recours au droit comparé comme le souligne l'article 30 du Code civil irakien, comme vu dans les chapitres antérieurs[320]. Par contre, par comparaison, le législateur français, avant l'abrogation de 1966, avait mis l'accent sur l'aspect économique tout comme l'indique l'article 1492 du Code civil français : *« est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international »*, ce que Maen Al Qudah[321] qualifia comme étant un bon exemple du critère économique dans la définition de l'extranéité. Par ailleurs, Messieurs les Professeurs Cadiet Loïc et Jeuland Emmanuel définissent l'élément d'extranéité comme :

> « *un élément constitutif de la relation juridique litigieuse localisé à l'étranger. L'extranéité peut tenir aux parties en cause : l'une d'elle au moins est étrangère ou l'objet du différend : l'immeuble dont l'attribution successorale est contestée se situe à l'étranger*.[322] »

281. Dans ce sens, nous pouvons mettre en lien le droit international privé tunisien[323] avec son second article. Comme le rappelle le doyen Batiffol, à propos de l'aspect juridique de l'extranéité, un contrat est juridiquement international lorsque

> « *par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plusieurs systèmes juridiques*.[324] »

---

[319] H. MOHAMED et A. GHALEB DAOUDI, *Le droit international privé, les conflits de lois, de juridiction et d'exécution des jugements étrangers* [titre traduit de l'arabe], deuxième partie, 4ème édition, Alatk Caire, 2011, p.19.

[320] *Cf.* chapitre 2 titre 1, p. 107

[321] M. AL QUDAH., *L'exécution du contrat de vente international de marchandises*, P.U de Reims Champagne – Ardenne, 2007, p. 29.

[322] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7e édition, LexisNexis, 2013, p.132.

[323] L'article 2 du Code de droit international privé tunisien a défini l'internationalité en ces termes : « est international le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminants à un ou plusieurs ordres, autres que l'ordre juridique tunisien ». Ainsi, l'internationalité du litige nécessite un élément d'extranéité qui soit déterminant. [En ligne] http://www.droit-afrique.com (consulté le 13/03/2016).

[324] H. BATIFFOL, « Droit international » in *Contrats et Conventions*, n° 9, Encyclopédie Dalloz, 1972. (Parmi les exemples rencontrés en jurisprudence, on relèvera notamment la nationalité différente des cocontractants retenue dans la célèbre affaire *American Trading* (Cass. civ. 5 décembre 1910, Grands arrêts jurispr. DIP n° 11), leurs résidences dans des pays différents (Cass. com., 19 janvier 1976, préc.) ou le lieu d'exécution du contrat à l'étranger (Cass. 1re civ. 9 janvier 1968, JDI 1968, p. 717, note M. SIMONDEPITRE ; JCP 1968, II, n° 15451, note G. LYON-CAEN ; Cass. soc. 8 juillet 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON ; Cass, soc. 6 novembre 1985, Rev. Crit. DIP 1986, p. 501, note P. LAGARDE. Contra Cass. 1re civ. 7 octobre 1980, JCP 1980, II, n° 19480, concl. GULPHE ;

282. Selon cette dernière définition, la notion d'extranéité se fonde sur des éléments objectifs de la relation avec le contrat : le domicile ou le lieu des intérêts commerciaux est mis en avant. L'extranéité est inhérente, dans cette définition, à sa localisation étrangère par rapport aux éléments (sujets et objets) du litige. Dans ce cas de figure, le principe d'extranéité consiste à introduire la mise en avant d'un système international dérogatoire du droit commun, résultant vers deux conditions :

- Premièrement, le rapport juridique doit conserver un ou divers éléments d'extranéité, ce qui signifie qu'il y aura un rapport mis en contact avec un ou plusieurs ordres (économique et/ou juridique) étrangers[325].
- Deuxièmement, s'il y a des rapports avec les pays étrangers, le contrat peut revêtir un autre aspect plus international, en fonction de la nationalité des parties, de leurs domiciles, de la localité de l'objet conclu ou même du moment et du lieu de la conclusion du contrat[326].

283. Si l'internationalité juridique est d'actualité, comme l'indique l'article 3 du Règlement de Rome I [327], des variantes existent : dans certains cas, il y aura une considération vis-à-vis d'une internationalité objective qui ne prend en compte que des éléments de fait pouvant être rattachés aux ordres juridiques mais d'autres considèreront cette internationalité de manière plus subjective découlant de la volonté seule des parties. La Convention de Vienne328 rapporte que la notion d'extranéité est celle qui prévaut dans un contrat international. Ce qui implique un contact entre deux États au moins, mettant de

---

Rev. Crit. DIP 1981, p. 313, note J. MESTRE (dont la solution n'est sans doute pas étrangère à des considérations d'espèce).

[325] La doctrine distingue l'internationalité de l'extranéité. On peut poser que l'internationalité est une appartenance relationnelle à au moins deux ordres juridiques différents, dont un est étranger à l'ordre juridique de référence ; l'extranéité serait, en revanche, une appartenance relationnelle à un ordre juridique étranger au for qui suppose défini un ordre juridique de référence sur la distinction. *Cf.* E.WYLER. et A. PAPAUX ., « Extranéité de valeurs et de système en droit international privé et en droit international public » In *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, 1999, pp.239- 241.

[326] S. CHATILLON. *Op. cit.*, p.13s.

[327] Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « Rome I » , *Cf.* L'article 3 du règlement Rome I. Journal officiel de l'Union européenne» L 177 du 4 juillet 2008).

[328] *Cf.* La convention de Vienne de 1980 sur *Les contrats de vente internationale de marchandises.* La Convention définit le critère de l'extranéité avec l'établissement, domicile ou résidence de l'acheteur et vendeur, lorsque les deux se trouvent dans différents pays, l'élément d'extranéité est donné.

côté les contrats internes. Bien entendu, ces éléments, qui prouvent l'internationalité d'un contrat, devront être suffisants et visibles.

B. Le critère économique

284. Bien que le critère juridique paraisse lisible et facile pour la détermination du type de contrat (international ou non), il est cependant insuffisant et inflexible car dans un contrat, il se peut que l'élément d'extranéité soit fortuit ou inefficace, comme nous l'indique par exemple le doyen Battifol[329]. C'est pour la raison suivante que la doctrine a proposé un second critère, cette fois-ci économique. Un critère selon lequel la jurisprudence admet souvent, selon Monsieur le Professeur Jean-Michel Jacquet[330], une internationalité du contrat même s'il ne comporte en rien des éléments d'extranéité. Elle mise sur le fait que les marchandises sont d'origines étrangères, ou destinées à une exportation, ou encore dans lequel une activité futur de l'une des parties se déroulerait à l'étranger… Autrement dit, dans ces hypothèses, l'on pourrait sous-entendre que les intérêts du commerce international viennent par anticipation. Comme le dit Jean-Michel Jacquet, le contrat serait d'ordre économique international car il met en commun des parties extérieures lors de l'exécution contractuelle[331].

285. Pour que la notion d'économique vienne en jeu, le contrat doit contenir un mouvement de biens, de services ou de paiements vers l'extérieur. Et pour que ce même contrat ait une reconnaissance internationale, il doit contenir un élément qui se soit déplacé d'un pays à un autre que celui qui a proposé la conclusion du contrat[332]. Une note de Niboyet[333] met en évidence la réciprocité dans les valeurs au moment de la conclusion du contrat en évoquant que la Cour de cassation a estimé que le contrat de vente est international du fait qu'il met en double action une importation et une exportation. En parallèle, la Cour de cassation a jugé qu'

---

[329] A titre d'exemple, la Cour de cassation a refusé, dans ce contexte, la qualification de *contrat international* au contrat d'un agent commercial français qui devait exercer son activité en Colombie pour le compte d'un autre Français. Cass.com, H. BATTIFOL., « note » in *Revue Critique de Droit International Privé (R.C.D.I.P)*, 1976, p.503.
[330] J.-M. JAQUET., *Le contrat international*, Editions Dalloz, 2ème édition, 1999, p.12.
[331] *Ibid*
[332] S. CHATILLON. *Op. cit.*,p.17 et ss.
[333] NIBOYET, Cass.civ. Editions Sirey, 1933, vol. I p.41.

« *il fallait entendre par opérations celles se traduisant par un double mouvement de marchandises ou de valeurs de la France vers un pays étranger et celui-ci vers la France*.[334] »

286. Enfin, nous pouvons conclure qu'un contrat international est reconnu comme tel s'il y a ce mouvement intérieur vers extérieur. L'objet marchand ou le service est mis au centre de ces mouvements car il suffit à lui seul de définir si le contrat est international, où il pourra être soumis au droit international contrairement dans le cas d'un contrat strictement interne, ce qui rejoint les propos de Philippe Kahn[335]. Dans cette perspective, toujours par le biais de la Cour de cassation, celle-ci a estimé que :

« *… le caractère international d'une opération ne dépend pas nécessairement du domicile des parties et du lieu stipulé pour imprimer aux mouvements de fonds qu'elle comporte un caractère dépassant le cadre de l'économie interne*.[336] »

287. Ces deux critères (juridique et économique) sont applicables sur des litiges ou faits traditionnels (nous avions utilisé des exemples assez datés) mais que se passe-t-il si ces critères sont remis en question par Internet et son espace bien spécifique ? Au demeurant, le territoire reste le moyen le plus coutumier pour déterminer la situation contractuelle à la catégorie d'une relation internationale. Ce qui implique que la notion d'extranéité est aussi conçue pour des faits matériels avec un espace géographique, avec des frontières circonscrites, avec des États bien distincts où un pouvoir exécutif est visible sur les biens et les personnes. C'est pourquoi, dans le second paragraphe, la question du brouillage causé par Internet, en plus des différends dans sa définition initiale, sera très pesante sur la qualification même de l'extranéité que peut avoir un contrat.

Paragraphe 2 : La confusion dans le concept d'extranéité

288. L'émergence d'Internet va complètement modifier le concept d'extranéité, puisque, l'espace virtuel est désormais un espace mondial se propageant sur différentes plateformes et matériaux bien différents du papier. La logique de cet espace repose sur un concept sans frontière où les activités sont bien réelles et sont bien dirigées depuis un lieu physique mais

[334] MALAURIE, Cass.civ., 1958-1959, p.361.
[335] P. KAHN., *La vente commerciale internationale*, t.4, 1963, Editions Sirey, p.4.
[336] Cour de Cassation civil, vol. I, Editions Sirey, 1934, p.297.

les actions, transactions sont, elles, le lieu de beaucoup de controverses[337]. Ce nouvel espace ne donne plus autant de crédit à la notion d'extranéité car dans cette définition, la notion de territoire est primordiale, chose maintenant désuète. En résulte[338], une question : est-ce que l'extranéité est présente sur Internet et si oui comment la définir. Notamment, le litige qui produit intégralement ou partiellement sur Internet. À travers ces questions, nous aborderons ces cas dans un point *a)* qui traitera de l'extranéité virtuelle par essence et dans un point *b)* qui mettra en exergue se refus de l'extranéité virtuelle par essence.

A. L'extranéité virtuelle par essence

289. Tout d'abord, la particularité du commerce électronique se situe dans sa facilité d'exécution et dans l'absence de frontières qui rend le transfert de la partie interne vers la partie international presque invisible. De ce fait, avec l'exemple suivant: un irakien résidant en Irak qui se connecte sur un site irakien sera alors situé dans la sphère juridique irakienne, mais s'il décide d'explorer sur un autre site qui se trouve être étranger, sans s'en apercevoir, il sera situé dans une sphère internationale, avec ses règles[339].

290. D'autant plus, de cette inconscience sur la connaissance du pays du site (il n'y a pas forcément la présence de drapeaux ou de codes pouvant identifier le pays d'origine du site ; en plus de la langue d'origine qui s'efface au profit de l'anglais sur la majorité des sites.), surgit une autre difficulté : la performance des technologies qui s'accroit et qui supprime la dimension de spatialité. Sans pour autant mettre des barrières totalement étanches ni entre les multiples matières juridiques (transnational, international, interne, communautaire), ni entre les multiples ordres du droit (affaires, familles, biens, contrats, etc…). Ce qui fait la richesse des lois réside dans le fait qu'elles se sont créées des concurrences entre pays voisins, il ne peut y avoir une loi qui englobe l'entièreté des litiges sur Internet[340].

---

[337] K. SEFFAR et K. BENYEKLEF, Commerce électronique et normativités alternatives, 2006, p.353.

[338] L'affaire *Yahoo* donne un exemple de la difficulté posée par l'internationalité du réseau Internet. L'internationalité d'Internet pose donc des questions fondamentales, et les solutions retenues, bien que critiquées ont cependant le mérite de protéger le consommateur français, qui pourra se placer sous la protection des textes français régissant le droit de la consommation.

[339] M.-A. MOREAU et G. TRUDEAU, « Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », *JDI* 2000, p.915. G. KAUFMANN-KOHLER, *Op. cit.*, p.89s.

[340] *Cf.* J.HUET et N. BOUCHE, *Les contrats informatiques*, Paris, LexisNexis, 2011.

291. Finalement, il y aurait une certaine unité du droit tout comme une unité de l'Homme, mais de façon similaire, l'agencement encore mystérieux et étrange de quantité indéfinissable de phénomènes physiques, biologiques, psychologiques, chimiques, etc…qui constituent l'être humain serait équivalent aux composantes du droit dont l'aspect international est un exemple[341]. En fait, deux formes peuvent être envisagées lors d'opérations contractuelles du commerce électronique :

- Sous forme électronique dont l'exécution est bien réelle telle que la livraison de livres, par exemple ;
- Sous forme totalement virtuelle avec une conclusion faite sur Internet.

292. Avec l'influence d'Internet, l'élément d'extranéité est mis en péril dans le second cas de figure, quand il n'y a plus de territoire visible ou alors quand plusieurs territoires sont réunies sur un même site. Comme le dit si bien Sami Bostanji[342], il est impossible de découper le monde virtuel pour savoir si le contrat est bien issu d'un seul pays ou de plusieurs pays. La doctrine, après l'émergence d'Internet, a dû faire face à de nombreux vides concernant l'extranéité virtuelle dans les différents commerces électroniques, le but étant de savoir si l'ubiquité du réseau permet de conclure à l'extranéité par essence du contrat ou s'il y a obligation d'un rattachement physique pour déterminer si le contrat est international. En fait, l'Internet pourrait s'imposer avec son caractère international sur tous les types de contrats conclus dans cet espace, sans prendre en considération la nature même des litiges même s'ils sont virtuels, ce qui implique que l'extranéité devient inséparable de la nature des espaces virtuels. En résumé, la question de la présence de l'élément d'extranéité est contestable dans les contrats virtuels. À l'inverse, une extranéité virtuelle

---

[341] Dans les diverses définitions, J-M. Jacquet a comparé l'internationalité à un « flux ». P. Lagarde de son côté explique que la notion d'internationalité joue un « *rôle de seuil, avec toute l'ambiguïté du terme qui évoque à la fois des idées de limite et d'ouverture* ». Le Code du droit international privé tunisien définit l'internationalité dans l'article 2 : « *est international le rapport de droit rattaché au moins par l'un de ses éléments déterminants à un ou plusieurs ordres, autres que l'ordre juridique tunisien* ». Ainsi, l'internationalité du litige nécessite un élément d'extranéité qui soit déterminant. L'élément d'extranéité se révèle par le contact de l'ordre juridique tunisien avec un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. Le tribunal de première instance de Médenine a décidé en ce sens que « *S'il est établi que l'une des parties est étrangère, en l'espèce il ressort des pièces du dossier que la demanderesse est de nationalité suisse, le rapport de droit devient un rapport international car il se rattache à un ordre juridique autre que l'ordre juridique tunisien et entre ainsi sous l'empire du Code de Droit International Privé conformément à son article 2* ». S. CORNELOUP., DELEBECQUE Ph., JACQUET J.M., *Droit du commerce international*, Dalloz, 3ème édition, Paris, 966p.

[342] S. BOSTANJI, « A la recherche de l'internationalité des contrats entièrement intégrés » dans *Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor*. Tunis, Centre de Publications Universitaires. 2005, p.279s.

est bien présente, mais celle-ci englobe toute la surface du web, sans qu'il n'y ait de référence étatique. Et même dans ce cas de figure, il est difficile de dire quelle loi sera à même d'être compétente vis-à-vis des litiges réunissant un ou plusieurs pays sur un même site.

293. Un autre auteur[343] se pose la question de la « supranationalité » induite par Internet, et du fait que cette dernière ne donne pas forcément d'élément d'extranéité justifiant un conflit de juridictions. En fait, il n'y a plus d'identification possible avec un État en particulier. Nous sommes obligés de nous tourner vers les parties (nationalité, domicile…) ou vers l'adresse d'un serveur qui émane depuis X – le site étant par définition un lieu où tous le mode peut aller et venir (avec mouvement vers l'extérieur donc). Ceci montre bien que l'extranéité des contrats cyberspatiaux est une question qui va de soi depuis la création d'Internet. Pour commencer, prenons comme exemple, le contrat conclu et exécuté sur Internet de façon partielle ou intégrale : le paiement, les services intangibles et la livraison de biens, tout comme les logiciels informatiques, les produits de loisirs ou les services d'information ; tous se font de manière exclusive au travers du cyberespace.

294. Tous se font dans un espace où l'extranéité n'est pas toujours présente et dont les aspects juridiques et économiques n'ont plus vraiment de sens. Tout comme l'a dit Sami Bostanji[344], au début il était difficile de reconnaitre qu'une extranéité pouvait se voir dans les contrats virtuels. Et nous avions conclus que ces activités intégralement faites sur le web rendaient impossible la mise en lien les critères traditionnels, ces derniers se basant sur la dispersion des éléments du rapport contractuel entre deux ou plusieurs ordres juridiques ou sur le jeu des intérêts du commerce international, qui repose sur des espaces physique séparés de frontières. Bref, c'est pour cette raison que des auteurs, des lois, se sont orientés vers une définition de l'extranéité en parallèle avec Internet, donnant ainsi un second souffle, pas toujours apprécié, à la description des lois dites traditionnelles. En fait, l'élément d'extranéité, dans le cas d'un contrat virtuel, existe du fait qu'Internet réunit plusieurs États : la mondialisation. C'est une tendance qui montre bien que le droit se doit d'évoluer pour répondre aux divers litiges sur cette plateforme numérique. Au regard de

[343] A.-J. AMAUD, « Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État », *LGDJ « Droit et Société »,* 1998. *Cf.* le compte-rendu de l'ouvrage de François Ost in M.-A. FRISON ROCHE, *Revue Trimestrielle de droit civil,* RTD civ. 1999, p.236.
[344] *S.* BOSTANJI, *Op. cit.,* p.281.

cette approche, un contrat international *perse* peut, par sa nature virtuelle, présumé avoir une extranéité.

295. D'autres auteurs abordent cette question par le raisonnement suivant : le contrat électronique est par essence international, du fait qu'il soit dirigé vers tous, aussi bien au sens privé que public, et qu'en plus de la nature quasi démocratique d'Internet, ses supports sont devenus très variés, donnant encore plus de difficultés quant à la localisation. Une affirmation qui repose donc sur l'aspect global d'Internet, qui permet, par essence, une connexion en n'importe quel lieu[345].

296. Aussi, comme le souligne Sami Bostanji[346] : les émissions de données, les propositions de négociations, les offres de contrat en ligne, touttes sont potentiellement dirigées vers le monde entier, ce qui implique que tous ces contrats soient au final internationaux. À l'inverse de cette tendance, d'autres affirment que l'extranéité ne peut se confondre dans tous les types de contrats provenant d'Internet, car l'adresse IP, la nationalité du fournisseur, de son domicile ou de son siège, voire de ses prestations, peuvent témoigner d'un même État. Ce qui désigne le contrat comme étant national. Dans ce cas, nous ne pouvons pas totalement adhérer avec la première vision, dans laquelle tous les contrats virtuels ont des éléments d'extranéité.

297. Comme le remarque Madame le Professeur Horatia Muir Watt[347], Internet a bel et bien effacé les repères géographiques par son instantanéité et son immatérialité. Mais ce n'est pas pour autant que le lieu d'origine d'un litige convoite un lieu réel, avec des gens qui sont issus d'une nationalité et donc d'une loi inhérente à cette nationalité sur laquelle s'est établi le droit international privé moderne. La caractéristique de cette extranéité virtuelle par essence va de pair avec la conception d'Internet. Jacques Larrieu[348] parle de catégorie, *sui generis*, dont l'innovation et ses divers supports ne détachent nullement le contrat virtuel de ses contractants et de l'espace physique lié à la juridiction. Ce contrat a

---

[345] A. CAPRIOLI E et I. CHOUKRI., « Réflexions et perspectives autour de l'arbitrage international et du commerce électronique : vers une nouvelle gouvernance du contentieux ? » in *Journal du droit comparé du Pacifique*, 2014, pp 99-112. [En ligne] www.victoria.ac.nz (consulté le 16/03/2016).
[346] *S.* BOSTANJI, *Op. cit.,* p.283.
[347] H. MUIR WATT., « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. droit* 45, 2001, pp.271-284.
[348] J. LARRIEU., « Internationalité et Internet » in *Revue Lamy Droit des Affaires n°46*, 2002, p.3.

tout simplement des caractéristiques propres qui font référence à une internationalité mettant en scène les tribunaux des différents États sur les conflits de compétence. Ainsi, l'extranéité devient de plus en plus capable de répondre aux besoins des litiges encourus sur Internet, mettant en évidence l'importance des transactions sur un marché lui-même se mondialisant.

298. Pour terminer, selon Madame le Professeur Sylvette Guillemard[349], il faut remanier la notion d'espace en vue de cette dématérialisation pour ainsi redéfinir ce qui est local, national, international ou même transnational par le terme « cyberspatial ». De ce fait, il y aura un lien d'extranéité entre le monde terrestre et le monde virtuel, mettant en place une certaine internationalisation sous l'égide du terme cyberespace. Il devient un lieu étranger vers lequel on se dirige ; donc il met en lien deux mondes. De plus, un contrat virtuel est déjà, à sa source, transnational ou à l'inverse national sauf preuve du contraire.

299. Enfin, Madame le Professeur Kessedjian propose d'établir une « *présomption* »[350] d'internationalité pour les contrats conclus ou exécutés par truchement d'Internet, contrats qui seraient mis en défaut si tous les éléments (site, produit, vente, fournisseurs, acheteur, …) étaient issus d'un même pays lors de la transaction. Si nous suivons cette logique (l'extranéité par essence), nous pouvons, par un bref exemple, déduire que quand deux hommes d'affaires irakiens, lors d'un congrès à Bagdad, passent un accord dans cette ville irakienne, même via Internet, il en ressort nécessairement un caractère national, car il est difficile d'établir un lieu précis de réception de mail ou de courrier électronique.

300. En réalité, ce courrier électronique n'est pas déposé dans l'ordinateur de l'interlocuteur, mais sur une adresse numérique où un serveur stocke les données du compte d'utilisateur. En outre, il n'y a pas de correspondance réelle entre le lieu physique d'une partie et le cyberespace. En établir une consisterait à établir une fiction, et comme nous l'avons vu, choisir un lieu est très difficile, car une acceptation en ligne (soit un clic) peut réunir aussi bien le lieu de résidence du consommateur que celui du vendeur. De plus, même si l'on arrive à mettre en place le cheminement de ce courrier électronique entre ces deux irakiens, passant peut-être par des réseaux étrangers, il n'y a aucunement preuve

[349] S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p.511.
[350] K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN, *Internet : quel tribunal décide ? Quel droit applicable ?* Kluwer Law international, 2001, p.143s.

d'une internationalité du contrat[351]. Ce qui nous amène à retenir la conclusion logique de Messieurs les Professeurs Fallon et Meeusen, voulant que :

> « *La preuve de l'internationalité du [contrat électronique] ne devrait pas s'avérer problématique, dès lors qu'il suffira d'établir tout élément indiquant que la situation ne se cantonne pas à l'intérieur d'un seul État*.[352] »

B. Le refus de l'extranéité virtuelle par essence

301. Après avoir vu que cette tendance (l'extranéité par essence) était devenue quelque chose de marginal pour certains, car cela répond aux besoins vis-à-vis d'Internet en matière de juridiction, une autre tendance refuse tout simplement ce terme d'essence qui s'appliquerait dès que le litige est issu d'Internet. Cette deuxième vision, elle ne considère pas que dès qu'il y a une transaction ou offre ou même contrat sur ce réseau, il y ait obligatoirement une extranéité mettant ce contrat dans une posture de type international, ce qui signifie qu'une conclusion virtuelle ne montre en rien un cas d'extranéité. Elle ajoute que l'ubiquité n'est pas nécessairement synonyme d'extranéité. Selon Monsieur le Professeur Jean-Sylvestre Bergé, il y a une frontière que l'on pourrait être tenté de franchir entre l'extranéité par essence et celle qui met en évidence qu'il n'y a extranéité que si les éléments le prouve[353].

302. Quant à Olivier Cachard[354], il met en avant que chaque types de contrats à ses spécificités et qu'il n'est en aucun cas question, même si le contrat est virtuel, d'une extranéité purement homogène ; comme nous l'avons vu auparavant avec le cas où tous les éléments reposaient dans un même pays. De même que la doctrine française souligne que dans la pratique, l'extranéité est difficilement perceptible sur Internet, surtout en ce qui concerne la vente à la consommation. En effet, ce type de vente est souvent local même si le produit se trouve en ligne. Prenons par exemple, pour souligner ce fait, les dires de Pierre Breese :

---

[351] *Ibid*.
[352] M. FALLON et J. MEEUSEN., « Le commerce électronique » La directive 2000/31 /CE et le droit international privé, *revue n°91, Rev. crit. DIP.*, 2002, pp.435ss.
[353] J. S.BERGE, « La résolution des conflits de loi » In *Colloque sur Le droit International de l'Internet*, Paris, 2001. p. 23. [En ligne] www.univ-paris1.fr (consulté le 20/03/2016).
[354] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p.124.

« … *la lecture de la jurisprudence d'Internet en France montre une majorité de litiges simplement nationaux*.[355] »

303. En effet, ni la langue utilisée par le vendeur, ni le nom du domaine, ni le réseau utilisé dont le fournisseur est issu d'un d'un autre territoire, etc., ne peuvent donner du crédit à une internationalité du contrat. Par contre, rien n'empêche qu'une enquête soit lancée pour déterminer la nature de nationalité du contrat, mais en soustrayant les éléments extérieurs comme le cheminement du réseau, le fournisseur, etc., pour éviter que l'on s'éloigne du sujet du litige. La qualification de « transnational » perd de son sens car le contrat n'est pas strict au sens international, il faut en déterminer les éléments qu'il le constitue comme tel.

304. Il est difficile de montrer que le cyberespace est une question d'internationalité, il se peut qu'un contrat en ligne ne mette en jeu que des éléments d'un même pays. Même quand le professeur Sylvette Guillemard insiste sur le terme « cyberspatial », il est encore plus difficile de considérer ce terme comme une essence de l'extranéité, notamment au regard des points qui précèdent. De plus, le terme « cyberspatial » est ambigu, car il met en jeu les deux univers que ce sont le réel et le virtuel. D'où la remise en question de cette nouvelle tendance qui considère qu'il y a bien un pas vers l'étranger dès qu'il s'agit de contrats virtuels[356].

305. Si nous prenons l'exemple de l'affaire *Dell Computer*[357], elle met en évidence qu'en pratique, en droit positif, le terme « cyberspatial » a très peu d'impact. L'arrêt *Dell Computer* montre son importance quant à la neutralité du terme « cyberespace » notamment sur le plan de l'extranéité ou de l'internationalité d'un contrat.

306. En résumé, la Cour d'appel du Québec devait juger de l'issue de la requête émise par l'Union des consommateurs, sous forme de recours collectif, contre la société Dell Computer. Cette société vendait des ordinateurs au détail par l'intermédiaire de son site

[355] P. BREESE., *Guide juridique du commerce électronique*, Editions Vuibert, 2000, p.348.
[356] S. GUILLEMARD. *Op. cit.*, p.289.
[357] Cour d'appel du Québec, *Dell Computer Corp., contre l'Union des consommateurs*, CSC 34, 2 RCS 801, 2007. [En ligne] http://www.canlii.org/fr. (consulté le 12/03/2016).

Web. En vertu de l'article 307 du Code civile Québécois[358], la société avait son siège social à Toronto, en plus d'un établissement à Montréal (tous deux sous les lois du Québec). Le litige était présent car une erreur s'était produite dans les prix affichés sur le site Web de Dell Computer. Les prix d'achat des ordinateurs étaient réduits un cours instant ; la société avait d'ailleurs supprimé les achats effectués au cours de cet instant. Au moment du dépôt de la requête au nom des consommateurs qui avaient acheté un ordinateur à prix réduit, la société demanda le renvoi du litige à l'arbitrage avec comme fondement, une clause située dans les conditions de vente mise en ligne sur ce même site. Si l'on se penche sur l'extranéité en pratique, on voit que les litiges se sont produits au sein d'un même État, avec une société basée à Toronto et à Montréal, et que les consommateurs étaient québécois devant une juridiction québécoise. La Cour n'a donc pas relevé que ce litige pouvait reposer sur une compétence internationale, en vue de l'absence d'extranéité. Mais, le paragraphe n°26 indique que ce terme, important en droit international privé, est « fuyant » et difficile à définir. L'extranéité est toujours mise en doute pour favoriser la compétence d'une juridiction extérieure alors que les éléments ne sont pas toujours identifiables[359].

307. Le paragraphe n°28 quant à lui met l'accent sur la notion de rattachement, qui diffère de l'extranéité car elle met matériellement en lien deux États étrangers. Par exemple, dans une action personnelle faite au Québec, le domicile du défendeur constitue un facteur de rattachement (élément visible matériellement) au droit québécois. En revanche, si son domicile est situé à Londres, l'extranéité sera mise en avant en plus du facteur de rattachement. On rappelle à ce titre que ces deux notions (rattachement et extranéité) peuvent se chevaucher.

308. Toutefois, nous remarquons que l'élément d'extranéité pouvait avoir sa place car en l'occurrence le domicile de Toronto figure aussi en partie dans la Province d'Ontario, ce qui marque « l'étranger » avec l'État du Québec[360]. Bien entendu, le site Web de la société

---

[358] Article 307 du Code civil québécois : *« La personne morale a son domicile aux lieu et adresse de son siège »*, 1991. [En ligne] http://ccq.lexum.com (consulté le 21/03/2016).

[359] M. COHEN, « L'affaire DELL : qu'en est-il de l'erreur sur le prix ? » *Lex Electronica* 12 n° 2, Automne 2007, p.2s. [En ligne] www.lex-electronica.org/articles/v12-2/cohen.pdf. (consulté le 04/03/2016).

[360] En réalité, la défenderesse *Dell Computer Corp.*, domiciliée en Ontario, au Canada comme aux États-Unis, montre un cas d'extranéité explicite au sein même des différents pays ou des États dans le même pays. On peut s'en référer à l'article 3077 : « *Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales ayant*

Dell Computer crée des « points de contact » permettant à différents pays de faire des achats, ce qui implique une extranéité en soi sauf si les consommateurs en cause sont exclusivement issus du même pays que le siège de la société – ce qui rendrait l'élément d'extranéité tout à fait pertinent. Ce « point de contact » reste un moyen de communication indispensable pour faire l'achat, ce qui met en avant le côté factuel de cette extranéité de par le fait inhérent de la fonction du site Web (mettre en contact). Les cocontractants peuvent être en contact sans pour autant savoir qu'ils sont du même pays et donc sous le même ordre juridique.

309. D'ailleurs, Christophe Kuner[361] dit que ce phénomène relationnel est une des fonctions principales d'Internet sans pour autant être lié aux éléments d'extranéité qui sont venus se greffer bien après. Quant à elle, la doctrine prend en compte les conclusions doctrinales émises lors de la décision de la Cour suprême du Canada dans cette affaire : le cyberespace ne produit pas d'extranéité là où il n'y en a pas. Pour qu'il y ait conclusion inverse, il aurait fallu que le droit international privé considère ce cyberespace comme un ordre juridique à part entière, ce qui est très difficile, chose que nous allons voir dans le second chapitre.

310. Alternativement, le droit international privé devrait se préoccuper des lieux originels des serveurs et autres réseaux pour déduire de leur nationalité qui est en contact avec d'autres nationalités par ailleurs local. Or, comme l'indique Dan Jerker B Svantesson[362], cette méthode semble être incertaine, simpliste et propice aux divers forums de type shopping. Dans le cas de l'affaire Dell Computer, nous ne pouvons que spéculer car les notions de cyberespace et d'extranéité reposent sur des différences de conceptions qui aboutissent à des conflits de langage et de compréhension liés à chacun. Même si le droit veut émettre une définition globale, elle sera toujours remise en cause et ce même si la Cour prend en considération la spécificité du cyberespace.

---

des compétences législatives distinctes, chaque unité territoriale est considérée comme un État. Lorsqu'un État comprend plusieurs systèmes juridiques applicables à différentes catégories de personnes, toute référence à la loi de cet État vise le système juridique déterminé par les règles en vigueur dans cet État ; à défaut de telles règles, la référence vise le système juridique ayant les liens les plus étroits avec la situation ». [En ligne] http://ccq.lexum.com/ccq/fr#!fragment/art3077 (consulté le 11/03/2016).

[361] C. KUNER., *Op. cit.,* p.14.

[362] B. SVANTESSON, *Op. cit.,* p.356s.

311. Nous comprenons pourquoi la doctrine refuse de traiter le contrat virtuel de nature spéciale aux vues des nombreuses contraintes par rapport au contrat classique. Sans limite de frontières, les épithètes nationale et internationale ne s'appliquent pas, de prime abord, à un contrat de vente virtuel. Pour Madame le Professeur Sylvette Guillemard[363], « si l'on tolère l'espace virtuel comme étant un espace en soi, on ne peut pas donner une *teinte* nationale ou transnationale aux contrats, car aucune frontière n'existe au sein même de cet espace ».

312. Mais encore une fois, par comparaison avec l'espace terrestre, cet espace ne parvient pas à se défaire de nos définitions de limites, de souveraineté, d'État, etc. Ce qui engendre une définition du cyberespace par comparaison et non par distinction. Cela étant, le contrat virtuel ne peut avoir ce caractère transnational dès le départ s'il unit des personnes d'un même territoire, tout comme nous l'avons évoqué. Le professeur Sylvette Guillemard note cependant qu'une autre opinion donne son aval pour mettre en lien les rapports de conflit entre un espace virtuel qui n'a pas de règles juridiques et un espace juridique qui permettrait de mettre en lumière les problèmes de localisation terrestre. « Pour l'instant, dit-elle, l'espace virtuel ne permet pas de designer un ordre juridique précis. Le cyberespace est encore récent vis-à-vis de la loi, et la loi doit faire face à diverses querelles de définitions en se méfiant des tendances visant à naturaliser certaines définitions[364] ».

313. Comme nous le savons, l'application des règles de conflit de compétence internationale comprend un élément important : la souveraineté. Nous avons vu, dans ce dernier point, que l'extranéité par essence est difficile à concevoir en plus du défaut lié au rattachement qui n'est pas en mesure de nommer un ordre juridique (par souveraineté) comme c'est le cas des espaces non soumis à la souveraineté d'un État (en haute mer)[365].

314. Donc, l'extranéité est souvent mise en balance par le rattachement dès qu'il y a preuve d'un contact terrestre, ce qui met le contrat virtuel dans une position un peu difficile, avec ses méfiances, dans un monde qui ne cesse de donner du crédit à la dématérialisation. Autrement dit, la tendance de l'extranéité virtuelle ne peut être

[363] S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p.485.
[364] S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p.488.
[365] S. ALMENZLAWI., La loi applicable aux contrats électronique, 2006, p.37.

vérifiable, par exemple : la liberté qu'offre la « Toile » autorise un commerçant établi en Irak d'être hébergé par un serveur français. Salhe Almenzlawi[366] dit que la localisation effective d'un serveur dans un pays déterminé ne coïncide pas toujours avec le lieu physique de la personne qui use de ce serveur. Il faut noter en plus que l'adresse IP n'appartient pas à un État en particulier car il renvoie à une adresse globale telle qu' « org.net ». N'omettons pas aussi que l'adresse d'un serveur est lui-même dans un pays x et que ce pays ne peut réellement être celui de tous les litiges. Ainsi, de nombreux points peuvent mettre en déroute la vraie source du lieu du litige avec l'hébergement (point com), avec le cheminement du réseau, etc… Il faut revenir sur des bases plus stables pour établir un point de chute valable ou vérifiable.

315. En ce qui concerne l'extranéité en vue de la méthode de paiement : dans un premier temps, le paiement détient de multiples modalités (le lieu, le date, les frais relatifs, la quittance, etc…) autant d'éléments qui peuvent modifier la nature d'un contrat de commerce électronique. Eric Labbé et al [367] rajoutent que dans les contrats électroniques, le paiement peut se faire sans contact direct avec des « digipass » qui diffèrent des méthodes dites classiques.

316. Après avoir vu ces notions autour de l'essence (ou non) de l'extranéité, on peut se demander quel est, pour le droit irakien, l'élément d'extranéité toléré ? Si le contrat et l'affaire en cours sont irakiens, la question de la compétence « internationale » des tribunaux irakiens n'interviendra pas, les parties n'ayant aucune utilité à leur attribuer cette compétence. Mais, si le contrat est totalement étranger ne relève que d'un pays, le choix des parties en faveur du tribunal irakien est-il valable ? Nous sommes enclins à répondre de manière affirmative tout simplement en raison de l'absence de textes en droit irakien sur ce cas. Nous ne pourrions pas laisser les parties du litige mettre en place une extranéité selon leur volonté, même si cela facilite les choses, il y aurait un risque d'internationalisation du rapport de droit faite par les parties et ce même si tous les

[366] *Ibid*.
[367] E. LABBÉ, D. POULIN., F. JACQUOT., et J. F.BOURQUE., *Guide juridique du commerçant électronique*, 2001, p.156. [En ligne] www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_final.pdf (consulté le 11/13/2016).

éléments se dirigent vers un seul ordre juridique interne au moment de la conclusion par voie électronique. En somme, l'extranéité ne peut être à la disposition des parties[368].

317. Pour terminer, de manière concrète, l'extranéité, dans ses diverses définitions et opinions, ne joue pas au final un rôle crucial dans les litiges situés sur Internet. L'extranéité est même, pour certains, hors propos dans les litiges car elle ne serait qu'un élément purement technique. Pour Olivier Cachard[369], le rôle de l'extranéité est de classer les litiges en deux ordres : national ou international. Dans les débats sur l'extranéité des contrats virtuels, et notamment ceux qui concerne les règles de conflit de compétence internationale, nous conclurons que les conséquences en pratique sont sans répercutions tant les preuves matérielles d'un lieu étranger sont rares. Sachant que le juge est tenu de pointer l'élément d'extranéité, surtout quand les parties ne l'invoquent pas**.** Le juge doit être en mesure de déterminer s'il y a oui ou non une internationalité du litige. Pour finir, nous tomberons d'accord avec les mots de Monsieur le Professeur Yves Lequette :

> « *Si la règle de conflit est à l'évidence du droit, personne ne contestera que son application est subordonnée à la constatation qu'existe en l'espèce un élément d'extranéité qui en conditionne la mise en œuvre lequel est du fait.*[370] »

Section 2 : Les difficultés à déterminer le tribunal compétent du contrat virtuel

---

> « *Le cyberspace a limité radicalement la relation entre l'espace juridique (en ligne) et les phénomènes aux emplacements physiques. L'augmentation du réseau informatique mondial est en train de détruire le lien entre la localisation géographique et*

[368] Du côté de la doctrine, la question est formulée comme suit : « Quel rôle joue la volonté des parties qui confère l'internationalité au litige ? » Dans cette question, la notion du critère d'internationalité d'un contrat demeure toujours vague. L'introduction d'un tel élément de « volonté des parties » ne permet pas de rendre claire une situation quelle qu'elle soit. En effet, il serait très difficile de conclure que la volonté des parties puisse influencer sur ce mouvement de flux et de reflux de l'économie au-dessus de la frontière d'un État. *Cf*. T. RATHVISAL, « L'internationalisation du contrat : Aspect de son caractère international », Mémoire, 2007. [En ligne] http://fr.scribd.comt (consulté le 12/12/2013). En revanche, en droit Américain : « Ayant reconnu la nécessité d'une plus grande liberté pour les contrats du commerce international, la Cour suprême des États-Unis, par deux arrêts Zapata, met en relation une première approche du contrat international » *Cf*. G. DELAUME., « What is An International Contract ? » *In An American and Gallic Dilemna 28*, I. CL.Q, 1979, p.258.

[369] O. CACHARD. La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit*., p.124.

[370] Y. LEQUETTE., *L'abandon de la jurisprudence Bisbal*, RCDIP, 1989. p. 289 s.

le pouvoir des gouvernements locaux pour affirmer son contrôle sur le comportement en ligne; les effets du comportement en ligne sur des personnes ou des choses; la légitimité des efforts d'un souverain local pour réguler des phénomènes mondiaux; et la capacité de l'emplacement physique de donner un avis qui établit des règles applicables. Le net ressort ainsi subvertit radicalement du système de règle de décision fondée sur les frontières entre les espaces physiques, au moins en ce qui concerne l'affirmation selon laquelle le cyberespace devrait naturellement être régie par des règles territorialement définies.[371] »

318. Dans cette définition, nous voyons bien que la notion de virtualité vis-à-vis de l'emplacement physique sera déterminante pour savoir quelle juridiction sera compétente. Mais la situation actuelle montre qu'il demeure toujours cette difficulté aussi bien dans la définition des éléments (virtuel, physique, contrat, localisation, etc.) que dans la nature du contrat virtuel, que nous allons aborder dans le premier paragraphe. Dans un second paragraphe, nous montrerons en quoi il est difficile de déterminer le moment d'un contrat virtuel.

Paragraphe 1 : La nature virtuelle du contrat

319. Tout d'abord, par constatation, les effets qui se produisent sur Internet ont montré qu'il y avait un réel impact sur la société et que les conséquences pouvaient être désastreuses. Se sachant, nous verrons que la doctrine n'est pas en phase avec les définitions ainsi qu'avec la nature même du contrat virtuel. Pour ce faire, nous montrerons, dans un premier point, quelques tentatives de définition du contrat virtuel (A), et dans le second point, les questions qui touchent à la nature de ce type contrat (B).

[371] Version originale : « Global computer-based communications cut across territorial borders, creating a new realm of human activity and undermining the feasibility--and legitimacy--of applying laws based on geographic boundaries. While these electronic communications play havoc with geographic boundaries, a new boundary, made up of the screens and passwords that separate the virtual world from the "real world" of atoms, emerges. This new boundary defines a distinct Cyberspace that needs and can create new law and legal institutions of its own. Territorially-based law-making and law-enforcing authorities find this new environment deeply threatening. But established territorial authorities may yet learn to defer to the self-regulatory efforts of Cyberspace participants who care most deeply about this new digital trade in ideas, information, and services. Separated from doctrine tied to territorial jurisdictions, new rules will emerge, in a variety of online spaces, to govern a wide range of new phenomena that have no clear parallel in the nonvirtual world. These new rules will play the role of law by defining legal personhood and property, resolving disputes, and crystallizing a collective conversation about core values ». R-D. JOHNSON, ET D. POST, "Law and Borders: The Rise of Law" in Cyberspace in *Stanford law review* 48, n°5, pp.1367-1402.

A. La définition du contrat virtuel

320. D'une manière générale, on peut admettre qu'il existe trois éléments contextuels. différents. Tous sont correlatifs à la mise en place d'un contrat électronique :

- Le moment précis où les deux parties concluent un contrat par le biais d'un échange de courriers électroniques ;
- Le moment précis où l'acceptant répond par courrier électronique à une offre adressée par un autre moyen (site Internet, publicité, etc…) ;
- Le moment précis où l'acceptant signe un contrat directement sur un site Internet[372].

321. Dans chacun de ces cas, pour Vincent Gautrais[373], il faudrait voir en premier lieu une modification des rapports entre propositions et consommateur, avant même que la signature (ses modalités de formes et de fond) et/ou la conclusion du contrat n'interviennent. Pour Monsieur le Professeur Philippe Le Tourneau[374], c'est l'originalité de l'objet que constitue le contrat électronique qu'il faudrait requalifier. Pour la doctrine, il n'est pas question de donner une précision sur la définition du contrat virtuel, au risque de mettre en étaux ce type de contrat. Par ailleurs, elle ne donne aucun crédit sur la différenciation faite par rapport aux autres contrats parce qu'il est virtuel. De notre côté, nous pouvons débuter par cette définition du contrat virtuel, apparue en 2008 dans le journal *L'Echo*, suite à une modification faite par la Commission européenne :

> « *Le contrat virtuel est tout contrat de vente ou de service pour la conclusion duquel le professionnel recourt exclusivement à une ou plusieurs techniques de communication à distance*.[375] »

322. Dans cette définition, le contrat virtuel est indépendant des façons dont l'offre et la négociation ont été faites. Il a juste pour but de protéger le consommateur lorsque celui-ci navigue sur un site où un vendeur propose des biens et des services. Dans une autre approche, Lionel Bochurberg définit le contrat virtuel dans un sens encore plus large :

---

[372] J. HUET et N. BOUCHE, *Les contrats informatiques*, Paris, Lexis-Nexis, 2011, p.5.
[373] V. GAUTRAIS, « La formation des contrats en ligne », in POULIN Daniel et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Thémis, Montréal, 2003, p.143s.
[374] P. LE TOURNEAU, « Théorie et pratique des contrats informatiques », *RIDC 52, n°4, 2000.* p.986s.
[375] B. VANDEVELDE et T. VERBIEST, « Acheter en ligne sans avaler l'hameçon », *L'Echo*, 2008. [En ligne] http://www.droit-technologie.org/upload/actuality/doc/1169-1.pdf (consulté le 20/03/2016).

« *C'est un contrat par lequel la formation et/ou l'exécution emprunte un moyen de transmission ou de communication numérique*.[376] »

323. Les termes de « numérique » et de « transmission » possèdent une connotation déjà plus large, alors que certains auteurs mettent l'accent sur un contrat « cyberspatial » avant même d'employer les termes « numérique » ou « électronique », afin de mettre en avant la relation d'affaire qui se crée dans l'espace virtuel, au détriment de la technique employée.

323. On peut contester cette dimension du terme « numérique » ou « électronique », qui n'ouvre pas à des modes de communications à distance tels que le téléphone, la télécopie, etc., qui sont pourtant des moyens qui existent en dehors du champ virtuel. En revanche, il est important de souligner que ce cyberespace offre d'autres possibilités en tant que lieu d'échanges et de communications. Encore que d'autres, tel que Philippe Le Tourneau[377], proposent d'utiliser les termes de « contrats relatifs à l'informatique » car il s'agit bien d'un contrat toujours soumis par un régime de figures juridiques (vente, location, entreprise, prêt, etc…). On peut aussi présenter la définition faite par Vincent Gautrais :

« *Un contrat électronique est la situation par laquelle un engagement est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui utilisent chacunes un ordinateur branché sur un réseau de communication comme moyen de transmettre une offre et une acceptation, éléments constitutifs dudit contrat*.[378] »

324. Si le moyen (ordinateur) ne peut plus satisfaire une définition actuelle, l'accent se porte ici sur le support bien spécifique lié à Internet, car sans support informatique Internet ne saurait être accessible. Pour Madame le Professeur Catherine Kessedjian, il s'agit de mettre la relation vendeur/consommateur dans cette espace pour définir ce que le contrat doit contenir ou doit se former :

« *Nous appelons "contrats électroniques" les contrats "signés" sous forme électronique, en ligne ou en temps différé, quelle que soit la forme prise par la négociation elle-même ou l'exécution de ce contrat*.[379] »

325. En mettant ce rapport entre consommateur et vendeur, le contrat électrique serait presque l'équivalent du contrat papier, nonobstant sa forme[380].

---

[376] L. BOCHUBERG, *Internet et commerce électronique*, 2ème édition Delmas, Paris, 2003, p. 112.
[377] P. LE TOURNEAU, *Op. cit.*, p.987.
[378] V. GAUTRAIS., *Le contrat électronique international*, Academia/Bruylant, Bruxelles, 2002, p.26.
[379] C. KESSEDJIAN., « Internet et le Règlement des différends », in GROSHEIDE et BOELE- WOELKI (dir.), *Molengrafica*, Koninklijde Vermande, Lelystad, 2000, p.82.

326. En ce qui concerne le droit civil irakien, celui-ci définit le contrat, avec l'article 73, comme étant *l'unisson d'une offre faite entre les deux parties à effectuer un certain objet*[381]. Si ce texte met le contrat, dans sa plus large définition, comme une sorte de convention, les auteurs s'accordent aujourd'hui à considérer les deux termes comme synonymes[382]. Simultanément, la nouvelle loi irakienne sur la signature et les transactions électronique de 2012 met le contrat virtuel dans une nouvelle posture[383] :

> « *c'est un moyen d'échange électronique que les parties sont tenues d'utiliser ou choisissent d'utiliser suite à la formation ou l'exécution d'un contrat.*[384]»

327. En comparaison, le droit Code français et son article 1369-1 prévoit que :

> « *La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services*.»

328. Quant au droit américain, l'article 1 du Uniform Commercial Code définit le contrat virtuel comme suit :

> « *Contract", as distinguished from "agreement", means the total legal obligation that results from the parties' agreement as determined by the Uniform Commercial Code as supplemented by any other applicable laws*.[385] »

---

[380] Concernant la formation des contrats informatiques, voir par exemple J. HUET et N. BOUCHE, *Les contrats informatiques*, p.12s.

[381] Le Code civil irakien est divisé en une partie préliminaire et deux parties principales. Chaque partie principale est composée de deux livres. L'avant-partie contient des définitions et des principes généraux qui trouvent une application dans le reste du code. La Partie I du Code et ses deux livres traitent des obligations en général et des sous-éléments de ce domaine du droit, tels que les contrats, délits et enrichissements sans cause. La Partie II avec ses deux livres traitent des biens, la propriété et droits réel. En somme, le contrat en droit irakien se compose de trois éléments principaux: le consentement, un objet valide et une cause licite. Un contrat valide est celui qui est légitime, conclu par des parties ayant pleine capacité, libres de défauts, à une légitime causé, et a un objet licite. Il peut être fait pour la vente, cadeaux, prêts, location ou pour un acte ou un service. En outre, un contrat est considéré comme valide tant que son objet n'est pas interdit par la loi, au préjudice de l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Le Code civile irakien précise que les termes offre et l'acceptation sont utilisés pour désigner la création d'un contrat à la première expression d'une volonté de contracter étant considérée comme l'offre et la deuxième étant considéré comme l'acceptation.

[382] Concernant le droit français, l'article 1101 du Code civil prévoit que : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Nous notons que le législateur irakien s'inspire de la jurisprudence islamique dans la construction de la théorie du contrat dans le Code de droit civil Irakien.

[383] *Cf*. l'article -1-titre (1)- alinéa -Onze de cette nouvelle loi.

[384] *Cf.* aussi. L'article 18 alinéa 1 prévoit qu'il est possible de valider l'offre et l'acceptation du contrat par voie électronique .

329. Ce qui met en lien avec le droit français ou le droit irakien la mise en place d'un moment précis d'espace et de temps, qui sont le principe même du contrat avant toute la mise en forme. En bout de course, nous concluons qu'il existe une multitude de définitions qui se concurrencent dans la notion de virtualité sur le support même de ce contrat considéré par des termes « électroniques », « numériques », etc., qui redéfinissent eux-mêmes le champ de la mise en forme par les moyens de communication qu'offrirait le contrat virtuel. Aussi, en ce qui concerne la définition apportée par la nouvelle loi Irakienne (2012), nous pouvons voir qu'une modification est survenue, quoique tardivement, pour répondre aux litiges issus d'Internet. Ainsi, si l'on se penche sur l'article 18 à l'alinéa 1 de cette même loi, nous constatons que l'offre et l'acceptation du contrat peut aujourd'hui être reconnu par voie électronique.

330. À choisir, nous préférons de loin le terme « virtuel » plutôt que « numérique » ou « électronique » ou même « cyberspatial ». Cathrine Kessedjian, qui emploie l'expression « contrat cyberspatial », constate que le mot « cyberspatial » englobe toutes les opérations qui se réalisent sur Internet et ce sans considération pour tel ou tel support, lesquels varient dans le temps sans anticipation possible[386]. par contre, en utilisant le terme « virtuel » nous l'opposons à un « réel », ce qui montre bien qu'aucun contact physique n'a lieu lors de l'exécution ou de la conclusion d'un contrat virtuel, ainsi que l'absence d'extranéité par essence dans ces contrats. En découle que la volonté des parties, n'ayant pas de contact physique avec le support ou avec la personne, ne donne pas toujours raison à un consentement réel. Ainsi, ce terme, d'un emploi plus large, pourra s'adapter plus aisément, dans le futur, avec l'introduction de nouvelles technologies de la communication. Au contraire, un terme comme « électronique » ne peut suggérer cette idée d'« involontaire » car il ne renvoie qu'à un moyen de communication.

---

[385] *Cf.* Uniform Commercial Code (U.C.C.) Article 1 : General provisions, part 2. General définitions and Principles of interprÉtation, 2001. Traduction : « *"Contrat", par opposition à "l'accord", signifie l'obligation légale totale qui résulte de l' accord des parties, tel que déterminé par le Uniform Commercial Code, complété par d'autres lois applicables*. »

[386] *Cf.* C. Kessedjian, « Internet et le Règlement des différends » dans F.W. Grosheide et K. Boele-Woelki, dir., Molengrafica 1999-2000, Koninklijde Vermande 2000, p. 82 note 49, elle préfère l'expression « contrat cyberspatial ».

B. La formation partielle ou intégrale du contrat

331. La nature virtuelle du contrat vient de sa présence émanant du réseau Internet mais cette présence au sein d'un contrat virtuel peut se révéler être partielle ou intégrale. Nous savons que le « e-commerce » est un type d'activité qui se caractérise par ses moyens techniques ; à savoir qu'il met en relation des parties du contrat permettant sa conclusion et ou son exécution. En somme, cet espace à trois points principaux, repris par le professeur Jérôme Huet[387] :

- « Une relation qui se fait sans pour autant qu'il y ait contact physique ou même par la parole ;
- Une dématérialisation de cette relation par le biais de site, de mail, etc. ;
- Une internationalisation qui est souvent inhérente au caractère même d'Internet bien qu'il puisse mettre en lien que des personnes d'un même lieu ».

332. Pour lui, il y aurait deux grandes activités qui se produisent sur Internet qui reproduisent les classifications du monde traditionnel :

- « Les transactions commerciales entre les professionnels, dit *B to B* ;
- Les transactions commerciales entre les commerçants et les non-professionnels, dit *B to C* ».

333. En fait, les différents rapports qui s'établissent sur Internet ne peuvent se détacher de leurs outils matériels (un ordinateur, une ligne, des câbles, un réseau, le Wi-Fi, etc…) et de leurs logiciels (application, systèmes de gestion de réseau, etc…) sans oublier la partie humaine (technicien du réseau, par exemple). Il faut cependant faire une distinction entre le Web qui est un service d'Internet et ce dernier qui est cet espace. Le Web permet d'avoir accès à un vaste ensemble de documents virtuels stockés dans des bases de données bien réels postées dans « les quatre coins du globe ». Les documents peuvent être écrit, visuel, auditif, etc., mais ils seront toujours virtuels sauf dans le cas de l'écrit une fois imprimé, pouvant servir de preuve à nouveau. Concernant le cas du courrier électronique, il reste un service donné par Internet avec ces diverses formes, il peut être indépendant du Web et

[387] J. HUET., « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *LPA*, 1997, au §4. *Cf.* O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 2e édition, L.G.D.J. 2011, p.206s.

s'offrir ainsi comme un *service minimum*[388] émit par des fournisseurs d'accès. En parallèle, le philosophe Pierre Lévy compare se réseau à :

> « *... des routes et à des rues; les ordinateurs et les logiciels de navigation sont les équivalents de la voiture individuelle; les sites web sont comme des boutiques, des bureaux et des maisons*.[389] »

334. Bref, revenons sur ce terme ce commerce virtuel : lorsqu'un contrat est conclu ou exécuté en ligne, il faut prendre en considération les effets spécifiques qui engendrent les conflits de compétence quant à la localisation de l'espace physique. Si l'on reprend ces divers point de vues, nous pouvons émettre que le contrat virtuel dépend d'une origine bien physique par ses matériaux et logiciels ou personnes qui sont parfois déterminables (adresse IP, réseau privé, etc.)[390].

335. Maintenant, il faut déterminer si le contrat s'est effectué de manière totalement dépendante de son espace virtuel ou non. Dans le cas d'un accord purement virtuel, sans preuve de localité ou de preuve matérielle, il sera d'emblée plus difficile de déterminer la juridiction compétente. Si le contrat à une version imprimable, elle rejoint la définition plus large du contrat formé sur support papier. Cependant, nous avions indiqué que le moyen par lequel doit être exécuté une obligation n'est d'aucune utilité pour qualifier le contrat. Comme le souligne Madame le Professeur Sylvette Guillemard[391], même sous sa forme « numérique » il reste un contrat qui met deux personnes en relation, le tout est de savoir ce qu'il faut faire pour mettre en sécurité le consommateur.

Paragraphe 2 : La détermination du moment de conclusion et d'exécution du contrat virtuel

336. En prenant en compte la spécificité des rapports juridiques qui se produisent sur Internet, on observe qu'ils n'ont pas de lieu. Il devient difficile de définir un moment précis au niveau du lieu que de temps mettant en lien les différents acteurs du contrat

[388] *Ibid*.
[389] P. LEVY, *World Philosophie*, Editions Odile Jacob, Paris, 2000. p. 58.
[390] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.316.
[391] *Ibid*. Voir également J. HUET et N. BOUCHE, *Les contrats informatiques*, 2011, p.7s.

conclu. N'ayant pas un espace juridiquement propre à Internet, la recherche d'un lieu se focalisera sur les aspects qui peuvent renvoyer à une nationalité, soit du vendeur, soit de l'acheteur, en dépit de leurs connexions, adresses mail, réseaux, etc.

337. Devant ce nouveau rapport juridique virtuel, nous nous demandons en quoi le droit civil irakien sera en mesure de déterminer le moment de conclusion et d'exécution du contrat virtuel afin de mettre en place une juridiction compétente. C'est pourquoi, dans le premier point, nous nous axerons sur ce moment précis de conclusion (A) pour ensuite voir le moment précis de l'exécution du contrat virtuel (B).

A : Le moment de conclusion du contrat virtuel

338. Le temps du face à face est devenu quelque chose qui s'opère de moins en moins aussi bien dans la vie de tous les jours avec l'avènement des réseaux, en plus de la démultiplication des supports rendant la communication encore plus « fluide » (de la 3G passant à la 4G) et encore plus « directe ». Dans le cas des affaires commerciales se situant sur Internet, s'il y a litige, cela pose un problème majeur car le temps de latence, bien qu'il se soit réduit au fil du temps, peut mettre en défaut un paiement ou une mise à disposition d'un produit/service qui n'existe plus par exemple. L'offre est bien présente mais la virtualisation du produit ne nous dit pas pour autant si ce qui est marqué en gage de qualité est bien présent une fois le colis déposé à domicile[392].

339. Plusieurs de facteurs peuvent ainsi induire le consommateur en erreur, et le « rafraichissement » de la page sur le Web peut en être une des causes. Dans cette situation, celui se retrouvant en Irak peut-il avoir le même délai que celui se trouvant physiquement à proximité du réseau d'origine de la société ? On peut en déduire que, dans cet espace virtuel, le temps semble être un atout majeur, une offre peut disparaitre d'un coup de « clic » même s'il y avait une date émise ; l'heure, la minute peut se jouer à peu de chose. L'offre est accessible à tous mais elle n'offre en rien une simultanéité de diffusion dans le monde entier. Le moment de conclusion du contrat est donc une question importante qui unit la doctrine en droit international privé tout comme peut convier le droit national, même si cela est rare. Rappelons que le lieu ne jouera pas un rôle important dans

[392] O. CACHARD, Droit du commerce international, *Op. cit.,* p.206.

la construction technique du contrat, cela reste un élément qui ne servirait qu'à justifier la compétence du tribunal. Le lieu du moment de conclusion du contrat n'est pas à la base un lieu qui détermine une juridiction car nombre de contrat se réalisent sans aller vers une juridiction, il ne change pas la teneur du contrat. Cette relation entre le lieu du moment de conclusion du contrat et le lieu de la juridiction ne présente pas d'intérêt dans la sphère de la juridiction interne contrairement dans les relations internationales où une importance capitale peut se sentir en matière des contrats transnationaux[393].

340. De plus, Madame le Professeur Sylvette Guillemard[394] rajoutera que la détermination du lieu de conclusion est également un élément à déterminer obligatoirement en cas de vente de bien corporel et en matière de contrat de consommation. Alors qu'un contrat fait « face à face » ne posait pas ce genre de problème, les parties n'étant plus au même endroit, le même lieu, le même État, il peut tout à fait se passer une période de temps entre la déclaration d'acceptation et l'offre du destinateur et l'acceptation même du destinataire. Ensuite, ce moment étant peu précis en terme de temps et d'espace, il devient difficile de cibler une zone géographique qui statuerait un lieu en général. En résumé, la conclusion se base sur le point de contact « virtuel » qui met en lien les deux acteurs de ce commerce, mais il faut dans ce cas les distinguer en deux hypothèses :

- « Les parties sont au même endroit, ce qui marque un sorte de réciprocité lors de la conclusion ;
- Les parties sont éloignées, ce qui engendre un laps de temps substantiel non négligeable[395] ».

341. En quoi la difficulté est bien présente ? En réalité, comme nous le fait remarquer Monsieur le Professeur Jérôme Huet[396], la conclusion est initiée au demeurant par un terminal et est traitée par un ordinateur qui traite les informations pour que celles-ci soient éventuellement envoyées vers son destinataire. À titre d'exemple, le message électronique,

---

[393] V. GAUTRAIS., « La formation des contrats par télécopieur » in *La Revue juridique Thémis* 29, n°2, p.21. [En ligne] http://www.editionsthemis.com. (consulté le 15/03/2016).
[394] S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p.336.
[395] Voir pour cela l'article 82 du Code civil irakien qui prévoit que : « les parties contractantes ont une option après l'offre jusqu'à la fin de la session ; où l'initiateur a retiré son offre avant l'acceptation a été exprimé ou lorsque chaque partie contractante profère une parole ou fait un acte qui indique le rejet de l'offre sera annulée et toute acceptation il prononcé après seront écartées. ».
[396] J. HUET., « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », chapitre 4, LPA 1997.

qui contient des données numériques, n'est pas un élément facilement géolocalisable lors de l'envoi ou de la réception car il dépend d'un réseau qui filtre ces données. En fait, la conclusion d'un contrat virtuel repose sur les mêmes principes qu'un contrat « papier » : il doit énoncer la preuve de l'accord de deux parties, peu importe qu'il s'agisse au final d'un support papier ou virtuel. Dès lors, des règles spéciales pour le contrat virtuel vont apparaitre parce qu'il est sans lieu et que cela ne peut être possible d'un point de vue juridique.

342. Dans la doctrine, il existe quatre méthodes qui peuvent déterminer le temps et le lieu de la conclusion d'un contrat virtuel [397]:

- Le moment de la déclaration d'acceptation qui se base sur la comptabilité des volontés faites par les parties, ainsi le contrat serait conclu dès qu'il y aurait une coexistence des volontés des parties faites par voie orale ou même par témoignage via courrier électronique. Il suffit que celui qui accepte ait exprimé son accord, avec une rédaction en toute lettre avant de cliquer sur « envoyer ». Normalement un courrier électronique avec ce genre d'écrit montre une date et une heure mais il est vrai que celles-ci peuvent être facilement modifiées voir même supprimées.
- Le moment de l'émission, c'est-à-dire quand le contrat est reçu ou est émis par le destinataire qui se dessais de ce courrier électronique comme lorsqu'on envoie une lettre par la poste, elle n'est plus entre nos mains. Toutefois, les parties doivent connaitre les volontés de l'une et de l'autre avec une possibilité de connaissance des volontés toujours accessibles. L'« accusé réception » ne suffit pas à témoigner du gage faite par l'une des parties, il faut par exemple que le vendeur ait lu la lettre

[397] *Ibid*. concernant ces théories classiques, au niveau de l'Irak, cf. J. AL-FADHLI, *Brève des contrats civils, vente, contrat de bail* [titre traduit de l'arabe], Baghdâd, publications de l'Alatk, deuxième édition, 1999, p.28s, A-M. Al-HAKIM, A. B. Al-BAKRI et M-T. Al-BASHIR, *théorie de l'obligation en droit civil irakien irakienne de droit civil*. p.1- Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche scientifique, 1980, p.47-49 ; A-R Al SANHOORI, la théorie du contrat, Beyrouth, Liban, publication Mohammed Daya, 1934. p. 296- 300 ; A-R Al SANHOORI, *la théorie générale de l'obligation* - révision par A-M. MARAGHI, Alexandrie, 2004. p.80-83 ; M. Al JEMAL, la théorie générale de l'obligation, Dar Al Jamah.1987. p.82-83. Dans la doctrine française, cf. A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13e édition, 2012, p.50s ; V. Gautrais, La formation des contrats par télécopieur, *la Revue juridique Thémis* / volume 29 - numéro 2. p.379. Au stade des conventions internationales, *Cf*. l'article 15 de Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique Guide pour son incorporation et 1996 avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998. [En ligne] https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf.(consulté le 26/02/2014). De même, l'article 10 de Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux 2005. [En ligne] https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf (consulté le 26/02/2014).

d'acceptation de l'acheteur. De plus, l' « accusé réception » ne signifie pas obligatoirement que le destinataire a ouvret le courrier.

- C'est pourquoi une variante existe, c'est le moment de l'ouverture ou de la lecture du message qui entre en compte, la réception ne signifie pas que l'information est reçue. Il n'y a plus la prise en compte du moment de réception ou d'acception comme dans les deux points précédents, c'est la lecture du contenu qui va établir le moment de conclusion. En effet vous pouvez avoir reçu un accusé de réception alors que vous êtes absents ou que vous ne l'avez pas ouvert, ce qui fausse le moment de l'accord réel.
- Le moment de l'exportation de cette acception par la poste ou via Internet. Le code civil irakien[398] exige simplement la connaissance pour que la validité du contrat.

343. Pour ce qui est de cette localité, elle ne peut être comprise qu'en deux points : premièrement, l'article 21, alinéa 1er de la nouvelle loi irakienne sur la signature électronique et les transactions électronique de 2012 prévoit que :

> « *Les documents électroniques sont envoyés à partir de l'endroit où le siège réside (site Internet inclus) et sont reçus à l'endroit du domicile ou le siège du travail du destinataire. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire sur l'endroit de la réception.* »

344. Deuxièmement, si le site peut occuper plusieurs lieux de travail mais le cas échéant c'est le siège le plus proche du destinataire qui fera office de lien avec ce dernier[399]. Cependant, la loi irakienne n'a pas réellement défini le message électronique[400]et en vertu

---

[398] *Cf.* L'arrêt de Cour de cassation irakienne n°302 du 25/07/2006. *Cf.* aussi. L'Article 87 du Code civil irakien qui dispose que :
1- « Les messages échangés entre les deux parties est considérés comme un contrat entre absents et où le contrat est considéré parmi les absents avec une mise en place de lieu et de temps, qui situe l'acceptation positive ».
(2) il sera supposé que l'initiateur a avait pris conscience de l'acceptation de la place au moment de son arrivée à celui-ci. [En ligne] http://www.iraqld.iq.

[399] *Cf.* l'article 21, alinéa 2em de la nouvelle loi irakienne sur la signature électronique et les transactions électronique de 2012.

[400] Par opposition, l'article 2 de la loi sur les transactions électroniques en Jordanie stipule que : « le message électronique est similaire à des informations qui ont été créés, envoyés ou reçues ou même conservées par des moyens électroniques ».

de cette même loi, elle n'oblige pas les parties du contrat à déterminer un lieu de conclusion du contrat et ce même si la vente de bien est physique[401].

345. Même si des difficultés surviennent dans la loi irakienne, l'approche témoigne d'une similarité avec la Directive européenne sur le commerce électronique, qui, elle aussi, reste assez discrète en la matière. Selon Mustafa Musa[402], la doctrine islamique n°54/3/6 indique que si les parties ne se sont pas consultées dans un endroit unique, sans se voir ou se parler, où l'unique moyen reste l'écriture mais à longue distance que ce soit par fax ou par Internet, seules la réception et la lecture de l'offre faite par le destinataire qui s'en suivra ou non de son acceptation feront guise de conclusion et mettre en place, à ce moment précis, un lieu bien précis s'il y avait litige par la suite.

346. À noter que la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) ne précise en rien le moment et le lieu de conclusion du contrat qui est stipulé pourtant dans l'article 15, alinéa 4 qui prévoit que :

> « *1. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur. 2. Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit : a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données : i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné; ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire*.[403] »

347. Ce qui indique qu'une fois l'envoi réalisé, l'expéditeur n'a plus de prise sur son message car il entre dans un système d'information qui ne dépend plus de lui. Dans ce schéma, la notion d' « entrée » est le moment précis qui détermine, selon cette Directive

---

[401] Le Code civil irakien divise les biens en plusieurs types : mobilier et immobilier ; matériel et immatériel ; public et privé (art. 62). A quoi la loi irakienne ajoute la qualité corporel ou incorporel, assez mal définis (art. 70, alinéa 1) et la qualité fongible ou non fongible, qui se dit d'un bien pouvant se substituer ou non à un bien de même type (art. 71).

[402] M. MUSA., « La réglementation juridique du contrat via Internet » In *Le livre juridique d'Egypte*, 2010, p.91.

[403] United Nations, Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial International – 2002, United Nations Publications, 2007.

2000/31/CE [404], le moment de l'expédition et de réception du message électronique. Ainsi, un message qui a bien atteint le système informatique du destinataire sans pour autant que celui-ci puisse en avoir accès, en raison de la défectuosité technique par exemple, ne peut être considéré comme une forme valide de message expédié. Le cas serait similaire si le message d'origine allait vers une autre adresse que celle convenue. Dans tous les cas, pour qu'il y ait validité de ce message électronique, le lieu est ce moment où le message est vu, lu et relevé, notifié par le destinataire[405].

348. Au niveau du droit irakien, si nous considérons que l' « arrivée de l'acceptation » est ce qui forme le moment et donc le lieu en cas de litige, on peut alors envisager le cas d'un second courrier en sens contraire venant avant la première confirmation ; et qui du coup annulerait la confirmation finale et le contrat en entier. La question se forme autour de deux notions : « l'arrivée » ou le « départ » de l'acceptation du contrat[406] ? Par exemple, en droit français, nous remarquons que selon l'article 46 du Code civil, le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où celui-ci habite.

349. Monsieur le Professeur Jérôme Huet[407] met en évidence qu'en matière contractuelle, cette juridiction du lieu de livraison, ou du lieu de l'exécution de la prestation de service, ne fait pas de ce lieu un endroit de conclusion du contrat, ce qui n'octroie pas une compétence pour les tribunaux de ces lieux, ainsi le critère de la conclusion reste muette dans la juridiction française. En revanche, elle permet de déterminer certains usages locaux qui serviraient d'orientation pour l'interprétation de certaines clauses du contrat[408].

350. Rappelons aussi, que les notions de temps et de distance se sont vues complètements éclatées par la téléphonie bien avant l'arrivée d'Internet, il y avait déjà un

---

[404] Voir aussi la position que prend la 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, notamment du commerce électronique. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 21/03/2016).

[405] S. GUILLEMARD, le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial, *Op. cit.*, p.323

[406] *Cf*. l'article 87 prévoit que:
(1) Sauf convention ou disposition contraire, le contrat entre absents est réputé conclu dans le lieu et au moment où l'auteur de l'offre a pris connaissance de l'acceptation.
(2) il sera supposé que l'initiateur a avait pris conscience de l'acceptation de la place au moment de son arrivée à celui-ci.

[407] J. HUET et N. BOUCHE, *Les contrats informatiques*, 2011, p.41s.

[408] Sur l'exécution du contrat de vente internationale, *Cf*. O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 2011, p.221s. J. HUET et N. BOUCHE, *Les contrats informatiques*, 2011, p.25s.

sentiment de simultanéité, on pouvait dialoguer à distance mais en même temps, ce n'est pas l'espace virtuel qui met au défis cette notion au sein du droit en général ce qui fait que l'on peut aisément faire un rapprochement avec les contrats de type téléphoniques avec ceux d'Internet. C'est pourquoi le droit irakien avait fait une approche dans ce sens, en définissant ce médium comme étant un support où :

> « *Le contractant (par téléphone) ou tout autre moyen semblable comme ayant été parmi les présences concernant le temps et parmi des absents par rapport à l'endroit*.[409] »

351. Par contre, pour droit français en 1960[410], c'était l'« émission » du message qui conférait une donnée de moment de conclusion du contrat. Ensuite le droit français a changé ses termes pour s'orienter vers la réception/expédition de l'offre. La jurisprudence française, en matière de « non-présence » lors d'un contrat, est très peu changeante, elle garde une position très stricte. Tout d'abord, parce qu'il y a une absence de mention législative spécifique, ce qui produit de grands débats doctrinaux. Ensuite, les dispositions du Code civil sont très pertinentes et strictes sur ce sujet, comme le montre l'article 1108[411], datant de 1804 et modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, qui montre que l'essentiel de la validité d'un contré réside dans « l'obligation des parties ». Un texte largement critiqué[412]. Selon Vincent Gautrais[413], ce texte nie une double volonté des parties qu'un contrat soit conclu, conformément à l'aspect le plus élémentaire de l'autonomie de la volonté. À cela, il rajoute que, face à l'absence de texte, la jurisprudence aura son rôle vis-à-vis de l'élaboration de solutions capables de résoudre les difficultés soulevées par de tels contrats. Concernant la position du droit américain, Vincent Gautrais souligne qu'il y a une disposition vis-à-vis du consentement des contrats, selon les termes « *acceptance by telephone or teletype* »[414]. Le droit américain s'est plus penché sur ce sujet

---

[409] L'article 88 du Code civil irakien qui stipule que :
Le contractant (par téléphone) ou tout autre moyen semblable comme ayant été parmi les présences concernant le temps et parmi des absents par rapport à l'endroit.

[410] Cour de cassation, première chambre, Bulletin civil n°14 – note Malaurie, 1961.

[411] Légifrance, Code civil - Article 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation. ». [En ligne] http://legifrance.gouv.fr (consulté le 20/06/2014).

[412] J-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Francis Lefebvre, 1988, p. 88.

[413] V. GAUTRAIS, « La formation des contrats par télécopieur », *Op. cit.*, p.392.

[414] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law, Second, Contracts 2d, vol. 1, St Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1981, note 123, article 64.

mais une partie de la doctrine n'adhère pas majoritairement avec une solution qui se crée par rapport à des intérêts purement commerciaux[415].

352. De plus, une distinction s'est mise en place entre le moment et le lieu de conclusion du contrat :

> « *Acceptance given by telephone or other medium of substantially instantaneous two-way communication is governed by the principles applicable to acceptances where the parties are in presence of each other*.[416] »

353. Ce texte n'a pas abordé précisément les contrats instantanés et la notion qui se crée autour du moment et du lieu de conclusion des contrats. Le seul point qui a été retenu, c'est la notion de présence de la part des parties, sans préciser quel type de présence. Nous relevons que la portée de ce texte nous informe sur la manière dont le droit américain met en place des notions qui distingue certains types de ventes ou de contrats, en l'occurrence, il s'agit des grandes relations commerciales dont l'Union Commercial Code (U.C.C). Et l'article 2, ne donne justement aucune précision sur le moment de conclusion du contrat[417].

354. Dans ce texte, prenons pour commencer la notion du moment : il adopte une théorie qui se base sur la réception de l'acceptation par l'offrant. Par conséquent, le contrat devient effectif dès qu'il y a accusé réception. Il reconnait donc, que dès que l'offre est acceptée par l'acheteur, cela constituerait une preuve de cette inter-présence tout en considérant que le vendeur se doit de rectifier toute erreur de communication et ce de manière très rapide. Il en est de même pour les communications effectuées par un mode capable de transmettre sans un laps de temps substantiel. Le risque incombe au final sur celui qui a le pouvoir de

---

[415] V. GAUTRAIS, « La formation des contrats par télécopieur ». p.392.

[416] D.K. STUCKEY, « Internet and Online Law » In *Law Journal Press*, 1966, repris dans *American Law Institute* 1, American Law Institute Publisher, St Paul, Minnesota, 1981, p. 157. Traduction : « *Acceptation donnée par téléphone ou tout autre support de communication instantanée est régie par les principes applicables aux acceptations où les parties sont en présence les uns des autres*. »

[417] L'article 2, 206, alinéa 1 dispose que, sauf avis contraire des parties, "an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circonstances". Devant le silence de ses propres dispositions, il recommande alors l'intervention de règles supplétives : les principes de Common law. Les avis proposés par The American Law Institute sont censés reproduire l'état du droit qui s'applique. Si son contenu n'a certes pas une portée équivalente à celle d'une loi, il peut néanmoins, selon le Ballentine's Law Dictionary, être considéré comme : « the statement of a rule being entitled to weight as a product of expert opinion [and as the expression of the law by the legal profession ». Les juges n'hésitent donc pas à faire mention directe de ces développements dans leurs décisions, estimant que ce recueil de données « expound the thinking of some of the best legal minds in the country». Propos repris de V. GAUTRAIS, « La formation des contrats par télécopieur » in Revue juridique Thémis 29, n°2, p.22.

constater de ce défaut qui lie un accord de volontés. Ensuite, dans la question du lieu de conclusion de contrat, le Restatement se dévoile dans ce commentaire, issu de l'article 64 intitulé *Place of Contracting* :

> « *Dans la mesure où la question est renvoyée à la règle régissant les différends contractuels privés, l'analogie de l'acceptation par courrier ou télégramme est de contrôler dans les cas de contrats conclus par les parties en présence l'un de l'autre et aussi en cas de contrats faits par téléphone ou par téléscripteur : le contrat est créé à l'endroit où l'accepteur parle ou complète sa manifestation du consentement*.[418] »

355. Comme nous le savons, il existe de nombreux moyens de communiquer via le Web avec Skype® ou Google® voir l'IRC (Internet Chat Relay) ou encore visioconférence, ce qui permet de voir et de parler en temps réel malgré la distance géographique et réduisant la notion de temps[419]. Pour Gaudet et Kouri[420], ces usages peuvent être un moyen plus efficace, donnant un lieu et un moment précis depuis un lieu qui n'engendre plus de coût de déplacement. Donc, aux yeux de la juridiction, du moins américaine, ce type de communication est considéré comme si les personnes étaient en présence, comme dans un contrat classique. De ce fait, nous notons que dans les termes juridiques, il n'y a pas de « quasi présence », il y a présence ou non de la part des parties ce qui ne donne pas aux types de communication tel que l'IRC de bénéficier d'un statut particulier selon les divers droits mondiaux et ce même si Demoulin M. et Montero E[421], indiquent qu'il y a une tendance à conclure par cette voie.

356. En résumé, de manière générale, il est possible d'établir un schéma sous forme de 3 branches ou contextes relatifs dans la mise en place d'un contrat virtuel :

- celui où les deux parties concluent un contrat par le biais d'un échange de courriers électroniques ;
- celui où l'acceptant répond par courrier électronique à une offre adressée par un autre moyen et de manière plus courante sur Internet ;
- celui où l'acceptant contracte par le biais d'une offre proposée sur le réseau.

---

[418] *Cf.* American Law Institute, note 123, article 64, commentaire c), p.158.
[419] *Cf.* J. CHAMPARE, et Y. TOURNEDOUET, *La visioconférence sur Internet*, 1995-1996. [En ligne] http://poseidon.artemis.jussieu.fr/visioconf/intro.html#present (Consulté le 19/03/2016).
[420] S. GAUDET et R. KOURI, « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? » In *R.D.U.S*, note n°1027, p.195.
[421] M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique » in M. FONTAINE. (dir.), *Le processus de formation du contrat*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 785, note 973.

357. Il reste difficile de se pencher sur les tenants et aboutissants qui résultent d'Internet. comme par exemple le serveur. Ce dernier représente un instrument utilisé sur un site Internet, mais que nous ne pouvons pas prendre en considération afin de déterminer un tribunal compétent, car le serveur n'offre aucune constance, n'implique aucun lien avec la relation contractuelle. Comme la professeure Sylvette Guillemard le dit, c'est un critère étranger de la relation contractuelle. Pour dépasser cette difficulté, la loi irakienne devra avoir un certain nombre d'informations obligatoires pour pointer le moment et le lieu de conclusion et d'exécution, ce qui pourra entraîner une loi applicable ou la compétence même d'un tribunal[422].

358. En fait, la solution la plus avantageuse pour le consommateur serait le moment et le lieu de l'acceptation qui s'est formé, c'est-à-dire le pays où le siège de travail voir le domicile de l'acheteur[423]. Si la juridiction à ce pouvoir de consulté vos courriers électroniques, elle peut voir qu'une date de réception et d'acceptation assez précise est visible si message il y a eu. En termes de temps cela est efficace mais en termes d'espace, il y a encore de nombreuses zones d'ombre. Si l'on greffe à cela l'article 10 de la Convention de Vienne[424] : « *l'emplacement d'un système d'information n'est pas l'élément déterminant* », nous voyons bien que le lieu le plus probable reste celui du citoyen.

359. De même que la CNUDCI n'a pas su répondre à ces questions sur l'espace, il semble encore très difficile de faire un lien d'espace dans ce réseau alors qu'une solution semble toute déterminée, sauf que le consommateur devra être l'élément observable par la justice ce qui le met dans une position qu'il n'a pas forcément choisi. En parallèle, la doctrine à proposé plusieurs solutions pour résoudre ce problème : il divise les solutions en deux catégories : la volonté des parties qui sont d'accord, selon le principe général en droit international privé, sur le choix du tribunal compétent[425]. Ensuite, s'il n'y a pas d'accord entre les parties, soit le moment de la déclaration d'acceptation reste un moyen favorable

---

[422] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p. 340.
[423] J. HUET et N. BOUCHE, *Op. cit.*, p.21s.
[424] Convention de Vienne, Article 10, 1969. [En ligne] https://textesdipannotes.files. (Consulté le 11/02/2016).
[425] Cf. M. ABU ENEIN, « Introduction à la résolution les conflits: le commerce électronique dans les pays arabes » [titres traduits de l'arabe] in Conférence sur les aspects juridiques du commerce électronique et les moyens modernes de règlement des différends, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, 2010.

de déterminer le lieu et le moment de cette acceptation ; soit ce contrat a été conclu à l'endroit où l'autre partie appuie sur une touche pour accepter l'offre (réponse positive) mais dans ce cas, une erreur de « geste » peut réduire la volonté même du consommateur. Une autre solution peut subvenir : en considérant que la conclusion du contrat est ce moment où l'autre partie reçoit enfin une réponse positive ; encore une fois il faudrait prouver de la volonté du destinataire[426].

360. Si l'on suit ce raisonnement, on peut dégager une quatrième solution : la connaissance du moment et du lieu de l'acceptation serait ce moment (réunissant un espace) où le destinataire ouvre son mail. Chose qui ne pourrait être vérifiable que si celui-ci ne nie pas avoir eu ce mail. On sait qu'il existe des moyens de récupérations des mails effacés mais l'ouverture d'un mail peut se faire par une autre personne ayant accès à votre compte. De plus, il est difficile de prouver l'heure d'ouverture d'un mail. Une dernière solution envisage de créer un lieu virtuel pour que les contrats se forment de façon autonome avec des règles établies par des sites qui le permettent, ce qui renvoie aux « volontés des parties » qui au final déterminera le moment et le lieu où se conclura le contrat virtuel[427].

361. Pour le reste, nous préférons la solution qui vise à mettre l'acceptation du contrat en rapport avec le domicile ou le lieu de travail du consommateur, surtout en cas de litige, pour qu'un tribunal soit nommé compétent par la suite. Le système de « réception » duquel est soumis le vendeur quand il reçoit la confirmation positive de l'acheteur reste un moyen efficace de mettre en lien les deux acteurs et de mettre en situation de temps et d'espace même si au début cet espace est virtuel.

362. Cependant, il faut toujours que la volonté du client soit prise en compte par le vendeur et que les conditions générales soient prises en compte par l'acheteur. Il faut que le « cybermarchand » consulte régulièrement sa boîte mail. Une fois de plus, autant le vendeur que le consommateur sont tous deux dépendant d'un système électronique dont ils

[426] *Ibid*.
[427] *Ibid*.

n'ont pas tout pouvoir et dont la juridiction devra prendre aussi en compte (temps de latence, panne, défaut de fabrication, logiciels incompatibles, etc…)[428].

363. Nous pouvons aussi souligner, dans un sens plus large, que la réception du message électronique peut être une forme de géolocalisation à la différence du concept précédent, que le vendeur n'entre plus en compte. Mais, de ce point de vue, il nous faut nous poser des questions sur cette « réceptivité » du message. S'il est facile de concevoir la localisation du lieu de consultation, le lieu de réception pose plus de problèmes. S'agit-il du lieu de réception par le fournisseur d'accès, de l'internaute? Une question maintes fois soulevée par la doctrine mais qui reste sans réponse. Pour conclure, dans cette théorie de la réception du cybervendeur comme lieu et moment de conclusion de l'acceptation du client, il reste un dernier point : le système de réception qui diffère selon sa connexion (Wi-Fi, net, 3G, 4G, etc…) et l'endroit d'utilisation (chez lui, dans un café, etc…) ; des facteurs qui posent des problèmes dans cette notion de « volonté ». Concrètement, le contrat sera réputé conclu dans son lieu d'émission par rapport au courrier électronique, ce qui représente une acceptation du contrat par le client alors qu'il est en dehors de son domicile ou de son lieu de travail.

B. L'exécution virtuelle du contrat

364. Le contrat commercial est dans de nombreux cas un échange d'obligations. Par exemple, dans un contrat de vente, c'est le devoir pour le vendeur de transmettre ou livrer un produit ou un service une fois le paiement reçu. Dans un contrat synallagmatique (bilatéral), les obligations doivent être réciproques, et ce dans des lieux qui mettent en lien le contrat et non forcément les parties, comme nous l'avons vu. Les liens peuvent être significatifs ou étroits, nous avons vu que dans la conclusion, le lieu idéal pour finir, si la volonté de ne pas mettre de lieu commun se présentait, était la réception au domicile ou au lieu de travail du consommateur, bien que de multiples théories existent. En ce qui concerne le lieu d'exécution des obligations en ligne, il y a, en plus des difficultés entrevues, d'autres difficultés qui viennent se rajouter. Généralement, et selon des principes généraux de droit international privé, les parties peuvent fixer

[428] *Ibid*.

conventionnellement le lieu d'exécution du contrat, une méthode souvent utilisée dans des contrats de type commerciaux internationaux[429]. Ils peuvent mettre, dans une partie du contrat, des clauses sous forme de *Soft Law*[430].

365. Pour la loi irakienne, l'article 21 de la nouvelle loi irakienne sur la signature électronique et les transactions électronique de 2012., qui traite du commerce électronique et de la signature électronique, le 1er paragraphe indique que :

> « *sauf convention contraire, le site et l'expéditeur peuvent conclure une convention pour déterminer l'endroit de l'envoie réception du message électronique*. »

---

[429] Sur l'éxecution du contrat en droit irakien, *Cf.* l'article 541 du Code civil dispose que
1-the mere issue of the contract necessitates the delivery of the thing sold at the place where it lies at the time of the contracting: if the thing sold is a movable object the location of which has not been designated it will be deemed as lying at the place of the vendor s residence.
2- if the contract has stipulated that the vender must deliver the thing sold at a specified place the delivery must be effected at that place . De même, l'article 396 du Code civil dispose que
1-If the subject matter of an obligation to be delivered is one which has value and weight such as things that are measured by volume or weight commodities and similar things and if the contract is absolute which did not specify a place for delivery the thing will be delivered at the place wherein it was lying at the time of the contract.
2- As regards the other obligations the discharge will take place at the debtor s domicile at the time of maturity or at the place wherein lies his business premises if the obligation is related to this business unless there is an agreement otherwise. ["traduit de l'anglais"], l'article 396 du Code civil dispose que ["traduit de l'anglais"],
1 -si l'objet d'une obligation de livrer une chose ayant de la valeur et du poids tels que les choses qui sont mesurées par le volume ou le poids des matières premières et des choses semblables et si le contrat est absolu ne précisant pas un endroit pour la livraison la chose sera livrée à l'endroit où il se trouvait au moment du contrat.
2 - En ce qui concerne les autres obligations, la décharge aura lieu au domicile du débiteur au moment de l'échéance ou à l'endroit où se trouve ses locaux commerciaux si l'obligation est liée à cette activité, sauf si il y a un accord contraire.
Qant à l'article 541 du Code civil dispose que ["traduit de l'anglais"],
1 - la simple question du contrat nécessite la livraison de la chose vendue à l'endroit où il se trouve au moment de la conception du contrat: si la chose vendue est un objet mobile dont l'emplacement n'a pas été désigné, il sera considéré comme se situant au lieu de la résidence du vendeur.
2 - si le contrat stipulait que le vendeur doit délivrer la chose vendue en un lieu déterminé, la livraison doit être effectuée à cet endroit.
Au satde la doctrine, *Cf.* J. Al-FADHLI, *Des contrats civils* ["traduit de l'arabe"], Dar Alatk Ketab, Le Caire, Bibliothèque juridique,(2007) pp.94-95. A. NGIDH, *Le contrat de vente* [idem]. Dar Al-Nihda, Le Caire, (2003). pp.183-184 ; A-R.A. SANHOORI, *Droit Civil,* Partie 4 : "*Le contrat de vente*" [idem]. Le Caire Press. Publishing Dar Al jamah, (1960) , pp.598-599. S. MOUBARAK, S. Al FATLAWI et T-M. HUWISH, *Des contrats civils* [idem]. Dar Alatk Ketab, Le Caire, bibliothèque juridique, (2003),p.103. S. MOURQS (1990), *Le contrat de vente*, Dar des livres juridiques, Egypte, pp.504-505.

[430] « Le soft law est une expression générique utilisé pour désigner des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que des obligations peu contraignantes. » in J. SALMON, Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.1039. *Cf.* également L. BLUTMAN, In the trap of a legal metaphor international soft law, in I.C.L.Q 59, 2010, p.605s.

366. Cette tendance qui a été adopté déjà par la Cour de justice de l'Union européenne, en mettant en lumière que les parties peuvent choisir du lieu de livraison[431].

367. À première vue, les parties ne désignent pas directement un tribunal compétent, il y a une influence majeure de la volonté des parties qui auront un impact sur la qualité du juge et du choix de la compétence juridictionnelle. En somme, comme l'indique Olivier Cachard, « le tribunal *objectivement* compétent en matière contractuelle est toujours celui du lieu d'exécution de l'obligation, qui servira de base à la demande »[432]. Donc, s'il y a accord entre les deux parties sur le lieu de l'exécution, les juges pourront considérer cette convention. Dans le cas contraire, il serait difficile de déterminer un lieu d'exécution pour le contrat virtuel, surtout dans ceux établis uniquement sur Internet. La question qui demeure est celle-ci : comment peut-on localiser des obligations ayant été faites en ligne sans aucun contenu matériel ?

368. Par exemple, aussi bien le contrat de service que le contrat de licence présente une immatérialité plus accrue que la vente. Ce sont des contrats conclus intégralement sur Internet, le contrat est ici dématérialisé, il n'y a pas de contact physique des cocontractants que ce soit dans la livraison d'objets ou dans les prestations de service. La nature d'Internet offre deux catégories dont l'exécution du contrat diffère :

- Les biens qui ne se livrent pas sur Internet. Dans cette situation, un défaut dans l'obligation de fournir le bien, un défaut de paiement, etc… tout cela sera vérifiable par l'utilisation de canaux généraux ;
- Les biens qui se livrent totalement ou partiellement sur Internet.

369. Nous avions recensé plusieurs éléments pour localiser ce contrat, comme par exemple l'endroit du serveur, ou l'endroit de l'hébergeur ou encore une fois l'endroit où se situe l'ordinateur. Quelles sont les possibilités de recours pour ces éléments ? Pour répondre à cette question, nous allons utiliser le cas des contrats pour l'achat de titres, ce qui est réalisé par le serveur de système automatisé comme dans les contrats de services.

---

[431] La C.J.C.E. a conclu que « si le lieu d'exécution d'une obligation contractuelle a été désigné par les parties par une clause valide selon le droit national applicable au contrat, le tribunal de ce lieu est compétent pour connaître des litiges relatifs à cette même obligation en vertu de l'article 5, n 1 de la Convention de Bruxelles […] ».

[432] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p.374.

370. De Bottini[433] dit qu'il existe de nombreux moyens d'identifier la source d'un hébergeur ou d'un site, mais pour le tribunal, cela ne constitue pas un lien étroit avec le contrat. Tandis que certaine[434]soutiennent que le lieu où se trouve l'ordinateur de l'acheteur est comme le lieu de livraison à l'image d'un domicile, d'une adresse à laquelle on livre un bien matériel. Un point de vue que l'on peut critiquer sur deux aspects : d'une part, en tant que bien matériel, un ordinateur peut désormais se transporter, ce qui mettrait la compétence juridique du lieu de livraison en balance selon le voyage de l'utilisateur. D'autre part, la connexion sans fil ne permet plus de situer exactement une personne dans un lieu mais plutôt dans une zone possible car le Wi-Fi ne donnera que le lieu de diffusion des ondes

371. Ce que l'on peut noter, c'est qu'en droit français, l'article 46 du Code procédure civile et l'article 15 du Code civil irakien se rejoignent pour donner compétence à : « *la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu d'exécution de la prestation de service* ». En résulte que la localisation de l'exécution de ces obligations reste hypothétique quand ce contrat est exécuté intégralement en ligne. Par contre, s'il s'agit d'un contrat de vente de biens incorporels (logiciel standard téléchargé) la question du lieu semble être importante. Dans un premier temps, la loi irakienne est restée muette sur ce problème car elle ne distingue pas la vente de marchandises et la vente de fournitures de services. Comme indiqué, lorsqu'il s'agit d'une vente de marchandises, le lieu d'exécution sera celui où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, à l'instar de la loi française. En conséquence, le juge irakien peut suivre cette solution selon l'article 30 du Code civil irakien[435].

372. Un autre problème est celui de l'indéfinition juridique du terme de « livraison » en droit irakien : on ne sait pas à quoi elle fait référence. À cet égard, nous pouvons choisir un

---

[433] DE BOTTINI, « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », *Recueil des travaux offerts à Monsieur Jean-Pierre Sortais*, Bruylant, Bruxelles.

[434] M. CHARBONNIER, *La formation et l'exécution du contrat électronique*, Paris II, octobre 2003, p. 211.

[435] Comme nous l'avons montré, les lois irakienne et française ont adopté ce critère. L'article 15 (C) du Code civil irakien disposant que *« Les juridictions irakienne savent également […] si l'action est relative à un contrat exécuté ou devant être exécuté en Irak… »*. Cet article opte pour le critère d'exécution du contrat en Irak comme chef de compétence pour les tribunaux irakiens. Il instaure ainsi un for du contrat. Plus explicite est l'article 46 al.2 du CPC français, applicable en cas d'un litige extracommunautaire, qui attribue la compétence au tribunal du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu d'exécution de la prestation de service.

exemple type où le contrat prévoit la fourniture de marchandises dans plusieurs pays : la juridiction compétente devient celle de l'État dans le ressort duquel se trouve la livraison principale. La difficulté par rapport à cette solution est que nous ne trouvons de nouveau aucune indication ou définition de la livraison principale en droit irakien, laquelle doit alors être déterminée en fonction de critères économiques. Monsieur J.-P. Beraudo reformule cette question en se demandant si c'est *« uniquement une remise matérielle de la chose ou faut-il y inclure le transfert de propriété*[436]*»*.

373. À défaut de facteurs déterminants pour établir ce lieu, comme nous le montre l'affaire *Color Drack*[437], le demandeur peut demander au défendeur de se présenter devant un tribunal du lieu de livraison de son choix. Monsieur Beraudo considère que la livraison des marchandises comme obligation déterminante peut être difficile, en sorte qu'elle ne donne pas de certitude car multiples sont les plaintes liées aux livraisons en matière de commerce électronique (délais, adresse erronée, colis cassés, etc.) alors que l'acheteur a déjà payé les frais de livraisons. Il ajoute que : *« la fiction, ainsi édictée, prêtera à sourire lorsque la matière litigieuse sera sans rapport avec la livraison* [438]*»*, par exemple lorsqu'elle concerne le paiement. Pour ce qui est du contrat de fourniture de services, le lieu idéal serait celui, en vertu du contrat où le service est ou aurait dû être fournis. Si l'exécution se fait en ligne, le juge compétent sera celui dont le lieu des données téléchargées ont été reçues, sans prendre en compte les critères de l'envoi, ce qui exclut *ipso facto* le juge du lieu dont l'envoi a été produit. Une tendance pour favoriser le consommateur, considéré comme la partie faible.

374. D'autres solutions existent, telles que la prise en compte du lieu de la situation du microordinateur sur lequel le client a pu faire ses opérations téléchargeables, bien qu'un ordinateur ne prouve en rien une utilisation fortuite. De même qu'une prestation de service sur Internet reste un défi de localisation. À titre d'exemple, si un prestataire de services informatiques opère à distance pour faire un diagnostic ou un réglage d'un disque dur de

[436] J.-P. BERAUDO « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » *J.D.I.* 4, 2001, p.1044.
[437] *Affaire C-386/05 Color Drack GmbH contre Lexx International Vertriebs GmbH*, 2007. [En ligne] http://eur-lex.europa (consulté le 18/03/2016).
[438] J-P. BERAUDO, *Ibid.*

son client ; comment déterminer le lieu de cette prestation ? Est-ce l'établissement du prestataire, le serveur utilisé ou l'ordinateur du client ? Au passage, rappelons que les instruments techniques comme *le serveur* ne devraient pas constituer un facteur de rattachement, parce qu'ils ne sont pas significatifs de l'établissement des parties et qu'ils peuvent être facilement délocalisés. Il nous reste la résidence des parties, appuyée par la Cour de Paris indiquant que

> « *La prestation contractuellement convenue – à savoir l'accès à l'Internet – s'exécute non à l'adresse à laquelle est souscrit l'abonnement mais au domicile de l'abonné d'où il se connecte*.[439] »

375. En fait, cette localisation de prestation liée au domicile de l'abonné n'est pas totalement effective, il suffit de se connecter avec son identifiant et son mot de passe depuis un ordinateur et ce bien loin du domicile[440].

376. Une autre difficulté est celle de la multiplication des exécutions possibles : il sera périlleux d'en trouver une qui soit plus significative que les autres et qui donnerait en finalité une compétence judiciaire de ce lieu[441].

377. Enfin, les contrats doivent recevoir un traitement différent en fonction de leur mode d'exécution, nous ne pouvons pas traiter ceux-ci comme des contrats réels. Comme l'a remarqué Madame le Professeur Catherine Kessdjian[442], la difficulté ne réside plus, dans le cas de la virtualité totale, des lieux de ventes, de livraisons, des objets, etc… mais bien dans la crainte de voir la conclusion et l'exécution d'un contrat changer de forme et de contenu sans que consommateur puisse intervenir. Le domicile de l'acheteur semble un lieu idéal pour ne pas le mettre dans une situation de faiblesse encore plus réprouvé.

---

[439] Juritel – Cour d'appel de Paris, *Affaire Free Surf contre Francis F.*, 2001. [En ligne] http://www.juritel.com/Ldj_html-343.html (Page consultée le 18/03/2014).
[440] O. CACHARD, *Op. cit.*, p.381.
[441] Sur ce point, lire une note de l'avocat P. THIEFFRY, sur « Inapplicabilité de l'article 5 § 1 de la Convention de Bruxelles en cas de multiplicité de lieux d'exécution ». [en ligne] sur http://www.thieffry.com/articles/multiplicite.htm. (consulté le 16/03/2016).
[442] C. KESSEDJIAN, Conférence de La Haye : « Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique », doc. Prél. n°7, 2002, p.5.

378. Madame le Professeur Sylvette Guillemard[443] intervient sur cette « exécution » en disant que cela restait une hypothèse ne répondant en aucune façon aux problèmes possibles en cas de produits ou services exclusivement virtuels.

379. Pour terminer, le « rattachement », prévu par des règles de compétence spéciale en matière contractuelle, n'est pas en mesure de répondre aux différends occasionnés par voie électronique. Le rattachement, s'il est trop rigide, peut se montrer insuffisant, allant vers de nouveaux problèmes d'interprétations. Il rajoute qu'il est fort douteux qu'une juxtaposition de ces règles spéciales et parcellaires soient un pas vers l'avant pour le droit en général[444].

379. De plus, le lien étroit entre la juridiction et le litige est important pour faciliter les travaux d'ordres administratifs c'est pourquoi le demandeur est autorisé à choisir un tribunal en fonction de son domicile. C'est ainsi que le critère de compétence tiré de l'exécution du contrat ou de l'obligation contractuelle connait une consécration abondante en matière contractuelle. Toutefois, ce critère ne peut s'appliquer sans difficulté[445].

[443] S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p.685.
[444] O. CACHARD, *Op. cit.*, p. 382
[445] R. DE BOTTONI, *Op. cit.*, p. 11.

Chapitre 2 : Les conséquences de l'immixtion de la sphère virtuelle

380. Dans ce deuxième chapitre, nous allons mettre en évidence les aspects de la juridiction et surtout les lacunes qui doivent être ciblées non seulement pour en connaître les causes et analogiquement en déduire les possibilités à venir. Comme nous l'avons vu dans le chapitre I, la modernité se caractérise en droit international comme étant un phénomène *d'autonomisation* et d'*unification* comme le souligne par ailleurs Jacques Chevalier[446] qui tente de soulever les transformations post-modernes qui se mettent peu à peu en place. Dans cette vision quelque peu négative, il nous faut néanmoins redéfinir ce qu'est le droit de nos jours, car il se manifeste désormais dans une échelle avec Internet qui échappe parfois à toute législation, laissant place comme nous allons le voir prochainement à une autorégulation des lois se propageant sur Internet.

381. Vincent Gautrais définit le droit comme étant « un instrument de régulation sociale, fait face à un défi de taille lorsqu'il est confronté au commerce électronique. Les données propres aux communications par réseaux rendent moins efficaces les instruments traditionnels de régulation, obligeant dans bien des cas à une révision des concepts et du processus de création normative. En dépit de tout cela, on ne saurait parler d'un vide juridique. De toute façon, le commerce électronique se fera avec ou sans droit[447]».

382. La notion de régulation sera alors une question primordiale car bon nombre d'acteur sur le plan juridique (prenons par exemple la loi-type de CNUDCI) tenteront d'homogénéiser l'espace de conflit qu'est Internet. Toutefois, il est à remarquer que les transformations économiques muent à un rythme bien supérieur par rapport aux diverses adaptations du droit. Comme en témoigne Pierre Trudel[448], il y a un *décalage* qui s'est créé et qui révèle ainsi un manque « sine qua none » entre les besoins actuels et les droits

[446] J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 659, Paris, 1998, p.664.
[447] V. GAUTRAIS V, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de Lex electronica », *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 547, 1997, p.5.
[448] P. TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace ? », *Revue Sociologie et sociétés* 32, n°2, Paris, 2000, p.189.

étatiques applicables. On pourrait sans risque dire que le processus législatif est dépassé par le processus des technologies car l'adoption d'une loi se développe en plusieurs années au grès des technologies qui n'attendent guère de temps. Dans ce contraste frappant, il nous faudra aussi évoquer les législations qui sont, du coup, devenues obsolètes et aujourd'hui inadaptées. À titre d'exemple on peut encore citer André-Jean Arnaud qui tire un constat plutôt pessimiste envers la modernisation de la juridiction :

> « *Le temps a dévoilé les imperfections du droit « moderne »; il a montré combien l'universalisme était un leurre, et que le règne suprême de la loi ne réglait pas tout. L'observation de la réalité juridique quotidienne a amené de nombreux juristes qui s'intéressent aux problèmes des fondements du droit, à reconnaître que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources du droit, et qu'un retour au pragmatisme s'impose*.[449] »

383. Cela étant, le droit reste applicable malgré la présence de lacunes juridiques, ce qui ne signifie en rien une inefficacité des règles de lois, c'est une exception. Par constat, la réalité de la vie évolue plus vite que la réalité de certaines lois. Ainsi, la première section relate ces « lacunes juridique ». Dans celle-ci, nous posons la question suivante : est-ce que la nature de l'Internet serait compatible avec la fonction technique des règles de conflit de compétence internationale ? (Section 1) Après quoi nous aborderons les limites de ces compatibilités entre la source interne des règles de conflit de compétence internationale et la nature internationale d'Internet. Il s'agit de répondre la problématique : l'efficacité des règles de conflits de compétence internationale est-elle présente dans le cas de litiges touchant le réseau mondial ? (Section 2)

Section 1 : La thèse des lacunes dans les règles de conflit de compétence

384. Avant tout chose, il faut partir du fait que tout système juridique a des lacunes qui lui sont propres et qu'il n'existe pas de juridiction parfaite. L'existence de rapports juridiques en l'absence de règlementation établie par des normes juridiques pose

[449] A-J. ARNAUD, *Repenser un droit pour l'époque post-moderne*, Le courrier du CNRS, 1990, p.81.

nécessairement problème. Ce que l'on appelle « lacune » représente l'écart qui existe entre la réalité et le droit positif. Les lacunes sont définies par Lucien Siorat comme n'étant :

> « … *ni une règlementation obscure, ni une carence dans une règlementation* »[450]

> « *Les lacunes supposent qu'aucun des traités ne prévoient de solutions pour le cas d'espèce que l'on recherche à régler conformément au droit en vigueur*[451]».

385. Selon lui, la « plénitude de droit » est inexistante car il y a des problèmes qui évoquent le cas de l'imprévisibilité. Montrant par ailleurs que les pouvoirs du juge lui permette de pallier à tout vide juridique, sauf en cas d'insuffisance sociale du droit, il pointe ainsi du doigt ceux qui réfutent l'existence même[452] de lacunes. Ce qui nous amène dans un premier temps à définir cette notion de « lacune » et en déterminer les causes, au sens le plus général (Paragraphe 1). Ces lacunes touchant n'importe quelle branche du droit, elles devront être étudiées dans un cadre plus restreint, plus propre à notre sujet : le cadre des règles de conflits de compétence internationale (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Définition de la lacune juridique et ses causes

386. Dans un premier point, nous nous arrêterons sur une définition donnée de la lacune juridique (A), pour mieux en extraire les causes dans un second point (B).

A. La lacune juridique : tentative de définition

> « *Une norme qui viole l'égalité en ce qu'elle n'est pas assez étendue (...). Une telle règle réserve à certaines catégories de personnes des droits, un statut ou des avantages qu'elle n'étend pas à des catégories pourtant comparables, sans qu'une justification objective et raisonnable puisse être apportée à cette différence – bien réelle – de traitement.*[453] »

---

[450] L. SIORAT et P. COUZINET, « *Le problème des lacunes en droit international* (contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire) », *L.G.D.J*, Paris, 1959, p.85.
[451] L. SIORAT et P. COUZINET *Op. cit.*, p.126.
[452] Si la doctrine ne s'entend pas sur l'existence des lacunes du droit – certains auteurs invoquant la théorie de la *plénitude du droit* pour affirmer que le droit ne peut souffrir de l'existence d'une lacune puisqu'il forme un système complet et fermé, donc étranger à la réalité des lacunes –, la majorité reconnaît implicitement l'existence de lacunes dans les lois puisque l'ordre législatif comporte inévitablement des lacunes. Le législateur ne peut tout prévoir : cela est inhérent à la nature humaine.
[453] J-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives » *in Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Edition La Charte, Bruxelles, 2006, p.216.

387. Cette définition apportée par Jean-Claude Scholsem peut se confronter à d'autres définitions, mais les termes « absences » sont souvent unificateurs d'une même définition. En droit positif français, elle est tacitement énoncée par l'article 4 du Code civil[454] et peut constituer en un silence, une obscurité ou une insuffisance de la loi. Cependant, le terme de « lacune juridique » ne semble pas apparaitre dans les dictionnaires juridiques et dans les autres dictionnaires, qu'ils soient de culture juridique ou de sociologie de droit, la définition même de lacune renvoie directement à une notion de non-droit.

388. Selon le Professeur Pfersmann, l'origine de ce problème de « lacune juridique » quant à sa définition remonte depuis l'Antiquité ou plus précisément dans les théories politiques et philosophiques des XVIIIe et XIXe siècles[455]. Et encore, selon le professeur Jean Salmon :

> « Le vocable *lacune* évoque un manque, un trou, mais par rapport à quoi ? Par rapport à un tout dont quelque chose manque. On pourrait appeler ce tout un système de référence et dire qu'il y a lacune lorsqu'il y a un manque dans un système de référence.[456] »

389. On décèle un débat assez tendu entre ce qui est de l'ordre du non droit et du droit et que la place de la lacune soit englobe le tout ou rien que le droit selon les auteurs. Mais quelle qu'en soit la définition, le droit ne peut se détacher de l'aspect extérieur de la vie, ce qu'Isabelle Pariente-Butterlin rejoint en rappelant que :

> « *La dénonciation de la lacune n'est pas interne au droit, mais elle naît de la rencontre entre le droit et des exigences qui lui sont extérieures [...]. Parler de lacune exprime un point de vue normatif sur le droit (voilà ce qu'il dit et ce qu'il devrait dire), qui n'est possible que dans la mesure où celui qui l'énonce dispose de normes qui viennent de la morale, ou de tout autre ensemble normatif.*[457] »

390. En résumé, la lacune revêt deux significations différentes :

---

[454] Légifrance, Code civil - Article 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » [En ligne] http://legifrance.gouv.fr. (Consultée le 16/03/2016).

[455] O. PFERSMANN., « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, Paris, 2003.

[456] J. SALMON, *Droit international et argumentation*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 162 ; A-M. HO DINH, « Le « vide juridique » et le « besoin de loi » Etude d'un enjeu politique, juridique et social », *L'année sociologique*, 57, P.U.F, Paris, 2007. p 423s.

[457] I. PARIENTE-BUTTERLIN, *Le droit, la norme et le réel*, P.U.F, Paris, 2005. p.160s.

- Il y a une insuffisance des règles en vigueur, cette lacune est d'origine juridique sur les faits et l'interprétation de la norme.
- Il y a une inadéquation de la norme à un ordre normatif

391. En effet, même si l'interprétation peut être faite par opportunité et selon un contexte historique et social, la lacune ne se conçoit qu'une fois la loi interprétée. Pour ce qui est de la norme, elle se définit comme étant, selon le professeur Xavier Magnon, comme :

> « *la signification d'un énoncé dont l'objet est de prescrire quatre comportements différents : rendre obligatoire, interdire, permettre ou habiliter*.[458] »

392. La norme ne peut être existante qu'en cas d'un énoncé prescriptif et ce dans une hiérarchisation de normes, c'est-à-dire inclues elle-même dans d'autres normes juridiques qui forment un ordre normatif global et efficace. Dès lors, deux cas de figure peuvent se poser à propos des lacunes : on distingue les *vraies lacunes* ou dites lacunes subies quand il n'existe aucune règle ou norme pour résoudre une situation juridique donnée. *A contrario,* on parle de *fausses lacunes* quand les règles qui existent ne sont pas propres à régler le problème juridique posé.

393. À l'inverse de l'inefficacité, cette dernière est relative à des normes et non des règles comme nous verrons ultérieurement. Ce qui signifie que la lacune de droit (à ne pas confondre avec la lacune de la loi), apparaît dans deux situations. La première est en cas d'absence, dans l'ordonnance juridique, d'une norme qui permettrait d'apporter la solution à un problème de droit. La deuxième, lorsqu'il existe bien une règle mais elle ne permet nullement de répondre de manière satisfaisante ou juste. Ce qui permet aux juristes de dire qu'il n'y a une impossibilité d'avoir des lacunes c'est parce que par la doctrine le système juridique, dans sa conception, est un système *complet* et fermé sur *lui-même.* Ce principe clôt se forme sur trois théories :

- L'espace juridique vide[459] : l'activité de l'homme est divisée en deux parties qui sont soit soumises ou non à une norme juridique, en somme l'espace est libre, hors de l'ordonnance juridique. La liberté se retrouve hors du champ l'espace juridique.

---

[458] X. MAGNON, « L'approche *normativiste* : la différenciation hiérarchique du droit », *Revue française de droit constitutionnel* 57-60, P.U.F, Paris, 2004, pp.598ss.
[459] A-M. HO DINH. « Le « vide juridique » et le « besoin de loi » Etude d'un enjeu politique, juridique et social », in *L'année sociologique* 57, P.U.F, Paris, 2007, p.423.

- La norme générale négative : la liberté et les activités des hommes soumises par une juridiction sont divisées mais restent tous deux dans un champ juridique, mettant en jeu les interdits et les permissions au sens juridique.
- Le pouvoir du juge : il y a obligation qu'un juge statue sur tout différend pour éviter tout déni de justice, il doit toujours y avoir une solution dans l'espace du droit, quelle que soit cette solution.

394. En découle plusieurs visions, positives, normatives, ou bien négatives, selon la théorie adoptée par les juristes, mais de manière générale, il n'est pas permis qu'il y ait une lacune de droit contrairement aux lacunes de lois.

395. Ainsi, en découle une méthode de classification des lacunes en droit :

- *La lacune technique* : il n'y a pas de réglementation qui soit établie ;
- *La Lacune pratique* : il y a bien une norme mais elle est écartée par un juge qui la considère inopérante par rapport aux pratiques sociales, aux valeurs et aux mœurs de sa société d'appartenance.
- *La lacune de conflit* : quand plusieurs normes sont susceptibles de régir une même situation mais que ces dernières sont contradictoires, elles sont écartées.

396. Selon son origine, la lacune juridique peut se diviser et faire ressortir deux types de lacunes :

- *La lacune initiale* : elle existait déjà au moment de l'élaboration de la norme juridique;
- *La lacune ultérieure* : elle apparaît après une situation nouvelle que le législateur ne pouvait prévoir[460]. Concernant la lacune ultérieure, il est difficile aujourd'hui d'avoir encore des improbabilités aux vues des nombreux textes de lois et des nombreuses situations rencontrées.

397. Comme on l'a vu précédemment, Il existe aussi une distinction entre les lacunes juridiques vraies et les fausses :

[460] R. VANDER-ELST « Le problème des lacunes en droit » in *Le problème des lacunes en droit*, Charles Perelman (dir.), Bruxelles, 1968, p.406s.

- *Les vraies lacunes*[461] : elles surviennent lorsqu'une partie d'un rapport complexe est réglée par une norme juridique générale, alors que ses autres éléments ne le sont pas.
- *Les fausses lacunes*[462] : elles surviennent lorsque des domaines entiers ne sont pas régis, alors que toutes les normes régissant les autres domaines sont appliquées sans entrave.

398. Il existe aussi, selon la méthode de classification propre à chaque théoricien, d'autres types de lacunes :

- *La lacune proprement dite* : elle se présente quand il y a une omission dans un texte de loi ; par exemple quand un délai est fixé sans mentionner la date ou l'heure, ou quand un tribunal est choisi sans que son nom y sois indiqué, etc. ;
- *La lacune soi-disant prétendue* : elle se présente quand il y a une insuffisance au niveau du texte, dans une règle ce qui permet en outre qu'un juge puisse se substituer au législateur ainsi créant du droit[463].

399. De plus, si l'on considère à la volonté du législateur (interprétation téléologique) on peut encore distinguer la *lacune volontaire* et la *lacune involontaire*. Ce qui signifie que le législateur laisse, avec conscience, un espace qui s'ouvre au juge permettant ainsi d'adapter l'interprétation des lois selon les changements sociaux, politiques et économiques. En découle aussi que le juge, à l'inverse des lacunes, ne peut combler un « vide juridique » car issue d'une évolution sociétale indépendante du juge. La Loi est caduque vis-à-vis de l'évolution sociétale d'où peuvent naître des vides juridiques, tandis que les lacunes émanent d'une inexistence de normes qu'il convient aux juges de combler, renvoyant ainsi à l'article 4 et 5 du Code civil français[464] :

> « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*. »

---

[461] U. KLUG, *Juristische Logik*, Edition Springer, 1966. [Traduction française en ligne :] www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv (consulté le 14/03/2016).
[462] Repris de U. KLUG, *Op. cit.*, L'auteur classe les lacunes de droit tout en se posant la question : y-a-t-il des lacunes en droit ? Estimant qu'il n'y a de lacunes qu'en droit positif et non dans le droit super-légal dit droit naturel. Egalement cité par J-F. CATALAN et J. GREISCH, *Le Droit*, Editions Beauchesne, 1984, p.172.
[463] *Ibid*.
[464] Légifrance, Article 5 du Code civile : [En ligne] http://legifrance.gouv.fr/. (consulté le 16/03/2016). *Cf.* L. SIORAT, P. COUZINET, *Op. cit.*, p.147s; R. VANDER-ELST, *Op. cit.*, p.405.

400. Cette interdiction pour le juge se justifie par les principes de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice. De même, il existerait :

- *La lacune déontologique* : elle se manifeste quand il y a une incompatibilité entre l'ordre normatif au devoir être et ce qui doit être ;
- *La lacune ontologique* : elle se manifeste quand il y a une incompatibilité de l'ordre normatif à l'être, à l'infinie diversité des actions humaines[465].

401. Selon le professeur Jean Salmon[466], ce serait une autre dénomination de lacunes : *La lacune propre* (*lege lata*) contre *La lacune impropre* (*lege ferenda*). Selon lui, les lacunes s'accompagnent d'un jugement de valeur, elles ne peuvent être comblées que par les États.

402. Pour conclure ce point, nous dirons que si certains problèmes juridiques ne sont pas prévus par la loi, elles ne constituent pas pour autant des lacunes du droit. Il s'agit avant tout de mettre en avant les rapports sociaux qui présentent un ou des intérêts sociaux et qui seront régies par le droit. Le droit qui lui, est construit sur base de connaissances, de considérations politiques – sociales – historiques – morales. Les valeurs de la communauté sociale qui ont des souhaits, des aspirations, des besoins généralement admises par les juristes en droit. Ainsi, le législateur transmet au juge les principes de la justice, de la loi naturelle, de la sécurité et de la stabilité des transactions au sein de la communauté[467].

403. Enfin, ce législateur doit prendre en compte le caractère évolutif du contexte social pour que la loi corresponde avec son temps et réponde aux problèmes du présent. Cependant, dans ce « vide juridique » on peut observer que l'argument de la lacune sert de témoin que l'on se passe de mains en mains afin de se définir légitime pour donner son opinion ou pour intervenir dans la résolution même du litige. Afin d'éviter que ces lacunes puissent donner de tel résultat il nous faut en savoir les causes[468].

---

[465] R. VANDER-ELST, *Op. cit.*, p.402s.
[466] J. SALMON, « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », pp.313-337. Dans C. PERELMAN (dir.), *Les problèmes des lacunes en droit*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1968.
[467] M.M. SHAMS AL-DIN, « Les aspects de la jurisprudence et la lacune juridique » [titre traduit de l'arabe]. [En ligne] http://www.balagh.com/mosoa/feqh/u512by6o.htm. (consulté le 16/03/2016). *Cf.* également A-M. HO DINH., *Op. cit.*, p.421.
[468] M.M. SHAMS AL-DIN, *Ibid.*

B. Les causes de la lacune juridique

404. Comme la lacune est devenue une question importante dans de multiples législations nationales, la loi visant à établir un système social pour ce qui est des problèmes liés aux litiges dans l'espace virtuel, les juges peuvent utiliser deux techniques :

- *Le raisonnement par analogie* : il s'utilise notamment quand il n'y a pas de règles de droit adéquat à la situation. La règle existante est alors mise au service de la situation qui est en manque. L'interprétation du législateur est source du droit positif car toute situation doit trouver sa règle.
- *Le recours aux principes généraux de droit* : il s'utilise même en l'absence de texte car issu de la jurisprudence. Rappelons que le juge n'a pas le droit de créer des règles.

405. En ce qui concerne l'origine des causes, pour la doctrine allemande, il y a lacune juridique dès le moment où le juge est contraint de rechercher la solution d'un problème juridique derrière le sens littéral du texte. Comme conséquence à l'émergence d'Internet, nous nous proposons de prendre en considération l'hypothèse de Kelsen :

« *La nature des lacunes de la loi dépend d'une formule idéologique*.[469] »

406. Comme le droit international privé se nivelle entre différents pays, il se peut qu'il ne possède pas toujours les mêmes valeurs au sens juridique. Mais la cause profonde de ce problème est là aussi idéologique. Dans le droit international privé, la loi se doit de se confronter aux autres systèmes étatiques. Toutefois, ce qui est à prendre en compte, c'est cette protection du droit par un État en comparaison avec les pratiques officieuses[470].

407. Le premier facteur des lacunes, comme nous l'avons dit, c'est la grande complexité de la réalité et des évolutions technologiques qui mettent en décalage les règles qui doivent subvenir. De ce fait, elles montrent aussi que le législateur n'est pas omniscient et infaillible. Il est vrai qu'aujourd'hui une homogénéité du droit semble possible car les situations inopinées sont de plus en plus rares. Mais des situations nouvelles apportées par des nouvelles technologies restent à prévoir. Le second facteur qui favorise l'apparition des

[469] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Editions Dalloz, 1962. p.496. Du même auteur, *Théorie pur du droit*, tradition Eisenmann, Ed. Dalloz, Paris, 1962. p.330s.
[470] R. VANDER-ELST, *Op. cit.*, p.402s.

lacunes, c'est l'atrophie d'une loi, n'ayant pas été rédigée avec précaution ou ayant exclue une possibilité. Ce qui conduit à penser que dans le premier cas, il s'agit de causes matérielles et que dans le second, il s'agit de causes techniques[471].

408. En conclusion, il faut considérer le système juridique dans son ensemble c'est-à-dire l'interprétation des règles par le juge et leur application pour savoir quelles situations seront admises comme des lacunes juridiques[472].

Paragraphe 2 : La nature des lacunes juridiques dans les règles de conflit de compétence internationale

409. Dans ce paragraphe, nous nous interrogerons sur la reconnaissance « existentielle » d'une lacune juridique en matière de conflit de compétence internationale. Une fois découverte l'existence d'une telle situation, il restera à en déterminer l'influence dans un litige soumis à un juge. Dans ce cas, on pourra dire que les règles de conflit de compétence internationale présentent des lacunes. Comme vu précédemment, la nature ou la cause d'une lacune juridique peut se manifester sur des facteurs techniques. Dans un premier cas, le recours aux principes généraux permettra de démontrer une certaine lacune juridique (A). Ensuite, il nous faudra montrer que ces lacunes apparaissent aussi dans la formulation de textes juridiques (B).

A : Le recours aux principes généraux comme preuve de la lacune juridique

410. Pour illustrer ces propos, nous prendront un exemple issu du système juridique irakien[473], ce système favorisant l'apparition de lacunes. Dans ce contexte, le législateur donne aux juges la possibilité de recourir aux principes généraux et aux règles de justice et d'équité, dans le cas où il n'y a pas de texte ou plus de texte en adéquation avec le régime

[471] M.M. SHAMS AL-DIN, *Ibid.*
[472] A-M. HO DINH, *Op. cit.*, p.421.
[473] *Cf.* A. D. HARITH, « La réception du modèle juridique français par le Code civil irakien », *RIDC* 57 n°2, 2005, pp.276 s.

mis en place, ou encore si le texte est vague. L'exemple le plus marquant se situe dans l'article 1 du Code civil irakien[474].

411. Ce dernier reconnaît la notion de lacune juridique comme un ensemble de *« rapports juridiques qui ne sont pas régis par le droit »*. Ainsi, il y a lacune lorsqu'aucune norme régit un litige malgré l'existence d'un besoin, d'un intérêt et/ou d'un objectif sociaux manifesté par le cas d'espèce[475]. Mais, de manière générale, le phénomène de lacune touche souvent la Loi. En outre, les rapports juridiques reconnaissent l'existence d'une hiérarchie entre les autres provenances du droit pour régler un problème juridique en cas de lacune, tout comme dans le Code civil irakien, le juge doit recourir en cas de silence de la loi en premier lieu à la coutume.

412. À défaut de celle-ci, il s'en remettra aux principes du droit musulman. Si ces derniers sont encore silencieux, il lui restera la possibilité de s'appuyer sur le droit naturel et l'équité : c'est une hiérarchie qui permet à un juge de faire dénie sur la juridiction présente et rendue possible. De même en matière commerciale : la compétence est donnée au droit civil pour résoudre les matières pour lesquelles aucune disposition n'a été prévue ni dans le code commercial ni dans une loi spéciale[476].

413. L'article 30 du Code procédure civile irakien prévoit que : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »[477], tout comme l'article 4 du Code civil français[478]. Rappelons qu'en droit, les différents ordres juridiques trouvent leur cohérence

---

[474] Cité par B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, Aix-en-Provence, 1993, 384 p. [Ouvrage en ligne] http://books.openedition.org/iremam/430 (consulté le 16/03/2016). Article 1 du Code civil : « *Art. 1 : 1) Les textes législatifs s'appliquent à toutes les questions qu'ils traitent au moyen de tout indice légal (dilâla shar'iyya). Le juge s'inspire pour les interpréter des intentions (maqâsid) de la charî'a islamique.1 : 2) Si aucun texte de loi n'est applicable, le juge rend son arrêt selon la coutume Çurf) ; en l'absence de coutume, il le fait selon les principes de la charî'a islamique* ». [En ligne :] http://www.iraqld.iq (consulté le 22/09/2014).

[475] L. SIORAT, P. COUZINET, *Op. cit.*, p.131.

[476] D. H. AL-MAMOURI, *« Lacune juridique dans la philosophie de l'État au martyr Mahomet Al-SADR*» [titre traduit de l'arabe], première édition, 2010, publication Dar des connaissances – Beyrouth. p.9.

[477] En ligne sur http://www.iraqld.iq (consulté le 16/03/2016).

[478] Qui prévoit que : Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. [en ligne :] http://www.legifrance.gouv (consulté le 16/03/2016).

et leur finalité grâce aux principes qui les leur confèrent. Selon le professeur Cornu et al, le principe est *« ce qui vient en premier, à l'origine »*[479].

414. Autant les ordres juridiques nationaux que l'ordre juridique international bien qu'ils soient tous deux liés, sont pourtant bien distincts révélant ainsi leur propre principe. Les principes de droits généraux se définissent comme :

> « *Des règles qui ne résultent d'aucun texte écrit ayant valeur juridique, mais auxquelles le Conseil d'État reconnaît valeur législative et même constitutionnelle*.[480]»

415. Ainsi comme le souligne le professeur Pierre Gannagé :

> « *certains principes du droit sont propres international, alors que d'autres sont propres à des ordres nationaux déterminés. Le droit international permet de vérifier l'intérêt de cette distinction. Les relations privées internationales qu'il doit régir mettent en contact les différents ordres juridiques nationaux et les principes qui les fondent*.[481] »

416. Les principes du droit international privé répondent à ces objectifs. Ils doivent chercher à développer l'ordre juridique international sans détruire la cohésion des ordres juridiques nationaux, ni compromettre les droits des parties dont la protection doit être assurée par l'effectivité des solutions. Ces considérations ont conduit le grand juriste allemand Wengler à formuler et approfondir ces principes dont la conciliation s'avère souvent difficile « *principe de l'ordre public international, harmonie matérielle, harmonie internationale des solutions, effectivité des décisions judiciaires*[482]. » La découverte de ces principes peut résulter de la méthode comparative, de la recherche dans les systèmes juridiques des différents pays des impératifs communs qui fondent le règlement du conflit de lois, et dont la réception s'effectue dans le respect de la tradition et des données propres de chaque État[483].

---

[479] G. CORNU et al, *Vocabulaire juridique*, P.U.F, Paris, 2000.
[480] M. KDHIR, Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice, Editions Bruylant, 2000, p.258.
[481] P. GANNAGE, « La réception des principes du droit international privé dans les systèmes juridiques proche-orientaux », Centre d'études du droit du monde arabe, Université Saint-Joseph de Beyrouth, 2008. [Article en ligne] http://www.cedroma.usj.edu (consulté le 16/03/2016).
[482] W. WENGLER, « Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits », *Revue critique du droit international privé*, 1952, p.595s.
[483] E. ABDULLAH, « La philosophie du législateur égyptien en matière de conflit de lois », *Egypte contemporaine* 340, 1970, p.29s.

417. Dans le droit irakien, l'utilisation d'un tel principe a été jugé insuffisante dans le domaine des conflits de lois et de compétence car le juge devait en premier se référer aux principes du droit international privé. Désormais, en matière d'Internet, seules certaines règles peuvent être appliquées pour résoudre les litiges présentés au juge. La raison en est la nature immatérielle des litiges liés à Internet. En résulte, que la lacune dans les règles de conflit de compétence internationale prend deux aspects :

- La nature propre à Internet : son immatérialité ;
- La nature technique des règles de conflit de compétence internationale.

418. Ce qui nous amène à une déduction simple : la lacune adopte deux significations dont la première est l'insuffisance des normes et leur inadéquation à un moment précis sur le plan social[484]. Par ailleurs, le professeur Pierre Gannagé nous dit que :

> « *dans le domaine du droit, les principes constituent le fondement des différents ordres juridiques à qu'ils confèrent leur cohérence et leur finalité. Les ordres juridiques, quoique non cloisonnés et communicants, demeurent cependant distincts et peuvent relever chacun de principes spécifiques*.[485] »

419. Bien évidemment dans cet exemple il faut resituer le contexte paradoxal de deux principes qui se muent entre eux pour tenter d'uniformiser l'ordre juridique de l'État. Dans cet exemple, les principes de droit interne s'effacent au détriment du principe universel tout en prenant compte des valeurs fondamentales. Ainsi :

> « *Les principes du droit international privé répondent à ces objectifs. Ils doivent chercher à développer l'ordre juridique international sans détruire la cohésion des ordres juridiques nationaux, ni compromettre les droits des parties dont la protection doit être assurée par l'effectivité des solutions*.[486] »

420. Cependant, une nouvelle réglementation n'est que satisfaisante si en se substituant à l'ancien régime, elle comble les « vides juridiques » et ne les répète pas et tout en les comblant, elle apporte davantage de précisions évitant par la suite de nouvelles lacunes et permettant par-là même une certaine *unification juridique*. Ce principe d'harmonisation est

---

[484] L. SIORAT, P. COUZINET. *Op. cit., p.* 131 s
[485] P. GANNAGE, *Op. cit.,*
[486] H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, tome 1, 8ème édition, L.G.D.J, Paris, 1995, n° s 266.

étudié comme *infra* par W. Wengler[487] et dans cette harmonisation, on peut voir toute la complexité d'unir des principes anciens à des principes de droit moderne. Ces changements vont se répercuter dans des situations touchant des lois de police ou de sureté du citoyen, car malgré une refonte du droit irakien, certains principes sont conservés pour préserver les intérêts des États dans les relations internationales mais aussi pour préserver une relation avec le citoyen.

421. Maintenant que nous avons connaissance de ces principes, la méthode comparative reste une bonne méthode de recherche. Ce que l'on veut prouver en faisant des comparaisons, au sein de différents systèmes juridiques, ce sont des impératifs communs qui fondent le règlement du conflit de lois dont la réception s'effectue dans le respect d'une part de la tradition et d'autre part des données propres de chaque État[488].

422. Il faut tout de même souligner que ces principes ne s'opèrent nullement de manière abstraite en droit international privé et qu'il doit respecter un certain cheminement : *primo,* il doit être adapté au système juridique interne. *Secundo,* une fois en adéquation avec le système juridique interne il pourra y être inséré par le législateur en droit d'inclure ce nouveau principe. Comme l'observe le professeur Pierre Gannagé, il y a des manifestations qui se muent à travers deux fonctions généralement assignées aux principes généraux du droit international privé :

- La rationalisation et la préservation de la cohésion du droit positif ;
- La protection des valeurs essentielles qui fondent les diverses dispositions[489].

423. En résulte, que les principes du droit international privé n'occupent qu'une place subsidiaire. Décisives que dans le cas où il y a silence des règles législatives ou des conventions internationales. Ayant des sources écrites assez pauvres, les jurisprudences ont dû se référer aux sources informelles du droit. Comme le déduit Bruno Oppetit :

> « *la doctrine et la science joueront un rôle prédominant dans l'élaboration et le développement des principes et des règles du droit international privé*[490]».

[487] P. WEIL, *Ecrits de droit international*, P.U.F, 2000, p.379.
[488] E. ABDULLAH, *Op. cit.*, p.31.
[489] P. GANNAGE,. *Op. cit.*, p.3.
[490] B. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant,* Recueil des cours – Tome III, 1992, p.339.

424. Si l'on s'attarde sur les lacunes des règles en droit irakien, on peut s'apercevoir qu'elles sont très présentes, ce qui explique le recours fréquent aux principes du droit international privé. Comme dans l'article 30 du Code civil irakien: « En l'absence d'une disposition dans les articles précédents concernant les cas de conflits de lois, les principes du droit international privé qui sont les plus couramment connus (répandus) doivent être appliqués [491]».

425. Il est difficile que ces normes ou ces principes du droit international privé aboutissent à une réponse définitive. Par ailleurs, le droit n'est pas conçu pour donner de réponse de manière définitive vu qu'il évolue selon les circonstances de la vie. Dans cette réalité de la vie, deux facteurs sont pourtant inhérents. L'interprétation des principes juridiques n'est jamais uniforme dans sa nature et par ce fait, il y a des incertitudes[492].

426. Il suffit de regarder le caractère évolutif de notre milieu politico-social pour en déduire que c'est une des causes majeures de cette impossibilité même d'uniformisation. En effet, les juristes sont accoutumés au fait que les situations juridiques ne sont pas définitivement réglées dès lors que des règles existent. Ensuite, les mœurs évoluent avec le temps, ce qui oblige le législateur à adapter les règles de droit existantes pour continuer à régir efficacement les situations concernées. Ces dernières deviennent caduques et doivent être remplacées par de nouvelles, c'est l'un des phénomènes les plus récurrents depuis l'avènement d'Internet[493].

427. D'ailleurs, l'articulation juridique est parfois instituée par le législateur qui donne l'alternative aux parties de faire appel aux modes de règlement non traditionnels des litiges, avec arbitrage ou par le biais d'un tribunal virtuel. C'est, en somme, une reconnaissance tacite des lacunes. Force est de constater que l'arbitrage est souvent les recours des parties en droit international privé. Ce qui donne aux parties souvent des solutions plus équitables face à un vide juridique. Pour donner un exemple, la CNUDCI[494]

---

[491] *Cf.* chapitre 2 Titre 1.
[492] M.M. SHAMS AL-DIN, *Op. cit.*, Voir aussi L. SIORAT et P. COUZINET, *Op. cit.*, p.145s.
[493] L. HOUDE, Internet et le paradigme juridictionnel, 2002. p, 152
[494] Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. CNUDCI est l'acronyme de "Commission des Nations Unies pour le droit commercial international". Créé en 1966, la CNUDCI est le principal organe juridique du système des Nations Unies

élucide de nombreux différends commerciaux par son propre règlement, car les règles traditionnelles ont souvent perdu de leur force passée, elles ont parfois perdu leur sens et sont plus souvent remises en question du fait d'un nouvel environnement. Sans oublier que le juge sera plus directement influencé par les décisions politiques, les intérêts nationaux, le critère de la nationalité, du patriotisme, etc. *In fine*, des décisions injustes et non impartiales apparaissent dans ce paysage juridique.

428. En fait, le développement d'Internet a favorisé l'apparition de lacunes dans les règlements de conflits de compétence internationale. Internet pose un problème spécifique à ce niveau puisqu'il utilise des moyens informatisés de traitement de l'information pour mettre en relation des individus et les lier juridiquement par un contrat. Dans ce réseau, les règles de conflit n'arrivent pas à définir les litiges liés à Internet. Dans une diffusion quasi globale d'Internet à travers les dernières technologies (Smartphone, montre, télévision…), et à travers des méthodes de paiements, de transactions, de contrats, etc., il faut s'interroger quant à l'absence de normes spéciales qui doivent pourtant répondre aux litiges présent dans cet espace virtuel. Le phénomène le plus visible reste cette distance entre les règles de conflit et Internet. Il semblerait que la méthode dite d'analogie semble être à même de pouvoir lier les litiges classiques aux litiges liés à l'usage d'Internet, par le biais d'une interprétation qui évolue au fil du temps. Mais cette méthode analogique peut montrer des failles : d'une part elle est interprétative ; d'autre part, les litiges traditionnels ne sont pas les mêmes car les notions de virtualité et de distance diffèrent dans cet espace. Selon le Professeur Paul Lagarde,

> « *L'existence de règles juridiques et d'une société qui les produit sont les deux conditions à la base de tout ordre juridique. D'une part, il y a la présence d'un ensemble de règles et d'autre part, il y a l'existence d'une société créant ces normes*.[495] »

429. Internet coïncide assez mal avec ce texte, n'étant pas forcément conçu en lien avec les ordres juridiques déjà en place. Il n'y a pas encore de « *lex mercatoria numerica* » et la

---

dans le domaine du droit commercial international. *Cf.* http://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/cnudci.html.

[495] P. LAGARDE, « Approche critique de la lex mercatoria », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1982, p. 125.

localisation reste un critère trop litigieux concernant le cyberespace[496]. L'histoire d'Internet étant jeune, les lois en la matière sont moins pointilleuses, *l'expérience ouverte*[497] de cet espace montre encore d'autres perspectives aux juridictions. Dans les commerces électroniques, il y a possibilité d'absence de règles et donc lacunes juridiques.

430. D'autre part, la lacune peut survenir suite à une incertitude créée par l'absence de règles de conflit de compétence claires au sein même des tribunaux. Le résultat s'apparente soit à un conflit de compétence positif, soit à un conflit de compétence négatif[498]. Dans le premier cas, il s'agit de conflits d'attribution. Soit le juge compétent se prononce bien que cette compétence soit contestable, soit les juges des deux parties se déclarent incompétents. Le second cas concerne le fond du droit : les juges qui se sont dits compétents donnent sur le fond des décisions controversées par rapport à la juridiction, ce qui suggère un déni de justice laissant, comme nous l'avons mentionné, les parties sans réel éventualité de conclure leur litige[499].

431. Cependant, malgré ce « vide juridique », il y a une régulation qui peut être mise en place dans les conflits de juridiction par des mécanismes de *litispendance*, et par la règle de *necessitatis forum*[500]. Dans ce dernier cas, aucun tribunal ne se déclare compétent et laisse les parties les mains vides sans possibilité de régler leur litige. Ce « vide juridique » s'apparente à un « déni de justice ». En effet, la cour ne se déclare pas compétente pour deux raisons : la première est le défaut de base juridique ; la deuxième est en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation qui lui donne la capacité de décliner sa compétence[501].

---

[496] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.478.
[497] Cf. F. GILLIARD, L'Expérience juridique: esquisse d'une dialectique, Editions Droz, 1979, pp. 76 s.
[498] H. VAN-LITH, International Jurisdiction and Commercial Litigation, *Op. cit.,* P. 39; L. SIORAT, P. COUZINET, *Op. cit.*, p. 169 s
[499] *Ibid*.
[500] « Jurisdiction based on the forum necessitatis should, however, be exercised only if the dispute has a sufficient connection [...]. Or: The forum necessitatis rule ensures that, where no court of a Member State has jurisdiction pursuant to the Regulation [...]. » [En ligne :] http://www.linguee.de/englisch-deutsch/uebersetzung/forum+necessitatis.html (consulté le 16/03/2016). *Cf.* par exemple, l'article 11 - Forum necessitatis de la nouvelle convention de Bruxelles qui prévoit que : « *Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu d'autres dispositions du présent règlement, les juridictions d'un État membre peuvent, dans des cas exceptionnels, statuer sur la succession si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit. L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie.* » [En ligne :] www.lynxlex.com (consulté le 16/03/2016). Dans le même sens lire l'article 7 de cette convention.
[501] H. VAN-LITH, International Jurisdiction and Commercial Litigation, *Op. cit.,* P. 39

431. Dans ces cas, plusieurs systèmes s'appliquent. La régulation des conflits de juridiction se fait par des mécanismes de litispendance, et par l'application de la règle de *necessitatis forum.* Les articles 29 et 30 du Code judiciaire belge[502] s'appliquent à ce niveau mais ils ne surviennent pas dans tous les litiges (dans certaines demandes de divorce par exemple). Par contre, le cas de litispendance peut, comme l'affirme Dominique Mougenot :

> « *engendrer un risque de contradiction entre les décisions qui seraient prononcées, si on laissait chacune des juridictions saisies trancher le litige qui lui est soumis.*[503] »

432. L'auteur rajoute par la suite, qu'il y a une solution : l'article 565 du Code judicaire belge[504]. Toutefois, selon le professeur Hélène Van Lith, celui-ci ne suffit pas à régler l'incertitude de compétence quant au tribunal à saisir en premier lieu[505]. Nous distinguons deux hypothèses :

- Les règles de droit ont été perpétuellement inappliquées ;
- Les règles ne sont plus existantes.

---

[502] JUSTEL- Législation consolidée de 1970, (mis à jour le 15/05/2014), Code judiciaire - première partie : principes généraux. Article 29 : *« Il y a litispendance toutes les fois que des demandes sont formées sur le même objet et pour la même cause, entre les mêmes parties agissant en même qualité, devant plusieurs tribunaux différents compétents pour en connaître et appelés à statuer au premier degré de juridiction. »* Article 30 : *« Des demandes en justice peuvent être traitées comme connexes lorsqu'elles sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps afin d'éviter des solutions qui seraient susceptibles d'être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.* » [En ligne] http://www.ejustice.just.fgov.be (consulté le 16/03/2016).

[503] D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Editions Larcier, 2009, pp. 158 s.

[504] *Ibid.*, Article 565 : « En cas de litispendance les demandes en justice sont jointes, soit d'office, soit à la demande de l'une des parties. Le renvoi a lieu suivant l'ordre de préférence ci-après:
1° le tribunal de la famille [2 visé à l'article 629bis, §1] est toujours préféré;
2° le juge de paix [2 visé aux articles 628, 3° et 629quater] est toujours préféré;
3° le tribunal qui a rendu sur l'affaire un jugement autre qu'une disposition d'ordre intérieur est toujours préféré;
4° le tribunal de première instance est préféré aux autres tribunaux;
5° le tribunal du travail est préféré au tribunal de commerce;
6° le tribunal du travail et le tribunal de commerce sont préférés au juge de paix;
7° le juge de paix est préféré au tribunal de police;
8° le tribunal le premier saisi est préféré à celui qui a été saisi ultérieurement.
Toutefois lorsque l'une des demandes relève de la compétence exclusive d'un tribunal, seul ce tribunal est compétent pour connaître de l'ensemble des demandes.
Lorsque deux ou plusieurs demandes relèvent de la compétence exclusive de deux tribunaux distincts, le renvoi peut avoir lieu conformément à l'ordre de préférence déterminé ci-dessus.
Les dispositions des articles 661 et 662 sont applicables en cas de renvoi du chef de litispendance. »
[En ligne] : http://www.ejustice.just.fgov.be. (consulté le 16/03/2016).

[505] H. VAN LITH, International Jurisdiction and Commercial Litigation,*Op. cit.*, p.39.

433. On peut souligner que dans les deux cas, il s'agit d'une impuissance judiciaire, dans la loi directement écrite dans le droit et non dans le droit coutumier. Ce qui implique une certaine durée de pratique effective[506]. En définitive, le droit repose en dernière analyse sur une *philosophie des valeurs* en fonction desquelles une règle pourra être qualifiée de juridique et créera des obligations pour l'activité humaine[507]. L'essor des activités économiques en ligne a suscité dans les premiers temps un discours de la part des adeptes de la thèse du « vide juridique ». Selon eux, le droit n'aurait pas prévu l'irruption des nouvelles technologies. Cette dénonciation du vide juridique repose parfois sur une méconnaissance du système. Mais elle cache le plus souvent une dénonciation de *« l'état indésirable des règles*[508]*»*. Mais selon Olivier Cachard[509], le discours sur le vide juridique semble s'être s'estompé sauf, et c'est ce qui est mis en lumière par Olivier Cachard, dans le droit international privé. Dans son ouvrage, il veut montrer que les règles étatiques sont importantes voire trop imposées dans le domaine lié à Internet, donc relevant de la science du droit international privé. Selon lui, il y a débats de tendances doctrinales : d'aucuns pensent qu'il s'agit là d'une conception territorialiste du droit international privé, ce qui tend à un certain droit américain où il demeure une préférence d'usages de critères « purement matériels». Ce qui suggère de renforcer l'idée d'une inadéquation avec le système immatériel qu'offre Internet. Dans les litiges liés au cyberespace, on comprend mieux cette esquive de la part de la juridiction américaine, car il n'y a pas de preuve matérielle, ce qui nuirait à la mise en œuvre de leur système juridique. Olivier Cachard montre que derrière cette doctrine s'oppose une autre tendance qui décrit cette doctrine comme un *artifice rhétorique*[510].

434. Ce mouvement semble s'orienter en faveur d'un droit matériel transnational qui a pour but de réglementer les activités électroniques, ce qui serait tout à fait justifié en raison du caractère transnational d'Internet. Pourtant, ce mouvement se fait quelque peu chahuter

---

[506] *Cf.* J. CARBONNIER, *Flexible droit*, L.G.D.J. 10ème Edition Lextenso, 2001, p. 137.
[507] *Cf.* P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Editions Dalloz, 2005, p. 317.
[508] Malgré celle-ci, le Conseil d'État français semble valider la thèse de la complétude du droit. En effet, dans un rapport détaillé en date du 2 juillet 1998, la juridiction affirme que: « *l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet, notamment les règles de protection du consommateur et celles garantissant le respect de l'ordre public. Il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux* ».
[509] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit*., p.13.
[510] *Ibid*.

en raison de justifications dites « erronées », mettant étroitement en lien le droit et Internet, ce qui parait périlleux car comme déjà sous-entendu : Internet ne se créa point en vue d'un quelconque droit. En effet, la critique voit dans cette position une tentative dissimulée pour instaurer un *monisme* juridique[511].

435. Toutefois, selon Vincent Gautrais, à cela s'ajoute encore une autre doctrine qui dénonce ainsi l'existence de lacunes juridiques dans le domaine lié à Internet et pointe du doigt les apports très limités du droit international général en matière de règles de conflits de lois et de juridictions. En d'autres termes, *« ce droit est trop permissif et montre ses limites quant au droit des conflits*[512]*»*. Admettre que le droit international soit silencieux ou totalement permissif sur les questions touchant la compétence internationale de l'État en droit privé, revient à admettre que l'ordre juridique international est impuissant pour réglementer les rapports privés sur le plan international[513]. Selon le professeur Pascal De Vareilles-Sommières, dans son hypothèse d'un droit pluraliste en opposition avec le monisme ou le dualisme du droit, il évoque l'idée que :

> « *Dès qu'il y a une question de droit qui se pose à l'occasion d'un rapport juridique donné, plusieurs réponses différentes et simultanément douées de validité juridique peuvent lui être apportées par différents ordres juridiques*.[514] »

436. Pour conclure ce point, nous pouvons seulement constater que les différentes doctrines qui sont divergentes et sont loin de s'unir sur un système qui effacera tous les litiges apportés par le cyberespace dans les principes généraux, Pour certains c'est le seul témoignage des lacunes qui existent et pour d'autre, ce sont des prétextes pour tenter de créer des conflits supplémentaires au sein de la juridiction étatique alors que d'autre problème sont prioritaires, car les lacunes font parties du droit comme de la vie : elles sont inévitables.

---

[511] *Ibid.*, p. 11.
[512] V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLEF, *Op. cit*, p.145.
[513] P. DE VAREILLES-SOMMIERES, La compétence internationale de l'état en matière de droit privé, L.G.D.J, Paris, 1997, p.146.
[514] *Ibid*., p.277.

B. La reformulation du texte juridique

437. Dans ce point, nous allons aborder une autre possibilité pour le concept de lacune de surgir dans la reformulation de texte juridique. Cette reformulation est inséparable de plusieurs facteurs dont les qualifications de la personne qui effectue le processus de reformulation ou encore dans le processus même de formulation[515]. Deux caractères en ressortent :

- L'art de formuler une règle juridique qui va permettre d'éviter toutes lacunes ;
- Le professionnalisme, la force d'un texte rédigé par un législateur qui sera en mesure de rendre le texte à la fois neuf (compris dans son contexte social), concis et compréhensible de tous, sans obscurité donc. Comme établi dans le *Guide de legistique* :

> « *Les mots empruntés au langage juridique ou au vocabulaire technique doivent être employés dans leur sens précis. Le corps des règles de droit applicable est fait d'un ensemble de termes qui ont souvent une origine lointaine et ont acquis au fil du temps une acception très précise, qu'il convient de respecter*.[516] »

438. En plus de toutes les formalités à respecter dans l'élaboration d'un texte juridique, le texte sera soumis à diverses analyses, discutées plus loin, ayant pour finalité de remettre le texte dans un équilibre propre à son époque[517]. Le législateur, dans sa reformulation, doit pleinement considérer la formule comme adéquate à son système social, pour ne pas créer de décalage entre les mots et les faits engendrés par ces mots. Même si l'essence est le but du texte juridique, la forme de ce texte reste le moyen d'arriver à cet objectif. Il y a donc, dans la formulation d'un texte, une difficile séparation entre sa forme et son essence. La forme est réalisée par « formulation juridique », qui va mettre en place les valeurs qui forment le matériau de la loi, avant de les appliquer. Les outils qui vont permettre cette formulation doivent être acquis par le législateur même si le style du texte dépend à la fois de la formulation législative et à la fois du style particulier propre à chaque individu[518].

---

[515] D. H. AL-MAMOURI, *Op. cit.*, p.21
[516] *Légifrance* (mis à jour le 12/12/2012), « Guide de legistique : 3.3.2 Choix des termes et des locutions juridiques ». [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr (consulté le 16/03/2016).
[517] D. H. AL-MAMOURI, *Op. cit.*, p.24.
[518] *Ibid*., p.16.

439. On peut classer, parmi ces styles de formulations, des textes plus abstraits, d'autres étant souples ou à l'inverse rigides, etc.

1. De l'abstraction et de la généralité du texte

440. Tout d'abord, une formulation juridique est un processus de langage qui doit convenir d'une traduction réciproque entre les facteurs extérieurs du monde juridique et leur convention, afin que l'application des règles soit efficace. Comme nous l'avons vu, l'art de formuler est un travail qui suppose d'être concis et clair avec un choix de mots très obtus. Cette règle de formulation se caractérise aussi par la généralité et l'abstrait qui est au goût du législateur sans trop s'éloigner de son objectif. Le texte, se déclarant être pour tous, doit se désunir de son caractère personnel et général que le législateur aurait tendance à retranscrire parce que la langue lui est coutumière ou par ces origines[519].

441. Le texte doit être général et impersonnel s'il veut être compris de tous et se situer dans une position d'impartialité. D'ailleurs, on rencontre souvent une formule du type : « Quiconque … » ou « Toute personne … ». Ce type de formule vise simplement à ne désigner personne en particulier, elle s'adresse à tous de manière très générale. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les règles de droit ont cette vocation de réunir ou de régir toutes les personnes, ces règles dans leur énonciation concernent toutes les personnes afin que personne ne puisse s'y exclure à un moment propice[520]. Il est vrai que certaines règles de droit visent un groupe en particulier, tels que les salariés, les employeurs, les médecins, les propriétaires, les époux, les automobilistes, etc., mais toujours de manière assez générale afin d'éviter toute discrimination dans le texte et dans les faits. Donc, même si la règle vise une catégorie à laquelle une seule personne appartient, (ex. Le président de La République en fonction), elle conserve un caractère général parce qu'elle ne nomme personne en particulier. Autrement dit, la généralité signifie que

> « *La base juridique est formulée par une forme générale qui accueillent les hypothèses et les cas de non-finis, il ne traite pas de mentionner quelqu'un par son nom ou bien un travail spécifique, mais de déterminer ce qui doit être réalisé à partir d'un*

[519] H. KERA, *Introduction au droit- la théorie du droit* [titre traduit de l'arabe]. Almaréf, Alexandrie, 4e édition, 1971, p.205s. F. TERRE, *Introduction générale au droit – Livre 3, titre 1*, 9ème Editions Dalloz, Paris, 2012, p.525.
[520] H. KERA, *Op. cit.*, p.23.

caractère de la personne à être appliquée, elle et ce qui doit être remplie par les conditions de la loi doit être appliquée à son contenu.[521] »

442. Ainsi, dans cette formule générale, le texte conserve son double impératif : l'égalité de tous et la sécurité. La part abstraite, quant à elle, apparait dans la formulation pour invoquer des situations similaires ou plausibles tout en étant simultanément liée à ce caractère général du texte. Par abstrait, il ne faut pas lire « enlevé à toute réalité » mais plutôt lié au caractère nécessairement fictionnel de la juridiction (rédaction de lois non appliquée qui restent du domaine de la fiction pendant un cours instant) ; il faut toujours se méfier de l'idée prégnante que le droit s'adapte au fait et aussi de l'idée selon laquelle une règle doit être abrogée parce qu'elle n'est plus appliquée, car elle pourrait toujours être applicable. Cela repose sur un *syllogisme juridique*[522] : il y a des termes comme « l'homme », « le dommage », « Internet », « les faits », etc., ces termes reposent sur une part d'abstrait permettant ainsi de concevoir d'infinies situations concrètes dans une seule formule concise et de permettre une application choisie par le législateur. De fait, le législateur peut se placer dans ces situations par le biais de l'abstraction. Il est par ailleurs difficile pour le législateur de concevoir en pratique des règles qui seraient spécifiques pour chaque individu ou chaque incident. Cependant, le texte étant général et abstrait, on peut en déduire que ce sont là aussi des moyens de créer une lacune juridique. En plus de son caractère obligatoire, c'est-à-dire que le texte promulgué contient ce caractère obligatoire et est mis à disposition de tous par sa diffusion, afin de ne pas contrevenir à l'adage *Nul n'est censé ignorer la loi*[523]. Ce côté fictionnel du judiciaire s'impose pourtant directement à un monde bien réel, d'où la nécessité d'être vigilants quant aux choix des mots dans leur contexte. Auquel cas, il faut ajouter la dimension de temps, la date, le délai[524] qui font qu'un texte entre du côté de la fiction au côté décisionnel pratique ou, vulgairement, passe de la théorie à la pratique.

---

[521] A. B. AL-BAKRI, *Introduction au droit et la loi islamique* [titre traduit de l'arabe], partie 1, Publication de l'Arts de Najaf, 1972, p.36.
[522] E. DAMETTE, *Didactique du français juridique*, Editions L'Harmattan, 2007, p.223s. M.M. ABRAHAM, *Théorie de la procédure* [titre traduit de l'arabe], Dar Al Fakher, Caire,1982, p.311.
[523] DH. H. Al –MAMOURI, *Op. cit.,* p.20.
[524] A. BORILLO, C. VETTERS et M. VUILLAUME, *Regards sur l'aspect,* Edition Rodopi, 1998. p.266.

2. Le type de formulation juridique

443. Le droit contribue à créer, empêcher ou réduire la lacune juridique par sa formulation. Une formulation souple facilite l'application de la loi dans un contexte social qui a ultérieurement évolué. L'interprétation se fera donc dans la recherche de l'esprit de la loi ou la pensée du législateur. Cependant, elle favorise le développement de lacunes juridiques. D'après M. Obidzinski :

> « *Augmenter la flexibilité oblige le producteur de droit à diminuer la précision de la règle afin d'obtenir un énoncé plus général*. »[525]

444. Tandis qu'à l'inverse, une formulation rigide exclurait toutes autres interprétations non prévues par la loi et on aboutirait à une application littérale et au sens strict de ses termes. Selon Obidzinski :

> « *Un droit flexible est un droit qui laisse une marge de discrétion au juge. Il est caractérisé par des règles générales ou incomplètes*.[526] »

445. Dans le cas d'un texte rigide, la formulation qui fait face à certains faits et hypothèses doit être spécifique pour répondre à une solution qui sera spécifique ou précise. Le texte se précise en vue des situations présentes laissant alors peu de place aux hypothèses et à une grande liberté d'interprétation. Le juge n'a dès lors pas de liberté d'appréciation, le texte n'offre que peu de chance aux différences individuelles et aux circonstances disparates et rend les choses communes. Ce texte devient de plus en plus précis et répond à sa quantité de mots. Un texte peut devenir ou sembler plus rigide selon la traduction nouvelle apportée par le législateur de par la nouvelle langue ou une traduction qui se modernise dans la langue maternelle[527].

446. Dans la rigidité d'un texte, il y a une volonté d'apporter de la stabilité tout en respectant une certaine limite quantitative de mots pour ne pas nuancer ou assombrir la compréhension du texte. On peut citer par exemple l'article 17-3 du Code civil français, et

---

[525] M. OBIDZINSKI, *Economie d'un droit flexible*, Economies and finances, Université Nancy II, 2006, p.186.

[526] M. OBIDZINSKI, *Op. cit*, *introduction sur le rôle de la jurisprudence en droit international privé. Cf.* également J.FOYER, « La jurisprudence en droit international privé entre création et adoption de la règle de droit », *Arch.phil.droit.* 50, 2006. pp(261-276) .

[527] C. BOCQUET, *La traduction juridique: Fondement et méthode*, Editions De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2008, p. 87.

l'article 106 du Code civil irakien[528] car ils donnent, par des chiffres, un stade limite à l'âge. Il en est de même si le texte se veut être inchangé (bien que non recommandé) ou si il veut émettre une valeur de temps, de qualité qui ferait défaut si elle n'était pas présente[529].

447. Dans le cas d'un texte flexible, la base juridique peut être flexible si son hypothèse était flexible, ou si sa solution était flexible, ou si chacun d'entre eux était également flexible. Le législateur peut utiliser ce type de procédé pour éviter que la situation soit trop précise et de ce fait exclure toute autre possibilité. Il en résulte une conclusion pénale qui varie entre deux extrêmes : supérieure et inférieure. Définit par Bruno Maggi :

> « *La flexibilité, avec ses déclinaisons, est plus souvent présupposée que définie, elle n'appartient à aucune discipline en propre et – vertigineuse réflexivité – est elle-même atteinte de flexibilité…*[530] »

448. De plus, le professeur Dan Kaminski[531] montre que ce terme au sens juridique se caractérise par son extensibilité, adaptabilité, sa docilité (par « docilité », il fait référence à Jean Carbonnier[532]). Pour finir, il démontre que la flexibilité apporte plus de tolérance quant à la décision prise par les tribunaux mais que cette flexibilité est concurrencée par un discours qui selon lui se rigidifie de plus en plus. Dans la flexibilité, l'arbitraire du juge devient parfois trop important[533]. Cette flexibilité serait une des causes de lacunes car elle ne permet en rien de répondre à une technologie émanant d'Internet et donnant par-là même une interprétation du juge trop importante qui n'est pas à même de connaitre toutes les technologies réelles et à venir. Cela étant, la Loi n'est pas un corps statique et elle n'a

---

[528] Légifrance, (mis à jour le 21 novembre 2007), Code civil, Article 17-3 : « Les demandes en vue d'acquérir, de perdre la nationalité française ou d'être réintégré dans cette nationalité, ainsi que les déclarations de nationalité, peuvent, dans les conditions prévues par la loi, être faites, sans autorisation, dès l'âge de seize ans. » [En ligne] http://legifrance.gouv.fr (consulté le 16/03/2016). De même concernant le droit irakien, l'aricle 106 énonce que : la majorité est fixée à 18 ans révolus, d'après le calendrier grégorien. [titre traduit de l'arabe], [En ligne] http://www.iraqld.iq/ (consulté le 12/04/2015).

[529] T. H. FARAQ, *Introduction au droit,* « Section I - Théorie générale du droit » [titre traduit de l'arabe], Al Dar universitaire. 1993. p 165 s.

[530] B. MAGGI, « Critique de la notion de flexibilité », *Revue française de Gestion*, n°162, 2006, pp.35-49.

[531] D. KAMINSKI, *La flexibilité des sanctions: 21e siècle.* Journées juridiques Jean Dabin, Edition Bruylant, 2012, introduction. [En ligne] http://fr.bruylant.larciergroup.com (consulté le 16/03/2016).

[532] D. KAMINSKI, *Op. cit.*, p.9, parlant de J. CARBONNIER J., *Flexible droit*, L.G.D.J., Paris, 2001, p.7.

[533] T.H. FARAQ, *Op. cit.*, p.166.

jamais été pensée comme tel, car elle doit répondre simultanément avec les exigences qui lui sont imposée par son monde[534].

Section 2 : La thèse de l'inefficacité des règles de conflit de compétence

449. Aujourd'hui, Internet de par sa nature (globale et immatérielle) tend à décentraliser les individus des lois qui sont régies par un territoire dont chacun est soumis physiquement et moralement. La difficulté sur le plan international est de déterminer le rattachement géographique d'une juridiction qui doit se plonger dans une cartographie des plus ambiguës. Des questions se posent quant à savoir si l'efficacité des règles de conflit de compétence est encore visible. Certains affirment qu'il y a une baisse d'efficacité en disant qu'Internet a dépassé certaines lois les rendant désuètes et dépourvues d'intérêt. Dans cette seconde section, nous allons examiner cette inefficacité en deux paragraphes : le premier traitant du principe même d'inefficacité et le second traitant des défauts de rattachement qui sont liés aux règles de conflits de compétence internationale.

Paragraphe 1 : La détermination du principe de l'inefficacité

450. Pour comprendre le principe de l'ineffiacité, nous devons dans un premier temps le rapprocher et le différencier du principe d'effectivité ou d'ineffectivité (A) ; puis en second lieu, le rapprocher et le différencier du principe d'efficience du droit ou de validité (B).

A. L'effectivité et l'ineffectivité du droit

451. Pour la règle de droit, nous pouvons dire qu'il y a efficacité lorsque l'objectif de la loi est atteint. Selon le Doyen Cornu, l'effectivité est « le caractère d'une règle de droit qui

[534] *Cf.* D. L. JR KIDD et W. H. DAUGTHREY, Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions, in *Rutgers Computer and Technologie Law Journal*, LJ n°215, University of Virginia, 2000. [En ligne] http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/Kidd_Full.html (consulté le 16/03/2016).

produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement»[535]. Un autre auteur définit ce terme d'effectivité par « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit»[536]. En résulte une doctrine qui n'est pas unanime sur la définition, il y a deux conceptions qui en débouchent : la première étant souvent défendue par le juge (concept restrictif) et la seconde étant défendue par les sociologues du droit (concept extensif)[537].

452. Nous allons partir des théories mises en avant par le professeur François Rangeon[538], qui seront confrontée à d'autres doctrines. Selon le professeur Rangeon :

> « *La première approche inscrit la question de l'effectivité dans le cadre des rapports droit/application du droit, alors que la seconde l'élargit aux relations droit/société*.[539] »

453. Donc, les juristes conçoivent le principe de manière restrictive ou normative, ce qui témoigne d'une application correcte de la lettre ou du moins comme le souligne Rangeon : d'un esprit de la loi[540]. *A contrario,* selon lui, les sociologues juridiques pensent que l'effectivité du droit ne peut s'établir sans l'accord de ses destinataires, c'est-à-dire des sujets de droit (personnes physiques et morales), ces derniers ne pouvant pas le refuser ou en ignorer le contenu. La définition apportée par Monsieur Rangeon sur l'ineffectivité vient par opposition simple à l'effectivité : *« l'ineffectivité c'est l'échec, la lacune ou un défaut de droit »*[541]. Il rajoute : *« l'ineffectivité intéresse directement les juristes et les sociologues du droit »*.

454. Nous pouvons constater que d'une part, il s'agit d'un moyen de vérifier de l'effectivité quant à la mise en place d'une loi qui a été édictée, d'autre part, il s'agit de confondre une fiction juridique qui se manifeste désormais dans le champ réel, avec ses conséquences réelles sur les individus, dans un temps donné. L'effectivité se rapproche fort

---

[535] G. CORNU, *Op. cit.,* p.334.
[536] P. LASCOUMES, « Effectivité », in À. J. AMAUD et al, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J et Story-scientia, 1988.
[537] Termes repris par J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit – Année sociologique 1957-1958 » in *Flexible droit*, L.G.D.J. 3ème Edition, 1976, p.99. P. LASCOUMES et E. SEMEIN, Théories et pratiques de l'effectivité du Droit, *Revue Droit et Société* n° 2, 1986, p.101s.
[538] F. RANGEON, *Réflexion sur l'effectivité du droit : Les usages sociaux du droit*, P.U.F, Paris, 1989, p.126s. [En ligne] https://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf (consulté le 13/03/2016).
[539] F. RANGEON, *Op. cit*, p.126.
[540] *Ibid*.
[541] *Ibid*.

du principe d'efficacité ce qui vient à dire qu'elle permet d'évaluer les résultats et les effets sociaux du droit. E. Picavet définit ce terme d'un point de vue économique :

> « *L'efficacité renvoie à un acte ou à une décision qui produit un effet escompté, c'est la capacité à satisfaire ou maximiser les préférences individuelles*.[542] »

455. Ce terme est cependant à la fois plus large et plus restreint que celui donné par l'effectivité. En effet, cette dernière est plus large au sens où elle est une condition même de nécessité en droit. Mais même si c'est dans l'effectivité que mue le droit, il n'y a aucun rapport direct avec son efficacité. Tout droit effectivement appliqué ne veut pas dire, dans l'absolu, qu'il est efficace parce qu'il est présent. Monsieur Rangeon cite comme exemple la lenteur de l'administration judiciaire et l'inefficacité des sanctions dues au respect parfois trop méticuleux des procédures judiciaires.

456. Pourtant, même si l'on partage ce point de vue, l'appareil judiciaire permet aussi d'assurer une protection des droits individuels. Cela n'empêche pas l'efficacité de rester trop souvent un alibi ou un témoin pour invoquer une irresponsabilité du droit, les exemples sont fortuits concernant le cas de dirigeants d'entreprises voulant détourner certaines lois quand le secret des affaires est important, ou quand il y a « évasion fiscale » vers des paradis fiscaux, etc. Monsieur Rangeon estime que ce sont tous là *« de sérieux obstacles au respect des règles de transparence et de lutte contre la corruption*[543]*»*.

457. Comment le législateur peut-il assurer l'efficacité d'un texte ? Face à cette question, nous pouvons accorder que le législateur doit faire attention à son énoncé normatif. De manière classique, un texte juridique efficace se révèle l'être par sa qualité formelle et sa qualité de fond, choses indubitablement liées au talent du législateur et/ou du rédacteur. Toutefois, ce texte doit se révéler clair et précis avant de se montrer esthétique ou intellectuellement élevé. La structure du texte reste un élément prépondérant quant à sa réussite, que le texte soit rigide ou flexible. Comme le rappelle l'ordonnance datant de 1539[544] :

---

[542] E. PICAVET, *La revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Bibliothèque de la pensée juridique : Classiques Garnier, Paris, 2011. p.79.
[543] F. RANGEON, *Op. cit.*, p 132.
[544] Cité par J-P. LAURENT, *L'Ordonnance de Villers-Cotterêts, 1539, et la conversion des notaires à l'usage exclusif du français en pays d'Oc*, Editions Le Gnomon, 1982, 24 p. Texte complet : [En ligne] http://www.axl.cefan.ulaval (consulté le 16/03/2016).

« *Une loi est efficace quand elle ne contient aucune ambiguïté ou incertitude, ni demande lieu à interprétation* ».

458. Après quoi, se sont greffés avec le Code civil français d'autres termes : *« la concision, la brièveté et la cohérence des énoncés*[545]*»*. À l'inverse, des textes qui utilisent un langage très compliqué ou écrit avec un jargon juridique inaccessible aux non-initiés deviennent inefficaces. On peut alors avancer que l'adage *Nul n'est censé ignorer la loi* renvoie à l'idée d'efficacité si la règle énoncée est suffisamment claire pour ses destinataires. D'un autre côté, certains textes rigides montrent plus d'efficacité que d'autres plus flexibles. Par rapport à notre sujet, nous constatons que la formulation des règles de conflit de compétence internationale est souple et ne comporte pas de règles formulées à l'impératif[546].

459. Pour que cette efficacité soit présente, il existe une autre méthode que la comparaison, qui est de considérer l'efficacité comme faisant partie d'un système ou d'un ensemble de normes fonctionnant par liaisons. En procédant de la sorte, nous pouvons établir trois modalités développées par Véronique Champeil-Desplats et Eric Millard[547].

460. Première modalité : asseoir l'efficacité d'un texte en le renvoyant à d'autres qui en assureront la mise en œuvre. L'exemple le plus évocateur est celui des déclarations de droits et de libertés : celles-ci ne sauraient être efficaces « sans l'intervention d'une constitution, d'une loi, d'une réglementation ou d'une décision de justice ». Il va de soi qu'il faut également créer des institutions indépendantes qui se chargeront de la mettre en œuvre et qui posséderont le pouvoir de sanctionner négativement (peines) ou positivement (récompenses, encouragement, incitations, etc.) selon le cas.

461. Deuxième modalité : considérer l'énoncé par rapport à sa place dans le texte-source, c'est-à-dire dans « le calibrage des articles, titres et chapitres ». Certains auteurs

---

[545] V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Efficacité et énoncé de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités*, Editions Hammje L., Janicot L. et Nadal S. 2013. P.63s.

[546] P. TRUDEL, *L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : Éléments de méthode*, publié dans Le guide juridique du commerçant électronique, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2004. p.221s.

[547] V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, *Efficacité et énoncé de la norme*, « Introduction », 2013. [En ligne] https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00937406/document (consulté le 16/03/2016).

craignent par exemple de rendre inefficaces les droits énumérés dans les préambules en les réduisant au statut de déclarations, et donc sans portée contraignante.

462. Troisième modalité : considérer un énoncé normatif comme partie intégrante du système juridique dans lequel il s'insère. En effet, des énoncés contradictoires peuvent entrer en conflit avec lui créant « une pluralité des visées normatives ».

463. De plus, tout système juridique peut contenir deux types de lois qui freinent l'efficacité d'un énoncé normatif. D'une part, il existe dans certaines branches du droit des lois archaïques qui devraient être abrogées. D'autre part, on constate dans certaines matières juridiques (droit des étrangers, droit pénal, etc.) une inflation législative qui est tout aussi bien susceptible de conduire à l'inefficacité de la règle de droit[548].

464. En définitive, efficacité et effectivité sont fondées sur des valeurs différentes qui sont susceptibles de déboucher sur une application de l'une et la non-application de l'autre. L'efficacité du droit mesure l'écart entre un résultat selon des aspects économiques et sociaux, et un objectif à atteindre dans des conditions données. Elle peut s'apprécier à partir d'un bilan coûts-avantages[549]. Quant à l'effectivité, elle considère des principes généraux du droit : égalité devant la loi, respect des droits de la défense, non rétroactivité de la loi, etc… Enfin, chaque branche des sciences sociales a pu définir ce qu'elle entendait par efficacité et Véronique Champeil-Desplats conclue en disant

> « *qu'il y a donc une place et ce finalement depuis longtemps pour des conceptions ou préoccupations propres aux juristes (…) qui ne se réduisent pas à celles proposées par les analyses économiques du droit.*[550]»

B. L'effectivité du droit et l'efficience du droit

465. Toujours dans cette analyse de Monsieur Rangeon, il nous faut déterminer en quoi la notion d'efficience diffère de la notion d'effectivité ou s'il y a interférence. Elle se traduit comme étant *« ce qui aboutit à de bons résultats avec le minimum de dépenses ou*

[548] CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, *Op. cit.*,p 8.
[549] F. RANGEON, *Op. cit*., p.131
[550] CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, *Op. cit.*,p 11

d'efforts, etc. »[551]. Dans le domaine du droit, l'efficience débouche sur *« la rationalisation de son processus d'application »*[552]. L'efficience du droit peut aussi se heurter à son efficacité et les deux points de vue ne sont pas toujours conciliables. L'exemple donné par Monsieur Rangeon montre qu'une loi peut nécessiter la mobilisation de moyens importants pour son application et avoir ensuite une quantité faible de résultats (non efficient) bien que qualitativement significatifs à court terme. Mais il rajoute que *« les effets d'une réglementation sont difficilement appréciables à court terme*[553]*»*. D'ailleurs, cela constitue souvent la base de futurs progrès.

466. Une autre vision apparait avec Kelsen avec la notion d'obligation et de validité. Pour les juristes, la validité possède *une double acception*[554] :

- *Stricto sensu* : sur le plan de l'idée, une norme juridique est valide si le « sens normatif » est attribué logiquement par la construction même du langage qui donne la forme adéquate à la règle de droit.
- *Lato sensu* : sur le plan empirique, une norme juridique est valide s'il y a une chance que les activités communautaires se concordent entre-elles, c'est-à-dire que les activités juridiques s'orientent conformément à ces normes édictées. Ayant donc un effet juridique attendu à travers un texte.

467. Le concept de validité empirique (*Empirische Geltung*) s'oppose à celui de l'effectivité dans les propos tenus par Kelsen dans son ouvrage *Théorie pure du droit* [555]. Contre quoi le professeur Alf Ross s'oppose car pour lui, l'obligation n'est pas absolue dans cette validité, il existe une obligation juridique d'obéir à telle ou telle norme mais il n'y a aucune obligation d'obéir au droit pris globalement. Pour lui :

> « *L'affirmation que, s'agissant d'une norme juridique, valide signifie juridiquement obligatoire est une tautologie. En effet, si une conduite est dite obligatoire lorsqu'une norme prescrit des sanctions en cas de conduite contraire, alors il ne peut pas*

---

[551] F. ROUVILLOIS, *L'efficacité des normes* – Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique, F.I.P, 2006, p.17.
[552] A. BOUVERESSE, Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Editions De Boeck, Bruxelles, 2010, p.484.
[553] RANGEON, F., p.129. *Op. cit.*,
[554] Double acception avancé par M. WEBER in M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, P.U de Laval, 1995, pp 123 s.
[555] H. KELSEN, traduit en français par C. EISENMANN, *Théorie pure du droit*, Editions de la Bruylant – L.G.D.J, 1999. *Op. cit.*,p. 367

y avoir d'obligation d'obéir à la norme qui soit distincte de l'obligation d'adopter la conduite prescrite par la norme.[556] »

468. Revenons quelques instants sur les propos de Kelsen, dont le premier concept était que toutes normes juridiques se situaient aux échelons inférieurs dans la « pyramide de Kelsen »[557] (1962), c'est-à-dire dans une norme globale hiérarchisée. Ainsi, elle n'est entachée d'aucun vice et est juridiquement valide. Ensuite la norme doit être appliquée et c'est là qu'intervient la deuxième acception. Monsieur Rangeon dit qu'elle « concerne les effets juridiques de la norme - effets conformes à l'intention de ses auteurs - et suppose la reconnaissance, par les destinataires de la règle, de sa légitimité.[558] »

469. Il y a une difficulté majeure dans cette conception, car dans son énonciation la norme doit, selon Kelsen, avoir une validité juridique et une effectivité réelle. Elle doit, dans sa formulation même, donner réponse ou action à la dimension sociale. Pour qu'elle soit appliquée, la norme doit *primo* être valide juridiquement et *secundo* être socialement reconnue ; ce qui renvoie directement à la question de légitimité. On parle ici d'*opinio juris*[559] ou de la conviction d'obéir à une règle de droit. Néanmoins, elle est assortie de sanctions à appliquer à l'endroit de ceux qui la violent.

470. Pour Monsieur le Professeur Carbonnier[560], comme l'application des lois est une fonction gouvernementale, leur inapplication signifierait une défaillance. Ce qui serait un non-sens. Mais l'effectivité n'étant pas forcément une notion juridique, elle ne remet pas

---

[556] A. ROSS, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, Revue Juridique de Buenos Aires, vol. IV, 1961. Traduit en français par E. MILLARD E et E. MATZNER., *Alf Ross – Introduction à l'empirisme juridique*, L.G.D.J, Paris, 2002.

[557] « La pyramide de Kelsen est une hiérarchie des normes ou un classement hiérarchisé de l'ensemble des normes qui composent le système juridique d'un État de droit pour en garantir la cohérence et la rigueur. Elle est fondée sur le principe qu'une norme doit respecter celle du niveau supérieur et la mettre en œuvre en le détaillant. Dans un conflit de normes, elle permet de faire prévaloir la norme de niveau supérieur sur la norme qui lui est subordonnée. Ainsi, une décision administrative doit respecter les lois, les traités internationaux et la Constitution. » Définition de HERRERA C-M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction*, Presses Université Laval, 2004, p.39. Ou sur le dictionnaire politique La Toupie, « Hiérarchie des normes ». [En ligne] www.toupie.org/Dictionnaire/Hierarchie_normes.htm (consulté le 17/03/2016).

[558] F. RANGEON, *Op. cit.*, p.129.

[559] « Exigence subjective qui nécessite une commodité de langage ou d'écriture rendant une chose textuel ou orative obligatoire par son énoncé comme le veut la « coutume » assez mystérieuse de la langue qui enclenche une validité préétablie, l'effectivité est ce sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. » Définition apportée par J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Editions Larcier, 2000, p. 331.

[560] J. CARBONNIER, Flexible droit, *Op. cit.*, p.136

en cause la qualification de loi à celle qui reste inappliquée. En conclusion, pour établir l'efficacité d'une loi, on s'attache à son énoncé normatif. Pour cela il y a plusieurs procédés : on peut faire une lecture téléologique recherchant une volonté du législateur, ce qui occasionne une difficulté pratique. On peut se restreindre à la lettre de la Loi parce que le législateur s'exprime sans ambiguïté, mais le législateur est un humain où des erreurs de formulation peuvent subsister. On peut se focaliser sur l'énoncé comme étant le seul moyen de concrétiser l'objectif poursuivi par le législateur. Et dernièrement, pour garantir l'application de cet objectif, il faudrait mettre en place une ou plusieurs institutions chargées de contrôler son application et de sanctionner si l'application n'est pas valable.

471. Nous en concluons que l'efficacité met en jeu les réalités sociale, culturelle, historique et économique. En définitive, l'inefficacité d'une loi est une sorte de maladie qui empêche l'atteinte de son objectif. Nous remarquons que les règles de conflit de compétence sont dépourvues de caractéristiques qui leur permettent d'atteindre leur objectif final. Selon nous, l'efficacité d'une loi résulte de la détermination des faits qu'elle régit et de son objectif à travers un processus adapté.

Paragraphe 2 : Le défaut du rattachement comme conséquence de l'inefficacité des règles des conflits

472. Le rattachement est un élément important faisant le lien entre les litiges et les tribunaux, seulement Internet a quelque peu chamboulé la notion de rattachement. Le concept de rattachement est paralysé par la nature même d'Internet (A). Par conséquent, il y a une asymétrie entre la nature issue d'Internet et la nature des règles applicables. Ce qui nous amènera à voir l'hypothèse suivante : l'inefficacité relative aux normes appliquées (B).

A. La nature du réseau Internet

473. En réalité, la règle de conflit, qu'elle soit bilatérale ou unilatérale, rattache un rapport de droit à un ordre juridique et étatique. Il y a dans cette méthode, une situation privée qui s'inscrit dans plusieurs États et directement dans un État précis, qu'il convient de choisir. Dès lors, cet État est concerné par des rapports internationaux, si l'une des parties a la nationalité du for par exemple ou si le rapport a un lien avec le territoire du for,

lien qui peut toucher une des parties (le domicile, la résidence dite habituelle) ou toucher la juridiction (au stade de la naissance ou de l'exécution). Dans tous les cas, la localisation est étatique, c'est-à-dire rattaché à un territoire national[561].

474. En effet, le territoire est un des éléments constitutifs de l'État, au même titre que la souveraineté ou la population. Or, comme le souligne Johanna Guillaumé, chacun de ces éléments est atteint d'une façon ou d'une autre par un *affaiblissement*[562] de l'État-Nation, ce qui a des répercutions directes dans le droit international privé, logé dans un paradigme étatique. Les règles deviennent de moins en moins efficaces car ce lien entre le territoire et les règles de conflits de compétence internationale se dissipe dans ce réseau mondial. Dans un premier temps, il nous faut revenir à cette notion de territoire qui a évolué : d'après Pierre George et Fernand Verger, le territoire est défini comme *« un espace géographique qualifié par une appartenance juridique, naturelle et/ou culturelle »*[563]. Dans cette définition courte, on peut apercevoir la notion de nation, de langue et de coutume lié à la terre à et l'histoire. Voici une autre définition de la notion de territoire :

> « *Le territoire est une appropriation à la fois économique, idéologique et politique (sociale, donc) de l'espace par des groupes qui se donnent une représentation particulière d'eux-mêmes, de leur histoire*.[564] »

475. À cela, il y a d'autres définitions qui peuvent s'ajouter car le mot « territoire » peut occuper aussi bien l'espace privé que public : l'endroit que s'approprie une ou des personnes dans un espace en y déposant des effets personnels en guise de possession de territoire. En résulte qu'il n'est territoire que celui conçu par ses occupants au moyen de signes distinctifs (frontières, drapeaux, nationalité…). La matérialité du territoire fait qu'il y a territoire mais cela reste un espace fictif et mental. Malgré la variété de ces définitions, deux caractères principaux ressortent :

476. *L'idée de possession* : tout territoire appartient à une entité qui exploiter -utiliser les ressources de cet espace. *L'idée de limite*, de frontière, à savoir l'idée de ce qui est permis

---

[561] *Cf.* J. BARBERIS, « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *Annuaire français de droit international*, Paris, volume 45, 1999. p.132s O. CACHARD, *Droit international privé*, p.2.
[562] J. GUILLAUMÉ, *Op. cit.*, p.234.
[563] *Cf.* P. GEORGE et F. VERGER, *Dictionnaire de la géographie*, P.U.F, Paris, 2009.
[564] G. DI MEO (dir.), *Les territoires du quotidien*, Editions L'Harmattan, Paris, 1996, p. 40. C. PISANI, « L'acte dématérialisé », *Arch. Phil. Droit* 43, (1999). p.154.

dans cet espace et ce qui n'est pas permis en dehors de cet espace. La délimitation physique est importante pour marquer la scission des idées politiques, sociales, économiques ou culturelles[565].

477. L'État peut aussi être considéré comme un objet concret de par sa matérialité (frontière, chef d'État, drapeaux, symboles, etc…). L'État a des pouvoirs de nature « réelle », il a un *dominium* qui donne à chaque portion d'espace sa fonction, son objet juridique avec ses lois, ce qui crée des différences entre chaque État même si toutes sont issues du même concept de domination des territoires. Cependant, le territoire reste une étendue abstraite qui évolue selon les régimes étatiques. Il y a des personnes qui sont soumises à un ordre (impérium), c'est-à-dire un code ou un ordre qui régit les foules. Mais ce pouvoir n'ordonne pas directement le territoire, mais les gens qui le façonnent[566].

478. En résumé, il y a, à travers cette notion de territoire, deux jeux de pouvoir : « L'un étant « domanial » (autorité qui s'exerce sur un territoire) et l'autre étant « impérial » (autorité qui s'exerce sur la population d'un territoire)[567]. Dans le premier, l'État a la compétence, dans sa conception, de régir des personnes et des objets qui sont sur un territoire ce qui rejoint la définition du droit international : « *aptitude à régir légalement sur des personnes, des objets et des situations, dès lors qu'il a connivence avec le territoire sur lequel ils sont liés* », l'État étant lui-même analogue de son territoire, chose qui n'est aujourd'hui plus indissociable dans notre pensée : comment un territoire peut-il se comprendre sans État ? C'est effectivement sur son territoire que l'État dispose de sa souveraineté à titre exclusif. La frontière qui délimite l'espace de l'État donne à celui-ci le caractère du pouvoir : jusqu'où il s'étend, à qui il s'adresse en priorité. La frontière constitue donc la garantie pour un État qu'aucun autre État souverain ne vienne empiéter sur son territoire et, par là même, nuire à sa souveraineté. Cela implique *deux conséquences* apportées par Madame Johanna Guillaumé[568] :

---

[565] K. SEFFAR et K. BENYEKHEF, « Commerce électronique et normativités alternative », *University Ottawa Law and Technologic Journal* 3:2, 2006, p 360.
[566] J. GUILLAUMÉ, *Op. cit.*, p. 234.
[567] E. ORTIGUES, *La révélation et le droit: précédé de Lettre à Rome*, Editions Beauchesne, 2007, p.136s.
[568] J. GUILLAUMÉ., *Op. cit.*, p.232. K. BENYEKHEF, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés » in *Lex Electronica* 8, n°1, automne 2002. p.4.

« *Tout d'abord, le territoire étatique incarné par des frontières montre les limites physiques de la puissance et des différentes puissances environnantes (la matérialité de la carte est devenu est fait majeur dans la stratégie militaire depuis sa création). La conquête et la maîtrise du territoire ayant toujours été une conséquence des guerres civiles, des conflits internationaux, etc. Ensuite, quand l'État et son territoire sont indéfectiblement liés, quand la nationalité est revendiqué par son peuple, quand l'espace mental devient réalité, il y a une conséquence directe : la population d'un État doit accepter vivre (codes, règles) sur ce territoire étatique et ce pouvoir étatique doit être en mesure de réponde aux attentes du peuple, c'est indispensable pour éviter sa chute*. »

479. Guillaumé résume en disant que :

« *[L'] État et le territoire sont étroitement liés et représentent ensemble l'élément fondateur de la société internationale*[569] ».

480. En ce qui concerne le cas d'Internet, l'un des reproches généralement adressés aux législations nationales est leur incapacité à se saisir du phénomène concret, ce qui remet en doute l'efficacité des règles de conflit. Comme dit précédemment, la nature du réseau ne répondant pas aux normes établies, les règles ne semblent pas adaptées en vues des nouvelles situations. En plus de la virtualité, les réseaux font briser les structures habituelles désunissant, ce que souligne le professeur Pierre Sirenelli[570], le monde de la communication orale, privée et le monde de la communication audiovisuelle. Pour cela il nous faut définir ce qu'est un cyberespace dans la notion de territoire : Le terme cyberespace est emprunté à un roman de science-fiction que William Gibson écrivit en 1984[571]. De nos jours, il désigne :

« *[Un] lieu imaginaire appliqué métaphoriquement au réseau Internet et dans lequel les internautes qui y naviguent s'adonnent à des activités diverses*.[572] »

481. Et encore, ce cyberespace est :

« *comme un monde parallèle qui s'entrecroise avec son propre monde terrestre, la pure délocalisation à la base de l'approche matérielle en droit international privé est donc très difficile à envisager dans cet espace*.[573] »

---

[569] J. GUILLAUMÉ, *Op. cit.*, p.236.
[570] P. SIRINELLI, L'adéquation entre le village virtuel et la création normative- Remise en cause du rôle de l'État, Editions Kluwer Law International, 1998, p.7.
[571] William Gibson, *Neuromancer*, Editions Ace Books, New-York, 1984.
[572] Office de la Langue Française, en ligne : www.olf.gouv.qc.ca/index.html?/ressources/Internet/index/index.htm (consulté le 18 mars 2016)

482. De plus, même si cela est rendu possible, on pourrait toujours douter de l'indépendance réelle de l'approche matérielle par rapport à la méthodologie conflictuelle classique du droit international privé. Dans ces dernières décennies les publications sur cet espace sont florissantes et les thèses et théories divergentes, étant positives, neutres voir négatives. Par exemple le professeur Guillemard[574] identifie l' « interactivité » et l' « ubiquité » ainsi que la « délocalisation » comme étant des caractéristiques fortes du cyberespace.

483. En comparaison, le professeur Svantesson identifie huit caractères liés aux cyberespaces : « borderlessness », « geographical independence », « limited language dependence », « one-to-many », « low threshold information distribution », « widely used », « portability », « lack of reliable geographical identifiers », « reactive nature », « lack of central control » et « convergence»[575], ou encore, l'une donnée par le professeur Benyekhlef, qui attire plutôt l'attention sur le « caractère transnational du médium », « la facilité de dissémination des informations », « la dispersion des usagers et leur très grand nombre » de même que sur les techniques permettant l'anonymat et la confidentialité dans le cyberespace»[576].

484. Si, comme le dit la professeure Guillemard, l'*« on ne peut saisir les défis que lance cette nouveauté sans chercher à en comprendre les particularités »,* nous croyons en revanche que les conclusions à cet égard ne nous éclairent pas particulièrement sur ce qu'implique le cyberespace en *droit.* Il ne faut pas oublier que la lunette par laquelle la jurisprudence et la doctrine examinent le cyberespace définit aussi les contours de celui-ci, au-delà de ses caractéristiques purement techniques. Cette difficulté s'octroie par une interdépendance entre l'État et son territoire et qu'Internet dissocié cette interdépendance de manière à rendre la chose globale. En témoigne donc, que l'État ne peut vivre sans

---

[573] G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t.1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, note 38 à la p 118, no 54. , no 2.
[574] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.185s.
[575] D. J. B. SVANTESSON, The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models of Regulation – What Every International Jurist Should Know, chapter 13:1, 2005, p. 34 ss.
[576] K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Éditions Thémis, Montréal, 2008. p.99s. [En ligne] www.culturelibre.ca/2012/03/07/la-norme-post-moderne (consulté le 17/03/2016).

territoire sans pour autant que ce territoire n'ait besoin d'un État pour exister, ce en quoi se manifeste Internet : un territoire qui survient et qui nul besoin d'États. Par ce réseau de communications, d'échanges, un phénomène qui va à l'encontre des États se constate : la perte du monopole de l'État sur son territoire[577].

485. Ainsi en dérive une porosité bien réelle des frontières, un contrôle qui fuit et mis en résistance permanente par des jeux de stratégies dont les firmes multinationales tentent d'en tirer profits et tentent de mettre en doute les frontières durement imposées. La mondialisation impose un système sans frontière, sans territoire, ce qui pose problème pour tout État. Un bilan se dresse aujourd'hui : une imprévisibilité, une incapacité de contrôler tous les flux ; qu'ils s'agissent de flux de capitaux, humains, de télécommunications, d'informations, etc. L'immatérialité d'Internet ne permet plus un jugement matériel, un jugement lié à un État[578]. À cet égard, une auteure remarque justement que :

> « *Le droit international privé n'a ni été déchu par le chemin de fer, par l'aviation, par les téléphones, par la télévision, par l'informatique car malgré toutes ces innovations technologiques, les questions soumises au droit international privé relevaient toujours d'un espace qui possédait des frontières géographiques et juridiques bien cernées ; et ce même si elles n'étaient pas imperméables. Internet, en revanche, lance un véritable défi au droit international privé, car il remet en cause ses fondements mêmes, à travers son cadre juridique de référence*.[579] »

486. De fait, il n'y a plus de points de contact géographiques pertinents, ce qui pose d'énormes soucis concernant la localisation nationale des rapports juridiques issus d'activité en ligne. À cela, Johanna Guillaumé énonce qu'il y a deux aspects inhérents à Internet et son immatérialité :

> « *En premier lieu, quand Internet est dénommé comme un simple moyen d'information et de communication, il est baigné dans l'intangibilité, car les flux d'informations qui circulent sont incorporels. D'autre part, lorsqu'il permet de réaliser des opérations juridiques et, partant, donne lieu à des transactions, il est également*

---

[577] Constat soulevé aussi par J. GUILLAUME, *Op. cit.,* p.236 ; G. KAUFMANN-KOHLER, Internet : mondialisation de la communication –mondialisation de la résolution des litiges. *Op. cit.,* p.89 ; M. CASTELLS, *La galaxie Internet,* Paris, Fayard, 2002. p.255s.

[578] K. BENYEKHEF, L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés, *Op. cit.,* p.361.

[579] B. FAUVARQUE-COSSON, « *Le droit international privé à l'épreuve des réseaux* », in Le droit international de l'Internet, G. Chatillon dir., Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 55 et s.

facteurs d'incorporalité. En effet, une relation commerciale peut s'effectuer intégralement en ligne.[580] »

487. Ce que l'on peut souligner, c'est qu'en cas d'échanges ou d'offres, lors de la formulation d'un contrat, bien que le contrat se fasse en ligne, l'affirmation est physique par la livraison et par la réception celle-ci. Tout comme dans un contrat de vente par téléphone ou par le biais d'un bon de commande à distance, des points de contact sont alors présents et identifiables. Le problème majeur se situe dans le premier cas : quand il concerne le cas où Internet est utilisé comme simple moyen de diffusion des données ou de conclusion d'un contrat entièrement fait en ligne parce que l'État ne peut agir de manière efficace. Selon Madame Guillaumé, il y a une perte du rattachement territorial qui montre les limites de l'effectivité juridique dans les règles de conflit[581].

B. Le défaut de localisation du rattachement virtuel

488. L'efficacité ne se mesure qu'à l'aune d'objectifs à atteindre. Or les objectifs du droit international privé sont multiples. On peut les classer en deux catégories :

- Les objectifs indubitables à la matière dans son ensemble, le droit international privé doit permettre la coordination des différents systèmes législatifs afin d'assurer des relations personnelles, commerciales, financières ou autres, dans les meilleurs conditions possibles. En résumé l'objectif doit être simple, certain et prévisible.
- Les objectifs propres à chacune des catégories du droit international privé. Le statut personnel, les règles de conflit, doivent tenir compte de la stabilité de l'État des personnes, en matière contractuelle ; s'assurant ainsi de la liberté des contractants et de la protection des parties les plus faibles[582].

489. Comme on a pu le constater, par la nature évanescente d'Internet, de tels objectifs sont difficilement atteints. Le défaut de rattachement et de localisation montre qu'en matière de contrat ce qui compte c'est la prévisibilité plus que l'adaptation : les parties

[580] J. GUILLAUME, *Op. cit.*, p.242.
[581] *Ibid*.
[582] J-G. CASTEL, « Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales », *Internalisation du droit internalisation de la justice*, 2010, p.65. [En ligne] Mis en ligne le 24/4/2013 sur www.ahjucaf.org (consulté le 18/03/2016).

veulent savoir dans quel tribunal le litige sera disputé. Cette prévisibilité se découpe en trois moments distincts :

- Devant le juge ou l'arbitre : les parties sont en désaccord et le juge ou arbitre est à même de voir ce critère de rattachement ou plutôt de présomption. Cette présomption le gêne car elle ne correspond pas forcément à ce qui lui paraît être des liens étroits qui seraient sources des prévisions des parties ;
- Devant un système international absent ; ce qui laisse la répartition de la compétence juridictionnelle entre les différents États un grand vide sur les compétences de l'État élu ;
- Devant une multiplicité d'États réunis sous une forme globale. En plus de la prolifération de chefs de compétence spéciaux qui, en matière contractuelle et en matière délictuelle par exemple, s'ajoutent aux chefs de compétence classiques comme la nationalité ou le domicile du défendeur[583].

490. Comme nous l'avons dit, les règles traditionnelles de conflit sont incapables d'effectuer le rattachement (électronique) entre le litige et le tribunal. Ces règles traditionnelles de rattachement se basent sur des critères personnels et territoriaux, inefficaces pour résoudre les litiges liés à Internet. Il en résulte l'incompatibilité de la nature d'Internet avec les règles traditionnelles de conflit de compétence internationale. De même, il n'est pas facile d'établir un équilibre entre les parties par ces règles. L'inefficacité dépend du type des normes : personnelle ou territoriale[584]. Les facteurs de rattachement les plus appropriés sont ceux qui concernent les parties impliquées[585], même s'il subsiste l'effet de l'anonymat des échanges réalisés en ligne. Ceux-ci n'ont généralement rien d'immatériel[586].

---

[583] *Ibid*

[584] P. TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit » dans Georges Chatillon (dir.), *Le droit international de l'Internet*, actes du colloque (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2003) 89–101, [En ligne :] http://droitInternet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf (consulté le 12/11/2014).

[585] Lieu d'établissement, de résidence ou de domicile.

[586] « Les autres facteurs objectifs ou subsidiaires fondés sur la localisation de l'activité elle-même témoignent de l'affaiblissement de leur valeur localisatrice par les caractéristiques juridiquement importantes du réseau ». Sur ce point, voir les cours généraux des professeurs H. BATIFFOL et P. LALIVE, le premier en 1973 sur « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1973, II, 75, le second en 1977 « Les tendances et méthodes en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1977,11, 11.

491. On voit bien qu'Internet touche directement, mais non dans sa nature, les contrats de service ou de vente, la protection de la vie privée ou de la propriété intellectuelle. C'est pourquoi la localisation au sein d'un ordre juridique étatique est appréciable pour les contrats virtuels. Pour ce faire, les contrats électroniques, dans leurs nouvelles formes de contrat, impliquent une nouvelle internationalité. La frontière étant dissoute, il faut absolument déterminer l'espace physique du destinataire et du expéditeur dans la formulation du contrat. D'après Olivier Cachard, la régulation d'une telle forme dans le marché électronique doit se faire avec souplesse et sans formalisme exagéré. Dans le système du *Common Law*, l'école américaine du réalisme, cette constatation dans le marché électronique les a rendus prioritair en matière d'efficacité car ils se sont directement mis dans une situation où la juridiction est en conflit avec Internet. Il précise que, dans les systèmes hors *Common Law*, c'est-à-dire dans les systèmes rigoureux-formalistes-voire légalistes, il y a une difficulté à se soumettre aux adaptations des réalités sociales évolutives[587].

492. Selon un autre facteur d'inefficacité des règles traditionnelles dans les litiges de nature internationale est *« la détermination des catégories de rattachement à partir du droit interne »*. Ainsi, la solution peut varier d'un droit interne à l'autre à cause d'une qualification différente et ne permet pas *« l'unification du droit international privé »*. En effet, cette base interne ne prend en considération que l'intérêt du for au détriment de la coopération internationale. Une dernière critique est adressée à l'endroit de l'approche traditionnelle des règles de conflit en ce qu'elle est jugée *« trop complexe pour les non-initiés »*. Dans les États ou entités juridiques où le droit international privé n'est pas codifié, la solution d'un litige peut résulter d'une règle jurisprudentielle qui n'est pas bien assise[588].

493. Cependant, deux critères de rattachement sont possibles pour définir avec exactitude, en droit international privé, la situation géographique en matière contractuelle : la nationalité des parties et leur volonté de localiser géographiquement du contrat. En passant par ces deux critères, nous pouvons en déduire que cela reste une vaine tentative car un traitement doit prendre en considération la nature des faits et la nature de la solution,

[587] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p.25.
[588] J-G. CASTEL, *Op. cit.*, p.166.

afin de respecter l'attente des parties. Ce mécanisme a influencé le mouvement du droit et de l'économie et ce développement technologique caractérisé par sa rapidité a créé une lacune dans la loi. Un décalage se crée et révèle un manque d'adéquation entre les besoins actuels et les droits étatiques applicables[589].

494. Comme nous le savons, la loi est un mécanisme statique qui contient beaucoup de règles peu souples. Faute de s'adapter rapidement aux changements rapides et incessants du commerce électronique, elle en est incapable de saisir toutes les nuances[590]. D'après Monsieur Castel, *« la recherche d'une solution juste est aussi un autre objectif majeur »*. Il ajoute que :

> « *l'approche conflictuelle traditionnelle se présente sous la forme d'un ensemble harmonieux constitué de règles très générales et très abstraites » qui ne permet pas de donner la solution la mieux adaptée à chaque cas d'espèce. Les critiques s'attaquent à « sa rigidité excessive et son dogmatisme illustrés par l'application des principes juridiques a priori (…) et son manque d'orientation vers la solution juste*[591] ».

495. Pour la doctrine[592], il existe des normes internationales et des normes internes. Les premières ont une valeur juridique dans l'ordre juridique international tandis que les deuxièmes sont propres à l'État qui les contient. Dans cette configuration doctrinale, deux cas de figures sont apparaissent :

- La norme peut être issue d'un autre ordre interne : l'État appliquera cette norme après l'examen complet de ses éléments essentiels ;
- La norme peut être issue directement de l'ordre juridique international : la norme pourra se doter de la force juridique sur son territoire après qu'il en ait fait la réception.

496. Nous allons voir à travers deux notions que les normes du rattachement sont difficilement applicables à Internet et que cela aura des répercussions sur les nouvelles règles et les lacunes envisageables.

---

[589] P. TRUDEL, *Op. cit.*, p.189
[590] S. PARISIEN, *Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique*, *Lex Electronica* 2 : 1, 1996. [En ligne] www.lex-electronica.org (consulté le 18/03/2016)
[591] J.-G, CASTEL, *Op. cit.*, p. 49.
[592] P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Op. cit.*, p. 277.

1. Le défaut relatif de la nature des normes personnelles

497. D'après Michel Coipel[593], les normes personnelles *« sont un ensemble de normes utilisé comme un lien entre le litige et le tribunal compétent »*. En effet, les normes se basent sur l'idée de la connexion politico-juridique ou morale, non matérielle et donc attachée à la personne de manière intemporelle. Par exemple, dans le système latin, il y a d'une part la nationalité et d'autre part le domicile qui sont différents. Dans le système anglo-saxon, elle réside sur la volonté des parties à l'idée que l'État exerce sa souveraineté sur les ressortissants de sa nationalité. Ce qui signifie que ces critères sont fondés sur des facteurs de temps et de concepts moraux et nullement sur des concepts spatiaux et matériels. dépourvus de spatialité, ces critères personnels peuvent se découvrir sous deux formes[594] :

- Il peut s'agir d'un rapport juridique et politique qui lie l'action en justice à un tribunal déterminé par la nationalité du demandeur ou du défendeur.
- Il peut également s'agir d'un rapport volontaire fondé sur la volonté des parties de se soumettre expressément ou implicitement à l'autorité des juridictions d'un État déterminé.

498. Si on s'en réfère à la nationalité, la compétence d'un tribunal doit être en mesure d'engager des actions sur son territoire, mais aussi connaitre les autres normes juridiques à l'étranger, pour ne pas faire défaut en cas de litige des parties. Certains considèrent que la nationalité est un critère faible et insuffisant à déterminer à lui seule la compétence d'un tribunal pour deux raisons. Premièrement, la nationalité repose sur des considérations politiques qui ne sont pas adaptées à la compétence de la juridiction internationale. Deuxièmement, la nationalité ne crée pas forcément de lien équivoque ou fort entre l'action et le tribunal saisi. Elle ne peut se faire sans un deuxième critère : la volonté des parties[595].

---

[593] M. COIPEL, Quelle réflexion sur droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale, dans *Gouvernance de la société de l'information,* Editions Bruylant, P.U.de Namur, 2002, p.49.
[594] M. COIPEL, *Op. cit.*, p. 50.
[595] *Cf*. chapitre 2 titre 1 ; égalemetn A.-R. AL-ASADI, *La nationalité dans les relations internationales privé*, thèse à la Faculté de droit de l'université de Bagdad, 2007, p.73. A. M. AL-FAKHRIE, *Op. cit.,* p.19.

2. Le défaut résultant des normes territoriales

499. En premier lieu, le concept de la souveraineté garde un rôle déterminant dans l'élaboration des règles de conflits de compétence internationale. Son argument est politique : il y a une volonté de conserver l'indépendance de l'État et d'harmoniser ainsi le travail des tribunaux nationaux. Ce principe de souveraineté empêche les tribunaux nationaux d'être les seuls juges et d'appliquer seuls les directives du législateur national. Le cas est visible quand il s'agit de limiter la compétence des tribunaux quand il y a des différends qui leurs sont extérieurs. On peut en déduire aussi que la compétence est peu mobile car résidant dans un territoire défini par des frontières. De fait, une connexion réelle et sérieuse s'établit entre le contentieux et l'État du tribunal, ce qui permet en plus de consolider la compétence juridictionnelle du tribunal, lui donnant la possibilité de s'exécuter à même le sol étranger, faisant référence.

500. Le tribunal peut, par ces critères territoriaux, saisir l'ensemble des éléments du litige tant que ce dernier s'exécute sur son territoire national et qu'il témoigne d'une réciprocité entre le litige et le tribunal. À l'opposé, les critères personnels peuvent se situer hors du ressort territorial du tribunal compétent, ce qui augmente la difficulté de connaître tous les détails du litige de façon précise, comme dans le cas évoqué des critères territoriaux. Selon Sylvette Guillemard, les critères territoriaux sont représentés par :

> « *le domicile du demandeur ou celui du défendeur, leurs résidences, le lieu de situation des biens, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat et enfin le lieu de naissance de l'obligation. Ces critères attribuent une compétence obligatoire et exclusive*.[596] »

501. Quant à la norme du domicile, la majorité des droits nationaux l'ont adoptée dans les litiges traditionnels où l'une des parties est domiciliée sur son territoire. Par contre, il est moins aisé de l'appliquer dans le cas des litiges électroniques où de nombreux obstacles empêchent cette détermination. En fait, les règles de conflits qui se fondent sur des normes territoriales sont quasi-inapplicables dans l'espace virtuel pour les raisons suivantes :

- La localisation du lieu compétent juridiquement ;
- La localisation d'exécution de l'acte juridique ;

[596] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.267.

- La localisation du domicile des parties. Pour Madame le Professeur Sylvette Guillemard, des critères personnels seraient donc les plus à même de faciliter le rattachement d'un contrat virtuel[597].

[597] *Ibid*. p.494.

Conclusion Titre 2

502. Pour conclure, nous pouvons dire que le droit intrnational comparé et irakien ne propose pas de solutions concrètes pouvant s'appliquer à la question de la localisation dans le cadre de l'exécution et/ou de la conclusion d'un contrat virtuel. En réalité, il n'existe pas de processus tangibles capables de déterminer un lien entre le lieu « réel » des parties et le lieu « virtuel » du contrat. Nous avons vu qu'il fallait cependant distinguer les rattachements qui se fondent entre les éléments de localisation terrestre et les éléments liés au contrat avec sa conclusion et/ou son exécution, car ces éléments de rattachements sont inadaptés pour la vente par voie électronique. En revanche, les règles fondées sur la localisation terrestre des cybernautes (domicile, résidence principale ou établissement de la principale activité), ne répondent pas à tous les problèmes. Elles ont toutefois donné plus de facilité et d'efficacité en créant enfin un lien vérifiable entre les parties concernées et le tribunal.

503. Concernant l'efficacité des règles de conflit de compétence internationale, nous constatons que leurs effets sont induits par des notions de territorialité et des notions de souveraineté liées à l'État. Donc, c'est une efficacité qui dépend du territoire et de la présence matérielle des personnes et des objets. Cette efficacité est moins significative quand il s'agit de sortir de la notion même de territoire. Il est naturellement compréhensible que les différentes juridictions aient recherché un élément terrestre pouvant faire le lien avec le tribunal, mettant au final plus de poids dans la décision de la compétence judiciaire.

504. *In fine,* en ce qui concerne la question de l'exécution du contrat, les lois ne présentent pas des solutions de ce problème, il y a une l'absence ou lacune envers des solutions juridiques adéquates, il n'y a pas de solutions claires au problème de la détermination du lieu réel de conclure des contrats via Internet.

Conclusion de la Première Partie

505. Dans cette première partie, nous avons constaté que le législateur irakien avait une approche rigide dans la façon de concevoir ses textes de loi. Malgré la volonté de moderniser sa législation et son cadre juridique, le pays a encore de nombreuses difficultés à s'accorder sur la voie à suivre. Par ailleurs, il emprunte de manière assez aléatoire aux pays voisins et occidentaux certaines lois, sans pour autant les appliquer de manière généralisée. Dans le cadre des règles de compétences internationales, le flou est donc fortement présent du fait d'une absence de vision claire et précise, voire opposée aux tendances actuelles dans le domaine. Selon nous, cette rigidité ne favorise pas une approche offrant de réelles solutions vis-à-vis de litiges naissant à l'occasion de contrats conclus sur Internet. La localisation reste dès lors toujours mal définie dans ce type de cas.

506. En effet, avec le développement de cette plateforme numérique populaire, ce sont de nouveaux comportements et de nouvelles pratiques professionnelles qui sont apparus. Ceux-ci ont engendré de multiples problèmes et des solutions propres à Internet. Les juristes et le législateur ont donc tous intérêts à s'y pencher avec attention avec pour objectif de résoudre les situations rencontrées de plus en plus fréquemment, notamment suite à des conflits de compétence de juridiction lorsque qu'un contrat lie des parties de nationalités différentes. Le système judiciaire iraquien n'échappe pas à ce constat et à cette obligation de revoir sa formule en la matière. Nous estimons judicieux qu'il s'inspire alors des législations plus flexibles que l'on peut trouver dans le monde occidental où les pratiques sur Internet sont davantage mieux légiférées.

507. Ainsi, nous avons souligné que les règles de conflits de compétence internationale en droit américain font parties des plus "flexibles". Elles permettent alors de faciliter la résolution d'un certain nombre de litiges sur Internet, tout du moins de désigner plus rapidement la juridiction compétente et de soulager la tâche des juristes/avocats. Toutefois, nous rappelons que le système américain possède également certaines lacunes, notamment dues à l'organisation de la justice au niveau des États.

508. Au niveau des pays européens, il n'y a pas non plus d'homogénité dans les pratiques, bien que l'Union européenne essaye de mettre en œuvre des textes de lois assouplissant le cadre juridique sur le sujet. Pour le législateur iraquien, il est néanmoins

intéressant de s'inspirer de la dynamique européennes, en particulier en ce qui concerne son modernisme sur les enjeux et défis juridiques d'Internet et du contrat international électronique.

509. La nature même d'Internet (dématérialisation, virtualité et disparition des frontières) a donc donné de nombreux défis d'adaptation ou de remaniement aux lois déjà en place. Il est d'ailleurs difficile pour ces lois de continuer à calquer d'anciennes règles non adéquates à ce nouveau terrain. C'est la raison pour laquelle l'approche rigide n'est plus envisageable ni en Iraq, ni dans aucun pays du monde. Il faut dorénavant être en mesure de déterminer avec précision la loi applicable au contrat virtuel et de statuer de la question ou de l'importance de la localisation. Il en va de la qualité et de l'efficacité de la justice rendue.

510. En résumé, les aspects d'extranéité et de la localisation des litiges sur Internet s'avèrent être très délicats à définir et rendent la tâche plus difficile pour les tribunaux. La question tournant autour des critères adéquats permettant à une juridiction plutôt qu'à une autre le droit de juger d'un litige, est encore d'actualité. Un constat qui nous a ainsi permis de voir qu'il y avait encore une série de lacunes au niveau des règles de conflit de compétence internationale vis-à-vis de cette nature virtuelle encore peu appréhendée.

2ÈME PARTIE : LES INSTRUMENTS PERMETTANT DE DEPASSER LES OBSTACLES DE LA SPHERE VIRTUELLE

511. Dans cette deuxième partie, nous allons voir que les instruments permettant de dépasser les obstacles, notamment ceux survenus suite à l'apparition d'Internet, sont multiples, mais qu'en règle générale les apports se font aussi bien par des lois internationales que nationales. Comme nous l'avons vu, la sphère internet amène les États d'adopter de nouveaux textes de lois, qui pourront répondre en faveur du consommateur et du professionnel pour que le litige soit résolu de manière impartiale. Dès lors que celui –ci sera remis en question par les lois internationales, il devient intéressant de voir comment les différents organismes se comportent vis-à-vis de l'élément d'extranéité. Ensuite, les conventions internationales ont un rôle qui atténue ou accentue certains éléments. Il nous faudra estimer leur influence réelle par rapport au plan national.

512. Dans un autre point, il sera question de l'absence de véritable opposition législative à l'encontre des règles internationales, de laquelle découlent des conflits entre différentes sphères juridiques. Avec les conventions internationales il y a une volonté d'homogénéiser les pratiques afin de garantir une plus grande stabilité. Ainsi, au vu des nombreux cas répertoriés en faits de litiges désormais bien connus par le monde juridique, l'homogénéisation des règles sur Internet s'accentue et les règles établies au plan international ont évolué pour s'adapter aux caractéristiques d'Internet.

513. Nous poursuivrons cette recherche en nous focalisant sur le commerce électronique. En effet, les conventions internationales sont souvent mises en œuvre dans ce type de service, qui touche plusieurs pays, principalement du fait que la vente d'objets et/ou de services sur Internet est regardable, achetable et louable depuis n'importe quelle source Internet. Sur ce point, intevriendront plusieurs sortes de traités : ceux qui ont un but unificateur au niveau des règles matérielles de fond, telle que la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ; ceux qui ont un but unificateur au niveau des règles de conflit de lois et/ou de juridiction, telle que le Règlement Bruxelles I bis sur la compétence judiciaire et l'effet des jugements en matière civile et commerciale. Dans la majorité des cas, ces conventions se sont installées pour favoriser une harmonie des règles de conflit de compétence internationales.

514. Nous savons aussi que ces conventions réunissent un nombre de pays qui s'y attachent, ce qui donne par la suite un côté « fermé » ou « conservateur », excluant les règles des pays qui ne font pas parties de ces conventions. Le nombre de pays qui s'y inscrivent est un facteur de poids en matière décisionnel tout comme l'est le nombre de pays qui s'y opposent. Nous verrons plus tard en quoi ces conventions internationales ont tendance à sécuriser le droit international privé au détriment des règles propres à chaque États.

515. La question est de savoir comment une justice peut se construire sans détériorer cette nouvelle approche du commerce ni la stigmatiser par des règles trop rigoureuses ou empêchant ce type de commerce d'évoluer. Pour certains, les contrats virtuels sont le début de nouveaux problèmes. Dans cette discussion, ceux qui mettent l'accent sur l'incertitude de la valeur d'un document électronique, obstacle au commerce international, sont contrebalancés par ceux qui envisagent ce type de contrat comme une évolution technique facilitant les relations, la transmission rapide et efficace des informations/documents, ainsi que réduisant certains coûts comme ceux liés à la consommation du papier (courriers, etc.). Ce pourquoi nous étudierons la valeur respective des deux types de documents (papier et électronique). Par ailleurs, beaucoup sont convaincus que l'adoption de règles uniformes pourra éliminer les obstacles dans ce commerce électronique et dans ces contrats internationaux donnant plus de prévisibilité et de stabilité, ce qui aiderait, après coup, les États à accéder aux circuits modernes du commerce international.

516. Comme nous l'avons vu, les parties restent en position de choisir les supports et les technologies appropriés à leurs échanges, dont les règles sont faites en respectant cette liberté de choix. Mais, les parties doivent tenir compte des principes de neutralité technologique, en ce sens que le matériel d'échange doit être réciproque afin d'éviter toute dominance technologique entrainant une lecture des fichiers différente selon le type de machine utilisé dans le commerce électronique. À noter que c'est justement cette différence étatique au point de vue économique qui fait la richesse, en termes de connaissances, des règles établies dans les conventions internationales.

517. On peut se poser la question à propos des dernières technologies, en essayant de savoir si de nouvelles règles ont été mises à jour ou si les règles évoluent simplement en fonction de la technologie et des cas de litiges rencontrés. Nous essaierons de prouver que le caractère des règles conventionnelles est plus « flexible » que celui réalisé par les règles

législatives nationales. Ce qui a pour but de montrer que les règles conventionnelles sont plus appropriées au commerce électronique, qui utilise de plus en plus des technologies, parfois très éloignées d'un pays qui ne possède pas de moyens technologiques en soi.

518. L'objectif de cette partie est de comprendre comment la question de l'extranéité et des contrats qui se déroulent sur Internet est perçue par les conventions internationales comme le règlement CE n°44/2001 de Bruxelles et comme la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élections de for, ainsi que par la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux. Bien qu'il y ait cette tendance conventionnelle qui vise à rendre homogène les activités de commerces électronique et les activités réelles, elles ne peuvent cependant réduire ou freiner ce commerce qui s'établit de plus en plus sur des supports et avec des moyens que les conventions omettent parfois de mentionner.

519. De plus, nous verrons que ces règles conventionnelles sont réalisées en concomitance avec l'évolution d'Internet, ce qui répond à une actualité contraire à celle de certains pays, qui ne s'actualisent plus. C'est pourquoi nous entamerons notre parcours vers ce rôle si important des conventions internationales qui, comme nous le verrons à partir du Titre I, réduisent de manière sensiblement globale l'élément d'extranéité et la localisation du contrat virtuel (L'évolution de l'attribution conventionnelle du contrat virtuel). . De même, nous soulignerons la tendance de ces conventions à donner aux parties la volonté de choisir le lieu juridiquement compétent, afin de résoudre plus facilement les litiges mais aussi afin de conférer plus de sécurité et de confiance aux parties. À travers cette tentative d'homogénéisation, tant sur le fond que sur la forme, de la part des conventions, nous allons, via le Titre II, nous intéresser à l'essor des clauses attributives établies par les conventions internationales.

TITRE 1 : L'évolution de l'attribution conventionnelle du contrat virtuel

520. Les impacts d'Internet sur le plan juridique ont été vus dans les chapitres précédents. Ils touchent des règles juridiques et notamment des règles de conflit de compétence internationale, ce qui pose de nombreux problèmes et questionne la souveraineté de l'État, l'efficacité de ces règles, la sécurité juridique, les difficultés liées à la notion de rattachement et de localisation, mais aussi la timidité et la lenteur d'intervention du législateur lorsqu'il n'est pas informé des innovations technologiques.

521. Ces divers éléments créent des lacunes en droit international privé de façon générale, mais plus spécifiquement dans les règles de conflit de compétence internationale. La question est de savoir comment des règles nationales et internationales peuvent se soutenir pour rendre applicable une loi, plus homogène, destinée aux litiges de l'Internet. En effet, depuis plus d'un siècle, les conventions internationales[598] se sont vues grandir au sein des différents pays. Cependant, même si un désir d'homogénéisation reste en vigueur, ces conventions se chevauchent. N'ayant pas les mêmes textes, les mêmes textes, n'étant pas toujours à jours, elles diffèrent et entrent parfois en conflit. Ce qui complexifie les litiges, notamment par des jeux de comparaison des textes, apportées par les différentes conventions, qui se superposent en Europe.

522. Nous avions que selon P. Trudel[599], qu'Internet donnait lieu à de nombreux conflits de nature totalement différentes et que les problèmes majeurs se situaient le plus souvent au niveau de la localisation de l'exécution ou de la conclusion du contrat réalisée entre le

[598] Pensons à la Conférence de La Haye de droit international privé qui s'établi en parallèle avec l'Union européenne. Il y a aussi la Convention de Varsovie de 1929 pour le droit aérien ; la Convention de New-York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des peines arbitrales étrangères ; la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; plus tard, la Convention de La Haye de 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; la Convention de Rome en 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; etc…Ce qui démontre bien que ces conventions ; par leurs nombres ; marquent la différence et ne sont pas toutes homogènes et ce même dans des champs identiques ; les lois universelles sont très rare et difficiles d'application voir totalement illusoire.

[599] *Cf.* TRUDEL P., « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : éléments de méthode » In D. POULIN, E. LABBÉ, F. JACQUOT, et J-F. BOURQUE, *Guide juridique du commerçant électronique*, Éditions Thémis, Montréal, 2003, p.285s.

vendeur et le consommateur, dans un espace pourtant fictif. Le tout est de savoir si ce cas de localisation est rendu possible par les conventions internationales et en quoi elles répondent plus favorablement à ce type de litiges par rapport au droit national.

523. Désormais, comme le commerce électronique a pris une ampleur très grande dans le contexte économique mondial, il faut que ces conventions suppriment un maximum d'obstacles sans en créer d'autres par la suite. D'où une rigueur dans le choix des mots et dans leurs applications qui auront un impact bien réel même si la situation est virtuelle au demeurant. L'un de ces premiers obstacles est celui du déséquilibre juridique entre les parties liées par un contrat commercial international. Le déséquilibre juridique existe tout simplement parce que des approches diffèrent de part et d'autre des États qui adoptent leurs propres règles. Ce déséquilibre devrait être plus atténué par les conventions internationales, sans pour autant omettre des règles nationales qui peuvent être source de solution.

524. Un autre constat est celui de l'incapacité à répondre à des conflits sans localisation, dans un espace entièrement virtuel. Les solutions existent mais elles sont loin de répondre à tous les problèmes ; l'immédiateté du réseau s'oppose ici au temps nécessaire à la décision de lois qui mettent des mois, voire des années, à aboutir. Donc, même si de nombreux points restent obscurs, nous pouvons avancer que des solutions ont été trouvées par les conventions internationales, surtout en matière d'extranéité et de localisation du contrat virtuel. De ce fait, nous allons, dans un premier chapitre, voir le ou les rôles des conventions internationales vis-à-vis de l'élément d'extranéité. Ensuite, dans le second chapitre, notre réflexion se portera sur l'évolution en matière de localisation du contrat virtuel.

Chapitre 1 : L'atténuation de l'élément d'extranéité

525. Nous avons vu dans la Première Partie que l'élément d'extranéité est un élément essentiel dans le droit international privé, car il va déterminer si la convention s'applique ou non. Un fait est pourtant certain : déterminer cette existence d'extranéité relève du défi dans les contrats virtuels. Généralement, les conventions établissent leur propres vision sur la définition même de l'extranéité tantôt pour lui donner une valeur positive, tantôt une valeur négative. Ce qui, dans certaines conventions, marque la présence de l'extranéité entrevue dans les dispositions générales d'un contrat électronique, en découle une application conventionnelle internationale.

526. Comme nous l'avons vu, l'extranéité permet de savoir si le litige se déroule dans un espace régional-national, ou s'il se déroule dans un espace international. Et nous avions soulevé que l'« extranéité par essence » était une valeur qu'il fallait mettre de côté ; à juste titre, si les acteurs du litige situés sur Internet sont dans un même espace physique, alors l'État est en mesure d'y répondre. À l'inverse, une tendance doctrinale défendait l'idée selon laquelle l'Internet ayant une nature « sans frontière » ces contrats visaient tout le monde, conférant ainsi aux contrats virtuels une nature elle-même internationale. Il en découle que cet élément d'extranéité sera dans la majorité des cas enlevé, pour la simple et bonne raison qu'il rend difficile certaines procédures de localisation mettant en conflit les parties. C'est en quoi nous allons voir les mesures prises par ces différentes conventions.

527. Comme dit précédemment, les facteurs de localité sont trop épars (hébergeur, serveur, cheminement du réseau, qualité du réseau, Wi-Fi, réseau sans lieu, etc.), ce qui impose à ces conventions de déterminer, dans un premier temps, la définition même de l'extranéité d'un point de vue international. Il faudra donc définir ce qui est de l'ordre international ou national, en d'autres termes : est-ce que le contrat virtuel est inhérent à l'internationalisation ? À travers cette question, nous irons voir la position de deux conventions internationales sur ce sujet : la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux du 23 novembre

2005[600] et la Convention de La Haye du 30 juin 2005[601]. Après une lecture approfondie de ces deux conventions, nous verrons qu'il y a une absence d'exigence de l'élément d'extranéité par les conventions internationales (Section 1). De plus, il semblerait y avoir une sorte d'égalité entre les conflits internes et les conflits internationaux (Section 2).

Section 1 : L'absence d'exigence de l'élément d'extranéité par les conventions internationales

528. Comme nous l'avons vu en première partie, il est difficile d'appliquer le critère juridique et économique pour déterminer l'élément d'extranéité. Donc, il était logique d'abandonner les idées traditionnelles, qui se basent sur des normes juridiques dans la détermination du caractère international en commerce international. C'est pour cette raison que la tendance de l'attribution conventionnelle est d'essayer de mettre en place des critères à la fois plus souples et plus précis pour déterminer si l'extranéité est présente dans le litige. Soulignant, une fois de plus, l'importance des conventions internationales et de la jurisprudence, qui jouent un rôle crucial dans cette détermination, au vu de l'absence de normes ou de rigidité de ces normes. Nous comprenons mieux pourquoi ces conventions ont élaboré un critère qui se base sur l'« établissement » pour élucider cet élément d'extranéité. Une position très affirmée par la Convention des Nations Unies de 2005 sur les communications électroniques[602].

[600] Texte intégral via les Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, New-York, 2005. [En ligne :] www.uncitral.org (consulté le 07/02/2014).

[601] Texte intégral via T. HARTLEY, et M. DOGAUCHI, (HccH), *Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005*, édité par le Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 2005. [En ligne] http://www.hcch.net/upload/expl37f.pdf (consulté le 07/02/2014).

[602] *Cf.* L'article 23 et 24 de la Convention des Nations Unies : « 1. *La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.* 2. *Lorsqu'un État ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entre en vigueur à l'égard de cet État le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. La présente Convention et toute déclaration s'appliquent uniquement aux communications électroniques qui sont échangées après la date à laquelle la Convention ou la déclaration entre en vigueur ou prend effet à l'égard de chaque État contractant* ».

529. Au vu de cette dernière convention, nous allons pointer les multiples adoptions qui s'appliquent au contrat virtuel issu d'Internet. Dans le premier paragraphe, nous allons présenter brièvement cette convention et ses principes généraux, pour terminer, dans le second paragraphe, sur l'adoption du critère de l'établissement pour déterminer l'extranéité des litiges émanant du Web.

Paragraphe 1 : Les dispositions générales de la convention sur les communications électroniques

530. Ces dispositions, nous pouvons les diviser en deux catégories : les premières se concentrent sur la définition même de l'utilisation du commerce électronique en relation avec l'espace juridique (A) et les secondes se concentrent sur les relations entre cette Convention et le droit international privé (B).

A. Définition de l'utilisation du commerce électronique

531. La Convention des Nations Unies depuis 2005[603] reste, en matière de commerce électronique, une référence sur le plan international pour les communications électroniques. Bien qu'il s'agisse d'un texte hautement étudié et analysé, il reste que cette convention est arrivée après des événements qui sont lié à l'essor d'Internet, c'est-à-dire depuis 1990. On peut notamment souligner la *Loi type de 1996 sur le commerce électronique*[604] faite par la CNUDCI. Selon Vincent Gautrais[605], les clauses de la Convention n'interviennent qu'en petite partie dans la plupart des textes et ce pour des raisons qui animent les différentes négociations faites par les États. De plus, cette

[603] Depuis lors, la Convention de 2009 est composée de 18 États qui n'ont pas ratifié cette convention.
[604] Texte intégrale via les Nations Unies, Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996. [En ligne] www.uncitral.org (consultée le 08/02/2014).
[605] V. GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », in *LCCJTI – Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Québec, 2008. [En ligne] http://ancien.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL._gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf (consulté le 14/12/2014).

convention de 2005 s'est inspirée avec une certaine distance du texte de la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*[606] de 2001.

532. On peut affirmer que cette convention de 2005 représente un document très important pour le commerce se déroulant sur Internet compte tenu des différentes modifications qui se sont vues greffées par rapport à Internet. C'est ainsi que certaines conventions telles que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New-York de 1958)[607] ou la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)[608] ; qui sont toutes deux devenues par la suite des obstacles quant à l'utilisation généralisée des communications électroniques, tels que des problèmes engendrés par certaines procédures de passation des marchés par voie électronique.

533. Selon une des notes de la CNUDCI[609], en 2005, l'objectif était de supprimer ces obstacles formels en mettant sur un pied d'égalité les formes écrites et les formes électroniques, en plus de favoriser cette voie qui donne crédit à un commerce de plus en plus « virtualisé ». Donc, cette convention a pour but de renforcer une harmonie de règles du commerce électronique ; de favoriser une uniformisation législative du point de vue interne en y incorporant les lois types de la CNUDCI ; de mettre à jour et de compléter les lois déjà en cours à la lumière des pratiques récentes voir futures. Finalement, cette convention peut servir d'aide pour les États qui n'ont pas encore traité ce sujet très sérieusement et qui n'ont pas de dispositions sur le commerce électronique ; en somme, des règles modernes, uniformes et rédigées avec grand soin.

534. Cette convention opère sur toutes les communications par voie électronique, donc pour tout échange possible, qui comportent un rapport avec la formation et/ou l'exécution

[606] Nations Unies, Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001, 2002. [En ligne] www.uncitral.org (consulté le 08/02/2014).
[607] Nations Unies, Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ("Convention de New York"), 1958. [En ligne] www.uncitral.org (consulté le 10/02/2014).
[608] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (CVIM), 1980. [EN ligne] www.uncitral.org (consulté le 10/02/2014).
[609] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, p.36.

d'un contrat électronique[610], destiné à s'appliquer également aux communications réalisées avant que le contrat ne soit pas conclu[611]. Toutefois, la Convention ne se limite pas à la formation des contrats, elle occupe une plus large dimension en s'exerçant dans diverses situations qui recourent à l'utilisation de communications électroniques ou pour l'exercice de divers droits nés du contrat (avis de réception de marchandises, avis de réclamation en cas d'inexécution, avis de résiliation, etc.) ou encore pour l'exécution de celui-ci, comme dans le cas des transferts électroniques de fonds.

535. Nous percevons l'emploi du mot « contrat » de manière très large en ce sens qu'il se comprend comme étant une forme d'accord juridiquement contraignant entre deux parties. Une forme qui n'est pas, implicitement ou explicitement, exclue par la Convention pour laisser plus de place dans le cadre d'Internet quand deux parties se sont accordés. Le terme « contrat » ne doit pas être une contrainte dans ce nouvelle espace qui voit se muer d'autre forme de document imitant le « contrat traditionnel »[612].

536. Cette convention s'applique donc aux conventions d'arbitrage sous forme électronique alors que la Convention de New-York de 1958 et la plupart de ces lois nationales omettent le mot « contrat » pour désigner ces conventions[613]. Comme nous l'avons dit, cette convention s'inspire de conventions antérieures, se basant sur la non-discrimination, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle entre les communications électroniques et les documents papiers tout comme entre les méthodes d'authentification électronique et les signatures manuscrites.

---

[610] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, voir article 4 : « *Le terme "communication" désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l'acceptation d'une offre, que les parties sont tenues d'effectuer ou choisissent d'effectuer en relation avec la formation ou l'exécution d'un contrat; b) Le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données…* ».

[611] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, voir article 11 : « *Une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation* ».

[612] Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17), par. 23.

[613] *Cf. Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 330, n°4739, 1958.

537. Cependant, la Convention de 2005 innove en définissant le moment et le lieu de l'expédition et le lieu de la réception des communications électroniques. Bien que le fait de superposer des règles traditionnelles sur de nouvelles règles modernes ne soit pas toujours adéquat, la *Loi type*[614] s'est adaptée aux diverses conditions qui entourent le commerce électronique de cette époque.

538. De plus, nous avons noté que la Convention de 2005 a exclu quelques matières de son champ d'application. Tout d'abord, elle ne s'applique pas aux communications électroniques transmises dans des contrats pour des fins personnelles, familiales ou domestiques. Il y a donc une petite différence avec La Loi type sur les contrats de vente internationale de marchandises de 2001, en ce sens que la dernière convention de 2005 prévoit une *exclusion*[615] quasi absolue pour laisser une seule place : le commerce international. Et encore, elle ne s'applique pas dans des opérations effectuées sur certains marchés financiers qui sont régies par des normes sectorielles ou des règles bien spécifiques. Selon une note de la CNUDCI, il était évident d'écarter les opérations parce que :

---

[614] En effet, l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 prévoit que [page suivante] :
« 1. *Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, ou bien, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue.*
2. *Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci.* »

[615] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, voir l'article 2 :
« 1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:
a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;
b) i) *Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; iv) transfert de sûretés portant sur des valeurs mobilières ou sur d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires, ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.*
2. *La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent* ».

« *le secteur des services financiers était déjà soumis à des mesures réglementaires de contrôle et à des normes sectorielles bien définies traitant des questions liées au commerce électronique de façon efficace pour le fonctionnement mondial de ce secteur*[616] ».

539. Pour terminer, la Convention de 2005 ne s'applique pas aux instruments négociables, ni aux titres représentatifs ; il est clair qu'il serait difficile de mettre une quelconque équivalence électronique pour des instruments papiers négociables, ce qui serait l'un des objectifs, comme le souligne l'une des notes de la CNUDCI[617], pour l'élaboration de règles dites « spéciales ».

B. Le rapport entre la convention et les règles de droit international privé

540. Il y a bien une relation qui s'établit avec le droit international privé et le droit interne existant. En effet, comme le rappel la note explicative du secrétariat de la CNUDCI, la Convention de 2005 s'appliquant à une opération commerciale internationale donnée reste régie par des règles de conflit de l'État dont la juridiction est saisie du litige soit la *lex fori*[618]. Ainsi, le droit matériel d'un État est désigné par des règles de droit international privé, en cas de litige. Cette convention sera donc directement applicable dans cet État. En plus, cette convention est rendue possible si les parties ont valablement pris la décision et les dispositions pour la désigner comme la loi qui s'applique lors du contrat.

541. En effet, la note explicative du secrétariat de la CNUDCI a estimé que la Convention sur les communications électroniques s'appliquait lorsque la loi applicable aux opérations entre les parties était celle d'un État contractant. Selon la Note explicative du secrétariat de la CNUDCI[619], en l'absence de choix valable des parties, l'application de cette Loi type devra être établie par des règles du droit international privé de l'État du for. Cela a pour conséquence que si une partie saisit le tribunal d'un État non contractant, ce tribunal fera lien avec les règles de droit international privé de son propre État et, si ces

---

[616] *Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, 2005, p. 24. *Ibid*.
[617] *Ibid*.
[618] *Cf*. P. CARLIER, L'utilisation de la Lex Fori dans la résolution des conflits de lois, P.U. de Lille, 2008.
[619] *Cf. Documents officiels de l'Assemblée générale*, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17) par.20.

règles visent la loi d'un État contractant, ladite Convention s'appliquera en tant qu'élément du droit matériel de cet État, même si l'État du for n'y soit pas présent. Par contre, si la partie saisit le tribunal d'un État contractant, ce tribunal sera lui aussi mis en lien avec ses propres règles de droit international privé tout comme ladite Convention s'appliquera si les règles désignent le droit matériel de ce même État ou de tout autre État faisant partie de la Convention de 2005. Nous voyons que dans ces deux cas (non contractant et contractant), le tribunal doit tenir compte des déclarations possibles réalisées en corrélation avec les articles 19 et 20[620] de la Convention dont les États sont contractants et où la loi serait de vigueur. Cependant, la Convention de 2005 contient des règles de droit privé qui sont applicables aux relations contractuelles et selon le rapport *supra*. Aucune de ses

[620] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, les articles 19 - 21. L'article 19 stipule que :
« 1. Tout État contractant peut déclarer, conformément à l'article 21, qu'il appliquera la présente Convention uniquement: a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention; ou b) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.
2. Tout État contractant peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 21. »
Concernant l'article 20 qui stipule que : « Communications échangées conformément à d'autres conventions internationales :
1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir: Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958); Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974) et Protocole relatif (Vienne, 11 avril 1980); Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980); Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 19 avril 1991); Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 11 décembre 1995); Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, 12 décembre 2001).
2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent en outre aux communications électroniques se rapportant à la formation ou à l'exécution d'un contrat auquel s'applique une autre convention ou un autre traité ou accord international non expressément mentionné au paragraphe 1 du présent article dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir, sauf si cet État a déclaré, conformément à l'article 21, qu'il ne sera pas lié par le présent paragraphe.
3. Un État qui fait une déclaration en application du paragraphe 2 du présent article peut également déclarer qu'il appliquera néanmoins les dis- positions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution de tout contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international spécifié dont cet État est un État contractant ou peut le devenir.
4. Tout État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les dispositions de la présente Convention à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique une convention, un traité ou un accord international qu'il a spécifié dans sa déclaration et dont il est un État contractant ou peut le devenir, y compris l'une quelconque des conventions mentionnées au paragraphe 1 du présent article, même s'il n'a pas exclu l'application du paragraphe 2 du présent article dans une déclaration faite conformément à l'article 21. »

dispositions ne crée d'obligation pour les États qui ne la ratifient pas ou qui n'y adhèrent pas. Ce rapport rajoute que :

> « *les tribunaux d'un État n'étant pas membre de la Convention peuvent ne pas appliquer de dispositions vis-à-vis de cette convention, que si leurs propres règles de droit international privé mentionnent que la loi d'un État contractant est applicable, sinon la Convention s'imposera en tant qu'élément du système judiciaire de cet État étranger*[621] ».

542. À noter que l'application d'un droit étranger dans un système international est un fait de longue date toléré par la plupart des pays. La CNUDCI met en évidence que les États peuvent introduire des dispositions de la Convention dans leur droit interne, ce qui favorise l'objectif d'uniformisation et tend à résoudre les problèmes d'économies de ressources judiciaires et législatives, de même que la sécurité des opérations commerciales.

543. Il faut prendre en compte l'évolution possible, et donc que la convention soit « flexible » dans le temps, pour répondre à des supports de plus en plus mobiles, permettant aujourd'hui d'exécuter et de conclure des opérations électroniques n'importe où, depuis un lieu privé comme public. Il est très urgent, pour chacun des États, de répondre aujourd'hui à ces questions qui surviennent dans le marché numérisé. Autrement, la Convention sera sans effet sur les diverses communications qui restent dans un champ purement national et sont soumises à des règles internes parfois poussiéreuses, trop traditionnelles.

Paragraphe 2 : L'adoption du critère de l'établissement

544. L'élément d'extranéité est devenu très difficile à appréhender suite à l'émergence d'Internet, comme nous l'avons indiqué dans la *Partie I,* il nous faudra établir une définition du critère de l'établissement (A). Ensuite, il nous faudra voir comment les conventions réagissent quand il y a une absence ou une multiplicité d'établissements (B), pour terminer ce point par une confrontation entre la Convention des Nations Unies 2005 et la Convention de La Haye de 2005.

[621] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, soixantième session, Supplément n°17 (A/60/17), par.19.

A. Définition du critère de l'établissement

545. Ce qui est perceptible, dès le début, dans cette tentative de définition, c'est que les diverses conventions internationales ont tenté de ne pas lier le terme « établissement » avec les termes « étranger » ou « extranéité ». Les conventions internationales ont choisi de ne pas mettre de lien important entre ces différents termes. D'après Husam Al-Dine Abdul Ghani[622], il ne s'agit plus dans les nouvelles conventions de mettre en avant ces éléments (extranéité, étranger,…) pour qualifier la valeur d'un contrat, surtout dans le domaine du commerce international électronique. En réalité, ces conventions ont abandonné l'approche traditionnelle, d'où l'absence de liens entre l'élément d'extranéité et ce qui qualifie l'étranger. En fait, l'élément d'extranéité est reconnu dans son rapport avec le contrat dès qu'il y a preuve de ce rapport. En d'autres termes, la distinction « étranger » existe parfois dans le rapport juridique, tout en ne donnant pas de signification précise quant à l'existence de l'élément d'extranéité. Ce rapport peut, par exemple, être en dehors du champ d'application des conventions internationales[623]. Dans un autre exemple, un contrat conclu entre un commerçant irakien et un commerçant français, dont les sièges respectifs seraient situés en Allemagne, serait de type international dans la tradition ancienne, mais ce n'est plus le cas avec les modifications de la nouvelle tendance. Il est désormais clair que les conventions modernes se basent sur le critère de l'établissement des parties qui peuvent se situer dans différents pays.

546. Cet article 1 constituerait le point de départ d'un contrat au niveau international. Comme on le constate, la Convention attribue la compétence au tribunal selon le lieu d'établissement des parties tout en soulignant que les parties doivent avoir leurs lieux d'établissement dans des États différents lors de la formation et/ou l'exécution du contrat sans pour autant que ces États soient contractants à ladite Convention ; il suffit qu'une des parties soit liée à un État contractant.

---

[622] H.A.D. ABDUL GHANI, L''interprétation de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises, [titre traduit de l'arabe], Dar Al-Nehdat, 2001, p. 66.

[623] *Cf*. F. K. SHAUN, le rôle des conventions internationales dans l'évolution des règles d'attribution, thèse de doctorant. Université de Mossoul, 2007. p. 23 et ss.

547. À cet égard, ce critère fut déjà soulevé par la *Loi type* de la CNUDCI sur le commerce électronique en 1996 dans l'article 15 paragraphe 4[624], mais dans une autre optique car le but était de déterminer le moment et le lieu de l'expédition et de réception d'un message de données, ce qui visait les opérations « sous-jacentes » aussi bien envisagées ou effectives. Ici, les termes « établissement – établissement principal – résidence habituelle » ont été choisis pour harmoniser ce texte, suivant une tendance déjà pointée auparavant concernant ce nouveau marché.

548. Par conséquent, suite à cette évolution, en 2005, elle ne tient pas compte de la nature internationale du contrat lorsqu'il n'est pas présent, cette convention ne s'appliquait pas lorsqu'un contrat international ne se distinguait pas dans le contrat même ou dans les transactions réalisées entre parties, bien que ces parties étaient dans deux États différents. À titre d'exemple : un vendeur irakien à son établissement en France, il vend pourtant un article à un autre irakien mais dont son établissement est situé en Allemagne ; selon cette convention l'élément d'extranéité est disponible : le contrat est alors international car l'établissement des parties se situe dans deux États différents. Ceci reste une norme très simple pour déterminer l'élément d'extranéité en évitant ainsi de prendre le risque de choisir le lieu de la conclusion et/ou de l'exécution, ou le critère de la nationalité des parties, ou même au lieu expédié de la marchandise ou des services.

549. Comme le souligne Bojidara Borisova[625], l'élément d'extranéité doit être très clair et de préférence annoncé, pleinement conscient, aux deux parties pour qu'elles sachent où elles sont établies, afin de déterminer si le contrat a une portée local ou une portée internationale. Notons que cette Convention ne prend pas en compte la nationalité des parties tout comme la nature du litige qu'il soit civile ou commerciale et que le choix réside déjà dans la volonté des parties. En effet, les parties ont la possibilité d'exclure ou

---

[624] Nations Unies, Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1996, l'article 15 paragraphe 4 : « *Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement. Aux fins du présent paragraphe : a) Si l'expéditeur ou le destinataire a plus d'un établissement, l'établissement retenu est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente ou, en l'absence d'opération sous-jacente, l'établissement principal ; b) Si l'expéditeur ou le destinataire n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu* ».

[625] B. BORISOVA, « Geographic Sphere of Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods », 2002 In M. S. SALEH, *The Seller's obligation to deliver the goods under a contract of sale of goods.* Diss. University Utara Malaysia, 2014.

d'atténuer l'application des dispositions de cette convention. Concernant cette exclusion, elle peut être sous deux formes :

- Explicite : les parties du contrat se sont mises d'accord sur l'exclusion de cette convention en appliquant une loi national ou une autre hypothèse sans désigner cette loi[626], ce qui implique une application de la loi national au détriment de la Convention. Selon une note de la CNUDCI, cette règle d'exclusion est survenue en vue de « protéger les attentes légitimes des parties qui, en l'absence d'indication contraire manifeste, supposent que leurs opérations sont soumises à leur loi nationale[627]».
- Implicite : l'une des deux parties, voir les deux parties ne se sont pas mis en commun et l'ont peut-être stipulé dans leurs textes ou contrat mais sans avertir l'autre, ce qui peux conduire à des conflits ou des litiges supplémentaires et dès lors renverrait la décision aux mains des juges ou de la partie faible.

550. Dans la définition même, les rédacteurs de la Convention de 2005 ont décidé de ne pas tolérer qu'il y ait d'élément subjectif pour définir le terme d'« établissement », ce qui montre que le rapport juridique contractuel ne s'effectuera au plan international que si les établissements des parties sont issus de deux pays différents marquant ainsi une extranéité très limpide. À l'inverse de cette tendance, la Convention des Nations Unies de 1980 sur la vente[628] a adopté le critère de l'établissement pour cibler l'élément d'extranéité se basant sur deux éléments existants et conjoint simultanément : l'élément subjectif qui est lié aux parties contractantes et l'élément objectif qui met en avant les aspects de la relation contractuelle. L'application semble dès lors porter ses fruits lorsque les relations touchent

---

[626] *Cf.* Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, voir article 3 : « Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ».

[627] Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17), par. 45.

[628] *Cf. Nations Unies, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Vienne, 1980) (CVIM), 1980, l'article 1 :

« 1. *La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents:*

a) Lorsque ces États sont des États contractants; ou

b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant.

2. *Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.*

3. *Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.* »

des personnes morales, parce que le but premier de la création d'une personne morale de toute nature est d'être une personne active dans un domaine établi et d'y développer une activité dans des territoires limités par les frontières. Une approche qui a dû être renouvelée en vue de la disparition des frontières alors que les activités se multiplièrent sur Internet.

551. La Convention de 2005 reste très déterminer à choisir l'établissement comme élément fixe de l'extranéité, il suffit de se pencher sur l'article 4, alinéa *h)* qui stipule :

> « *Le terme "établissement" désigne tout lieu où une partie dispose d'une installation non transitoire pour mener une activité économique, autre que la fourniture temporaire de biens ou de services, et à partir d'un lieu déterminé*.[629] »

552. Une définition qui facilitera l'application des articles 1 et 6, que nous allons voir ultérieurement, issus de cette même convention. Comme l'indique une note de la CNUDCI[630], cette définition semble ne pas avoir d'incidence sur les autres règles de droit matériel relatives aux établissements. D'ailleurs, nous pouvons souligner dans cette définition des similitudes avec la *Loi type* de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui a été réactualisée en 2014, avec l'article 2, alinéa *f)* qui prévoit que le terme « établissement » désigne :

> « *tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services*.[631] »

553. Ainsi, les mots « non transitoire » et « installation » montre un caractère de temps et d'intensité d'activités commerciales qui ne peuvent se dérouler en périodes éparses et en des lieux qui diffèrent tout le temps. Une définition qui ne semble pas avoir eu lieu dans la Convention des Nations Unies de 1980 sur la vente, en raison des nombreux cas qui traitaient déjà de ce problème. Toutefois, de manière générale, les conventions n'exigent en rien que ce lieu d'établissement représente le siège principal d'une entreprise ou société.

553. Dès lors, nous pouvons exclure les lieux de transits, de passages ou même les lieux mobiles qui ne constitueront pas ce terme d' « établissement » au sens conventionnel. Ce

---

[629] Nations Unies, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005*, voir article 4, alinéa h).
[630] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17), par. 37.
[631] Nations Unies, *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour l'incorporation et l'interprétation, 2014*. [En ligne] www.uncitral.org (consulté le 15/02/2015).

que John O. Honnold[632] récidive en disant que le caractère de stabilité reste de mise par les conventions qui ont pour but de rendre ce commerce électronique stable au présent comme dans l'avenir. Nous pouvons poursuivre avec le *Rapport Virgos-Schmit*[633] de 1996 sur la Convention de la *Loi type* de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale qui fournit des précisions sur cette « stabilité » du lieu :

> « *On entend par lieu d'opérations un lieu à partir duquel une activité économique est exercée sur le marché (c'est-à-dire à l'extérieur), que cette activité soit commerciale, industrielle ou professionnelle. Le fait que cette activité doive être exercée avec des moyens humains montre qu'un certain degré d'organisation est nécessaire. Un lieu d'opérations purement occasionnel ne peut pas être considéré comme un « établissement ». Une certaine stabilité est requise. La formule négative (non transitoire) vise à éviter de fixer un délai minimum. Le facteur décisif est l'apparence de l'activité à l'extérieur, et non l'intention du débiteur.*[634] »

554. Il nous semble que l'établissement du débiteur est moins déterminant que celui du consommateur qui est considéré comme étant la partie faible lors d'une exécution et/ou une conclusion contractuelle. Cependant, une question reste en suspend sur le terme « non transitoire » : est-ce que cela renvoie à la notion du temps - à la notion des activités économiques en question – ou encore à celle du lieu exercé ? Car, dans ce cas de figure, quand il y a une procédure d'insolvabilité qui se produit, aussi bien l'existence des dettes, la présence des marchandises, des comptes bancaires ou encore d'autres biens ; tous ne donneront crédit, en principe, à la définition de ce qu'est un « établissement ».

555. Dans cette définition issue des différentes conventions, tous ne sont pas unanimes, car l'établissement semble aussi s'effriter par le biais de supports qui donnent plus de place à la conclusion et à l'exécution faite dans la sphère du public, très difficile à lier avec un quelconque lieu. La présence temporaire, pour certain, n'est pas suffisante pour désigner un lieu, en ce sens qu'il est de plus en plus difficile dans le commerce international électronique de prendre compte la notion de temps (temps de latence, décalage horaire,

---

[632] J. O. HONNOLD, « Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations. » *In Kluwer Law Intl, note 5, art. 43*, 1989, p. 81.
[633] Texte intégral via l'Union Européenne, Bruxelles, *Rapport explicatif Virgos Schmit sur la convention du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité*, 1996. [En ligne] https://archive.org (consulté le 13/12/2014).
[634] *Ibid*.

activité multiple et temps partagé, etc.). Chose à laquelle le professeur John Honnold[635] répond en disant que le critère du lieu donne de la stabilité et donne des contraintes de temps à ce lieu d'activité. En excluant tout ce qui ne compose pas ce lieu au sens conventionnel, on définit ce qui est du ressort de la convention, ce qui donne au final du poids dans les contrats effectués entre États différents. Enfin, le professeur Honnold conclut, lorsque les parties ne sont pas d'accord pour le choix d'un lieu de conclusion et/ou d'exécution fait explicitement, que la Convention de 1980 permet déjà, comme les suivantes, de donner la possibilité au droit national de s'appliquer si elle le peut.

B. Établissements multiples et absence d'établissement

556. Dans cette définition, et à travers les différentes conventions, un autre problème de taille se greffe à l'élément d'extranéité qui se base désormais sur le critère de l' « établissement ». Un problème qui est très controversé dans la doctrine de droit international privé, ce qui rend difficile l'application de ces conventions. Ce problème est la situation dans laquelle une partie contractante, voir les deux parties, ont deux ou plusieurs lieux d'établissements et ce dans de multiples pays. La question qui se pose est de savoir dans quel lieu sera mis l'accent d'un tel accord ? Si le lieu n'a pas été choisi en commun pour effectuer le contrat, il se peut alors, à titre d'exemple, qu'une société irakienne ait plusieurs bâtiments en son pays, mais aussi dans d'autres pays qui ne sont rattachés à aucune convention.

557. À cette fin, nous avons déjà souligné que la jurisprudence avait donné la priorité aux termes « relation plus étroite du contrat » dont le « principale établissement » ne fait plus figure de référence[636]. Une relation qui s'effectue dans un moment, un lieu mettant en lien un contrat à venir ou effectué en accord des deux parties. Par la suite, l'article 18

---

[635] J. O. HONNOLD, « Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations », in A. ROSETT, *Réflexions critiques sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Ohio State Law Journal, 1984, p.265s. [En ligne] http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rossett.html (consulté le 15/12/2014).

[636] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, voir article 6, alinéa 2) : « *Dans le cas où une partie n'a pas indiqué d'établissement et elle a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération aux fins de la présente Convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles avant ou au moment de la conclusion du contrat* ».

finalisera cet alinéa 2 de l'article 6. À noter que cette solution existe aussi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises via l'article 10[637]. Dans cet article, on trouve une tournure négative complétée par une restriction et qui mentionne *« à moins que l'établissement ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique »* mettant en exergue que la Convention s'annulerait s'il était vérifié que les établissements, aussi nombreux qu'ils soient, se trouvaient tous dans un même État. Rappelons au passage que dans le terme « partie » il faut entendre de la part des conventions, toutes les personnes morales et physiques. Un rappel qui est précieux si l'on fait référence à l'article 14[638] de la Convention des Nations Unies sur les communications électroniques de 2005. Une des notes de la CNUDCI témoigne que cette règle supplétive :

> « *… s'applique non seulement si une partie n'a pas indiqué d'établissement, mais également lorsque l'indication a été réfutée conformément au paragraphe 1 de cet article*[639] ».

558. À l'inverse de l'hypothèse sur la multiplicité des lieux dits d' « établissement », il y a un autre problème : l'absence de ce lieu. Et nous pouvons d'ores et déjà avancer que ce problème est lui aussi résolu par l'article 6, paragraphe 2 mentionné *supra*. Mais la « résidence habituelle » n'est plus mise en avant surtout dans des contrats qui se déroulent

---

[637] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (CVIM), 1980, l'article 10 : « a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat; b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ».

[638] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, voir article 14 :

« 1. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, peut exercer un droit de retrait de la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si :a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique; et b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit régissant les conséquences d'une erreur autre que celle visée au paragraphe 1 ».

[639] Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17), par.46.

sur des plateformes biens éloignées de ces résidences habituelles. Nicolas Lacasse[640] intervient sur l'ignorance de l'une des parties contractantes quant à la localisation de l'établissement de son co-contractant dans un autre État. Il précise que cette situation peut surgir lorsqu'une personne agit en tant que tierce personne dans la transaction et ce sans révéler l'identité de son associé. Une forme de contrat qui n'est pas envisagée par la Convention suite à l'article 1, alinéa 2. Une exclusion qui se fonde sur le principe de la disponibilité de choix aux parties au moment de la conclusion du contrat.

559. En somme, ce sont des cas exceptionnels par rapport aux principes de droit généraux en droit international privé qui, selon N. Watté et A. Nuyts[641], considère ce sens « international » dès qu'il y a des points de rattachements avec plus d'un système national. Mais, dans ce cas, ni le lieu des contractants, ni le moment de la conclusion et/ou de l'exécution du contrat influenceront la fonction même de la Convention.

560. Après ces analyses sur les différentes positions entrevues par les Nations Unies et leurs conventions visant la communication électroniques en milieu international, nous devons prendre en compte, dans le point suivant, la position de la Convention de La Haye faite en 2005, qui de manière générale a renforcé les règles uniformes sur la compétence et la reconnaissance de l'exécution des jugements étrangers, que ce soit en matière civile ou commerciale, de même qu'il s'agit à la fois d'un instrument qui s'applique sur l'élection de for et sur le commerce électronique. Cette convention, évite à tout point de vue, cette notion d' « établissement » comme point de l'élément d'extranéité. En fait elle n'exige pas une situation particulièrement internationale en imposant deux significations différentes, que nous allons diviser en deux parties :

1. La signification négative

561. Elle s'établit, en matière de conflit de compétence, dans une zone géographique dont la Convention a des dispositions plutôt classiques[642]. Cela étant, elle peut aussi se

[640] N. LACASSE, « Le champ d'application de la convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », in *Acte du Colloque sur la vente internationale*, L. PERRET et N. LACASSE (dir.), Editions Wilson & Lafleur, Montréal, p.23s.
[641] N. WATTE et A. NUYTS, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale – La théorie à l'épreuve de la pratique », in *Journal du Droit International*, 2003, p.399.
[642] T. HARTLEY, et M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, HccH, 2005.

muer vers des clauses de déconnexion avec des instruments régionaux existants tout comme le souligne l'article 26. Il nous faudra montrer en parallèle les clauses attributives abordées par le règlement (CE) Bruxelles I bis et la Convention de Lugano[643]. Car, contrairement à la tradition de cette Conférence de la Haye, les négociateurs ont pris parti de ne pas étendre l'application de la Convention aux « situations internationales » comme le souligne l'article 1, alinéa 1[644]. Selon P. Mayer[645], ce choix ne s'imposait nullement, surtout que de nombreux domaines ont été visés par le droit moderne qui tend à juste titre d'aligner des dispositions en vue de stabiliser les situations internes et internationales.

562. Pensons à l'affaire *Ingmar*[646], qui évite tout simplement cette question en définissant autrement le caractère « international » de la Convention. Un cas bien connu reste celui de la Convention de Rome de 1980[647] sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui se définit comme s'appliquant aux diverses situations qui sont composées d'un conflit de lois. De plus, cette dernière convention se complète par des règles impératives, en ce sens qu'elles s'appliquent quand le conflit de lois existe par la seule volonté des parties sans être mêlée par une situation internationale inhérente[648].

563. Doit-on inclure une disposition identique dans une convention de procédure ? À cette question, on peut répondre : pas obligatoirement, sauf si l'on désire sauvegarder des règles de compétence exclusives pour les États contractants. Comme la Convention de La Haye part du principe d'être d'emblée dans une situation internationale (par essence), il

---

[643] C. KESSEDJIAN, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for » In *Journal du droit international (Clunet) n° 3*, 2006, doctr. 11, p.5.

[644] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 1, alinéa 1 : « La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale ».

[645] P. MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage internationale ? » In *Revue de l'arbitrage n°2*, 2005, p.361s.

[646] Eur-Lex, *Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc.*, 2000. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61998CJ0381 (consulté le 14/11/2014).

[647] Notamment avec l'article 1, alinéa 1 : « Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles ».

[648] Notamment avec l'article 3, alinéa 3 : « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives»* ».

faudrait que les négociateurs se mettent d'accord sur la définition même de l'« internationalisme », ce qui repose de façon négative sur l'accord d'élection de for[649].

564. Nous savons qu'en pratique l'extranéité peut reposer sur un seul élément du litige qui peut être pointé par le tribunal saisi, ce que Madam C. Kessedjian[650] rejoint, en rappelant que dans un tel cas, sous réserve de ce qui a été prononcé après la validité du contrat, la double extranéité d'un élément pertinent du litige (son lieu de conclusion) et la situation du tribunal élu, permettront au final de témoigner d'un caractère « international », même si les deux parties font partie d'un seul et unique État.

565. En somme, ce sont toutes les présomptions présentes qui donnent la faveur à la nature internationale de la situation. C'est uniquement si les éléments réunis sont issus d'un même État que la valeur « internationale » du contrat ne prend plus sa place. Ici, Madam Kessedjian[651] souligne que si l'État du tribunal élu se situe en dehors des autres pays, le contrat n'a pas pour autant une valeur d'extranéité, ce sont les pièces du litige qui le rattache à la notion même d'« extranéité ». Cela ne veut pas dire pour autant que les négociateurs ont omis les hypothèses d'une volonté des parties à choisir un tribunal « neutre » vis-à-vis de leurs activités ou de leurs localités. À noter que ces tribunaux « neutres » sont souvent utilisés lorsqu'il y a un élément qui présente un caractère d'extranéité.

566. Par rapport à la définition de La Haye, il manque la date qui a convié cet « établissement » ou cette « résidence des parties », ainsi que les éléments du litige.

---

[649] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 1, alinéa 2 : « *Elles ne s'appliquent pas:* a) *à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11;* b) *aux obligations contractuelles concernant: - les testaments et successions, - les régimes matrimoniaux, - les droits des devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes;* c) *aux obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable;* d) *aux conventions d'arbitrage et d'élection de for;* e) *aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale;* f) *à la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale;* g) *à la constitution des trusts, aux relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires;* h) *à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'article 14* ».

[650] C. KESSEDJIAN, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for *l. Op. cit.*, p. 5.

[651] *Ibid.*

L'action la plus simple pour le juge serait de prendre la date de conclusion de l'accord de l'élection de for. Toutefois, si la Convention reste muette. Il est en effet possible qu'une clause d'élection de for, liée par obligation de principe pour les juridictions des États contractants, rejette sa compétence surtout dans le cas où une clause est couverte par une convention qui désigne un for étranger. La convention ne peut avoir de réels impacts si la situation est interne. Au final, comme nous l'avons vu, pour la Conférence de La Haye, la définition du terme « international » provient d'un jeu d'exclusion (procédé négatif) en disant que :

> « *La situation est internationale « sauf si » les parties résident dans le même état et que tous les éléments pertinents du litige sont liée uniquement à cet état*[652] ».

567. De fait, il y a une « flexibilité » dans la détermination de l'élément d'extranéité. La nationalité des parties et le moment et le lieu de conclusion et/ou d'exécution du contrat n'entre pas dans les critères soulevant ce caractère international. De plus, elle est très explicite dans l'article 1, elle montre que la volonté des parties ne signifie en rien une détermination de l'extranéité des litiges.

2. La signification positive

568. Elle s'applique à des fins de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, qui s'articule dans le paragraphe 3 de l'article 1[653]. Madame C. Kessedjian[654], montre que la situation initiale d'un litige peut évoluer : une affaire qui n'était pas internationale en vertu de l'article 1, alinéa 2, lors du verdict du jugement d'origine peut le devenir si celui-ci doit être exécuté dans un autre État contractant, ce qui s'avère possible si le jugement eût été reconnu par un tribunal étranger. Tout cela est rendu possible en vertu de l'article 20[655] qui autorise un État à déclarer que ses tribunaux soient inefficaces dans une situation qui est strictement interne. C'est le terme « étranger » qui prend place dans la signification

---

[652] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 1, alinéa 2.
[653] *Ibid*., alinéa 3 : « *Une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise.* »
[654] C. KESSEDJIAN, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for, *Op. cit.*, p. 6
[655] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 20 : « *Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de reconnaître ou d'exécuter un jugement rendu par un tribunal d'un autre État contractant lorsque les parties avaient leur résidence dans l'État requis et que les relations entre les parties, ainsi que tous les autres éléments pertinents du litige, autres que le lieu du tribunal élu, étaient liés uniquement à l'État requis* ».

positive, il suffit que cet élément soit perceptible dans les faits pour que l'élément d'extranéité soit applicable et donne donc la possibilité au contrat et au litige d'avoir une valeur internationale.

569. Pour clarifier ce cas, prenons un exemple : supposons que les parties habitent dans un État A et que tous les autres éléments qui constituent le contrat soient liés à cet État A. Si les parties conviennent qu'un tribunal d'un État B soit plus compétent et que l'une des parties engage une procédure devant le tribunal de l'État A, ce tribunal se doit d'exercer sa compétence car il ne peut la refuser en vertu de l'article 6[656]. Au contraire, si la procédure s'était réalisée dans l'État B, l'État A serait contraint, par l'article 8[657], de reconnaitre le jugement qui en proviendrait, ce qui donnerait faveur à l'internationalité du litige.

570. Comme en témoigne Stephan Rammeloo[658], la convention de La Haye sur les Accords d'élection de for tout comme la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des

---

[656] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 6 :
« 1. *Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article*
2. *Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi:* a) *par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ou* b) *si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable* ».

[657] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 8 :
« 1. *Un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for est reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément au présent chapitre. La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée aux seuls motifs énoncés dans la présente Convention*.
2. Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut.
3. Un jugement n'est reconnu que s'il produit ses effets dans l'État d'origine et n'est exécuté que s'il est exécutoire dans l'État d'origine.
4. La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si le jugement fait l'objet d'un recours dans l'État d'origine ou si le délai pour exercer un recours ordinaire n'a pas expiré. Un tel refus n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement.
5. Cet article s'applique également à un jugement rendu par un tribunal d'un État contractant suite à un renvoi de l'affaire du tribunal élu dans cet État contractant comme prévu par l'article 5, paragraphe 3. Toutefois, lorsque le tribunal élu disposait d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire devant un autre tribunal, la reconnaissance ou l'exécution du jugement peut être refusée à l'égard d'une partie qui s'était opposée au renvoi en temps opportun dans l'État d'origine ».

[658] S. RAMMELOO, *Corporations in private international law*: *An European perspective*. Oxford University Press, 2001. Chapitres 4 et 5.

commerces électroniques font appel au critère de la « résidence alternative » pour déterminer l'extranéité d'une situation. Cette approche peut être mise en analogie avec le Common Law et le droit civil qui ont des points de vue intéressants sur la nation de « résidence » ou d' « établissement ». En réalité, la Common Law et le droit civil ont quelque peu motivé la Convention de La Haye à modifier le critère de résidence surtout pour les personnes physiques. Dans la Common Law, il est primordial de constituer un lieu qui détermine la conclusion et/ou l'exécution d'un contrat pour trancher des éventuelles questions relatives aux affaires internes de la personne morale. C'est bien *la Common Law* qui donna naissance au critère spécifique de la personnalité « morale »[659].

571. On peut noter que ce système juridique ne fait aucune distinction entre le lieu de l'administration centrale et le lieu principal. Car l'administration centrale représente la personne morale ainsi que ses décisions les plus importantes. Tandis que le lieu principal représente le centre des activités économiques. Normalement, ces deux lieux sont issus d'un même « siège » ou d'un même lieu mais il y a des cas où ils sont très éloignés. Le cas le plus fréquent et visible dans la fabrication d'objet, par exemple une société de pantalon situé à Londres (administration centrale) pourrait tout à fait exercer une activité localisée en Inde (principal établissement). Ainsi, tous les facteurs de rattachement (réunis en trois concepts) sont importants pour *la Common Law* d'où la possibilité pour la personne morale d'occuper chacun de ses lieux[660].

572. En réalité, le facteur de rattachement (le lieu de l'établissement) souvent utilisé par les conventions internationales, que l'on a cité précédemment, pose toujours autant de problème surtout avec les données numériques. Dans un premier temps, le cybernaute ne sait pas explicitement où sont localisés aussi bien l'établissement principal que l'administration centrale. Ensuite, la nationalité du vendeur est quasi indéterminable tant il est absent du site de vente ou seul son nom réside, ce qui ne le rattache en rien avec le lieu de l'établissement – sans parler des produits ou services qui n'ont pas de relations avec un espace physique (sans livraison). Même si ce problème reste entier, Madame Sylvette Guillemard estime que l'atténuation d'un tel problème est envisagée par la Directive

[659] *Ibid*.
[660] T. HARTLEY & M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, HccH, 2005, note 120, p.43.

européenne sur le commerce électronique de 2001. Elle impose au prestataire une liste minimale d'informations générales à donner et dont « *l'accès est rendu aisé par un lien direct et permanant pour les destinataires du service*[661] » ; parmi elles, « *l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi*[662] ».

573. Enfin, nous notons que l'article 29[663] de la Convention de La Haye suggère une situation dans laquelle l'organisation régionale d'intégration économique serait rattachée à cette convention, simultanément avec ses États membres. A contrario, l'article 30[664]

---

[661] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit*., p.492.

[662] *Cf.* L'article 5 de la directive européen sur le « e-commerce » en 2000 qui prévoit que :

« 1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes: a) le nom du prestataire de services; b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi; c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui; d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre; e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente; f) en ce qui concerne les professions réglementées: - tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit, - le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, - une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès; g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme(29).

2. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent au moins à ce que, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. »

[663] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 29 :

« 1. Une Organisation régionale d'intégration économique constituée seulement par des États souverains et ayant compétence sur certaines ou toutes les matières régies par la présente Convention peut également signer, accepter ou approuver cette Convention ou y adhérer. En pareil cas, l'Organisation régionale d'intégration économique aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où cette Organisation a compétence sur des matières régies par cette Convention.

2. *Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'Organisation régionale d'intégration économique notifie au dépositaire, par écrit, les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres ont transféré leur compétence à cette Organisation.* L'Organisation notifie aussitôt au dépositaire, par écrit, toute modification intervenue dans la délégation de compétence précisée dans la notification la plus récente faite en vertu du présent paragraphe.

3. Pour les fins de l'entrée en vigueur de la présente Convention, tout instrument déposé par une Organisation régionale d'intégration économique n'est pas compté, à moins que l'Organisation régionale d'intégration économique déclare, en vertu de l'article 30, que ses États membres ne seront pas Parties à cette Convention.

4. Toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, à une Organisation régionale d'intégration économique qui y est Partie ».

[664] HccH, Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, article 30 :

suggère une situation dans laquelle l'organisation ferait partie de la Convention sans que les États y soient présents.

Section 2 : L'identité entre le conflit international et interne

574. Nous avons vu dans la première section que l'élément d'extranéité était souvent atténué en vue de sa difficulté d'application dans le commerce électronique et que plusieurs tendances en découlaient. Dans le 1er paragraphe, il s'agira de voir la tendance qui opte pour conférer des unités fédérales, l'« épithète » de l'État. Dans un second paragraphe, ces conventions pourront adopter une autre attitude : elles reconnaissent aux États contractants un droit de « réservation » sur l'application de ce principe.

Paragraphe 1 : Le principe

575. En fait, en conflit de droit international privé, un phénomène de concordance doit se faire sur la notion et la forme générale de l'État (A). Ensuite, avec cette nouvelle tendance conventionnelle, le conflit survient surtout entres les différentes unités fédérales (B).

A. La concordance de notion de conflit avec la forme de l'État

576. Dans une situation de conflit en droit international privé, le conflit se déroule entre des pays indépendants. Selon ce même droit, la définition d'un pays indépendant requiert trois éléments distinctifs : la nation, le territoire et le pouvoir souverain.

« 1. Au moment de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, une Organisation régionale d'intégration économique peut déclarer qu'elle a compétence pour toutes les matières régies par la présente Convention et que ses États membres ne seront pas Parties à cette Convention mais y seront liés en raison du fait de la signature, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion de l'Organisation.
2. Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe premier, toute référence à « État contractant » ou « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, aux États membres de l'Organisation ».

1. Le caractère national

577. Ce qui caractérise le terme de « nation » a été traduit par la *Charte des Nations Unies*[665] qui décrit le mot nation comme suit : *« Une nation est ce qui exprime les idéaux et les buts communs de tout un peuple »*. Une définition qui se doit d'être réactualisée dans le contexte de chacun des pays car ce fait, État Nation, est propre au XIXème siècle et ne répond plus avec les actualités des peuples[666]. Il y a des pays où ce caractère semble être très présent et qui mettent en lien un sentiment d'appartenance avec le peuple. Une nation qui peut muer selon l'histoire, la culture et les penchants politique des gens qui représentent cette nation, que ce soit de façon moral via l'État ou physique via la densité de la population. Ce caractère renvoie aussi à l'élément d'extranéité en ce sens que l'individu se caractérise par sa nationalité et donne raison d'un corps étranger qui a une autre nationalité, la nation crée donc des différences.

2. Le caractère territorial

578. Si l'on reprend la définition de Guy Di Méo :

> « Le territoire est une appropriation à la fois économique, idéologique et politique (sociale, donc) de l'espace par des groupes qui se donnent une représentation particulière d'eux-mêmes, de leur histoire. »[667]

579. On peut voir qu'il ne peut être existant sans une force étatique ou nationale lui conférant des limites donnant par la suite une surface terrestres, maritime et aérienne. D'après l'article 2 de *La Charte des Nations Unies*, c'est le territoire qui formera cet espace d'inviolabilité créant un intérieur et un extérieur. Ce territoire national, souvent sacralisée, ne pourra être violé. Si violation il y a, cela pourrait être considéré comme un cas grave ou comme une cause de conflit *« casus belli »*. C'est pourquoi, le respect de l'intégrité territoriale constitue un des grands principes du droit international qui ne peut être que la garantie réalisée par les États et/ou les organisations internationales[668].

---

[665] Nations Unies, *Charte des Nations Unies*, 1945. [En ligne] www.un.org/fr/documents/charter/pdf (consulté le 28/10/2014).
[666] *Cf.* Y. LACOSTE, Vive *la nation: Destin d'une idée géopolitique*, Fayard, Paris, 1998.
[667] G. DI MÉO, *Op. cit.*, p. 40.
[668] *Cf.* Article 2 de la Charte des Nations Unies ; article 2 de la Charte pour l'Unité africaine ; article 17 de la Charte des États américains.

3. Le caractère de la souveraineté

580. Ce troisième trait est, en général, issu du pouvoir de l'État mis en place dont les fonctions premières sont de légiférer, gouverner et juger. Selon Messieurs Jean Combacau et Serge Sur[669], la souveraineté signifie que l'État est lui-même autonome vis-à-vis des compétences et de la façon dont il exerce son pouvoir. Mais la souveraineté implique l'égalité des États qui ne peuvent se considéré supérieurs entre eux, malgré les dimensions de surfaces, de richesses ou autres. Tandis que Jean Salmon donne une autre définition :

> « *La souveraineté est le caractère de l'État signifiant qu'il n'est soumis à aucun autre pouvoir de même nature » et « la souveraineté est l'aptitude légale de l'État, pleine et entière, qui lui permet, du moins potentiellement, d'exercer tous les droits que l'ordre juridique international connaît et en particulier la faculté de décider, d'accomplir un acte, de poser des règles*.[670] »

581. D'autres définitions[671] existent, mais toutes se rejoignent autour des notions d'« État » ou de « peuple », toujours d'actualité.

582. Si l'on s'accorde sur ces trois caractères, il en va différemment pour les formes des États. Tout d'abord, l'État unitaire (la France par exemple) qui se définit comme un tout régi (régions, départements, communes, etc.) par un seul pouvoir réuni dans un seul territoire soumis à un pouvoir souverain tant au point de vue interne qu'externe en vue d'homogénéisé cette État qui se constitue. Selon Hauriou, l'État unitaire serait *« un État indivisible, qui est unifié par un lien sociétal* [672]». En fait, il y a unité du pouvoir normatif et du pouvoir gouvernemental, ce qui favorise une tendance, soulignée par Bertrand Pauvert[673], à la centralisation. Une centralisation qui marque un pouvoir central incontesté, mais qui peut être décentralisé à juste titre pour permettre à cet État de léguer ce même pouvoir à travers des personnes morales donnant une autonomie partielle, faisant toujours référence à ce pouvoir supérieur de l'État.

---

669 J. COMBACAU, et S. SUR, *Droit international public*, 4ème éd. Montchrestien, 1999, p. 227.
670 J. SALMON, *Op. cit.*, p.1045.
671 *Cf.* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F, Paris, 2003, p.1434 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., P.U.F, Paris, 2004, p.369.
672 M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd. Sirey, 1929. Réédité par le CNRS, 1965, p.122.
673 B. PAUVERT, *Droit constitutionnel: théorie générale,* Ve République, Studyrama, 2004. p.51s.

583. Ensuite, il y a l'État fédéré[674] (Les États-Unis d'Amérique, l'Irak), qui se définit comme un État constitué de plusieurs États dont l'État fédéral est le seul à être reconnu sur le plan international et dont les États fédéré représentent la base ou les bras de cet État fédéral. En somme, comme le résume Bertrand Pauvert[675], le fédéralisme est une superposition d'États qui se sont associés au fil du temps en vue de former des superstructures à l'encontre d'autres superstructures par concurrence. En fait, l'État fédéral prône la qualité des différences qui émane de chacun des États et donc des personnes qui le représente et vise à harmoniser les différents conflits internes malgré les différences, ayant ainsi des objectifs communs tout en préservant les aspects spécifiques.

584. Il peut exister une confédération qui résulte de l'association contractuelle de plusieurs États (sous forme de *traité* international), sans pour autant former un nouvel État à part entière. Par exemple, l'Union Européenne (1957) qui réunit différents États membres pour fixer des objectifs communs qui touchent plusieurs pays mais de façons multiples. Ces membres adoptent des règles (toujours à l'unanimité) qui produiront des effets dans la zone soumise par ce traité. Mais ces différences peuvent être tellement grandes que cela peut engendrer la perte de cette confédération, comme c'est le cas de l'Union européenne, qui n'arrive pas toujours à souligner le terme du mot « union » tant les idées divergent et entrent en conflit interne dans la zone de l'Europe, ce qui pose de nombreuse question sur la réussite de cette forme à l'inverse des États-Unis confédérés depuis 1778[676].

585. Dans les diverses situations évoquées s*upra*, le droit international privé se concrétise avec des États qui sont indépendants, car il ne donne pas de règles qui unifierait les unités territoriales de ces États fédéraux. En effet, dans ces États fédéraux, il peut y avoir deux ou plusieurs unités qui ont chacune leur propre système juridique. Les États qui ont tous les éléments qui le caractérise (nation, territoire, souveraineté) peuvent cependant

---

[674] A noter que l'Irak en 2005 est devenu un pays fédéral selon l'article 1 de la constitution 2005 qui prévoit que : « La République de l'Irak est un seul fédéral, indépendant et pleinement souverain état dans lequel le système de gouvernement est républicain, représentatif, parlementaire et démocratique, et cette Constitution est un garant de l'unité de l'Irak. » Les autres exemples de fédérations sont nombreux actuellement : L'Irak, Fédération de Russie, États-Unis d'Amérique, Brésil, Canada, Allemagne, Suisse… »

[675] B. PAUVERT, *Op. cit.*, p.60.

[676] Selon le vocabulaire politique, le confédéralisme est un mode d'association d'États indépendants et souverains qui confient par traité la gestion de certains de leurs intérêts à une organisation politique commune. En Belgique, projet d'accentuation du caractère fédéral de la structure institutionnelle de l'État. En ligne : http://www.vocabulairepolitique.be/confederalisme. (consulté le 12/12/2014).

manquer d'indépendance ce qui marque un certain manque de souveraineté au point de vue international, ce qui ne montre en rien qu'en droit interne il y ait forcément un manque d'indépendance mais cela souligne tout simplement que, juridiquement, d'après certains auteurs[677], il y a une *impersonnalité* à l'échelle internationale. Si nous prenons l'exemple des États-Unis d'Amérique, ou même du Canada, ou du Royaume-Uni qui est composé de quatre unités : Angleterre, Pays de Galles, Ecosse et Irlande du Nord formant une *nation constitutive*, on voit qu'ils sont composés d'États fédérés mais qu'il y a aussi des États qui contiennent des parties non fédérées. Dans ce cas de figure tout est renvoyé à la nation du Royaume-Unis comme étant un tout unifié, réduisant ainsi les conflits entre États. Dans ces exemples, nous voulons souligner que les conflits des États fédérés sont réduits par une unité supérieure qui représente l'État fédéral. À l'inverse, quand un État est unifié tel que la France, nous pouvons vraisemblablement parler de conflits qui muent dans le cadre du droit international privé ; sinon il n'y aurait pas de conflit de compétence internationale, le pays perdrait un élément qui constituait la base de ses propres éléments nationaux, territoriaux voir de souveraineté[678].

586. En conclusion, nous voyons que les États indépendants créent des conflits qui sont propres à leurs caractères idéologiques concernant la valeur de la nation, du territoire et de la souveraineté, alors que les États fédérés ne peuvent avoir de conflits entre eux, car ils sont soumis à une unité fédérale qui englobe un territoire décisionnel supérieure rendant le système juridique en quelque sorte plus aisé. Bien qu'il y ait d'autres problèmes, les conflits ne sont pas présents comme dans le cas des pays indépendants.

B. La provenance de conflits entre les unités fédérales

587. Dans cette tendance qui décrit la manière dont s'opèrent les conflits, les conventions internationales ont adopté une nouvelle approche qui s'oppose à la tendance classique vue dans le point (A) de ce paragraphe. Elles ont désormais toléré que les conflits pouvaient se réaliser entres des unités fédérales même si ces États n'ont pas leurs indépendance ce qui diffère déjà avec la notion d'État perçue par le droit international

[677] F.A.M. RIAD et D. SAMIA RASHID, *Droit international privé, les conflits de lois* [titre traduit de l'arabe], Dar Al Nihda, 1996, p.55s.
[678] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, HccH, 2005, p.43.

public. Par exemple, aux États-Unis, les règles de conflit interne sont soumises aux mêmes règles de conflit international. Chaque État fédéré à sa propre juridiction, ce qui n'oblige en rien une cohésion entre le tribunal compétent et la loi applicable. Par exemple, un juge de l'État de New-York peut employer une loi en provenance de Californie[679].

588. Nous pouvons relever que cette solution a été prise en compte, surtout dans le commerce international. En outre, la Convention de La Haye et des Nations Unies traitent cette question de conflit en transposant ce fait dans les États non unifiés faisant pourtant partie des conventions citées *supra*. La question qui surgit est la suivante : *« Est-ce que ces États doivent appliquer la convention par rapport aux conflits qui surviennent entre les tribunaux et leurs différentes unités territoriales ?* [680]*»*. À cette question, les conventions ont répondu par l'article 18[681] pour les Nations Unies et l'article 25[682] pour celle de La Haye en 2005. En réalité, les conventions ont considéré un État « fédéré », avec ses propres règles et ses propres tribunaux, comme un État indépendant et donc répondant à des conflits entre les différents États fédérés. Un principe que la Convention de La Haye avait déjà pris en compte dans cette convention sur les contrats de vente internationale de

---

[679] F. A. M. RIAD, *La valeur internationale des jugements en droit comparé*, Editions Sirey, Paris, 1955. p.8.

[680] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Op. cit.*, p. 40.

[681] L'article 25 prévoit que : « 1. *Au regard d'un État contractant dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :* a) *toute référence à la loi ou à la procédure d'un État vise, le cas échéant, la loi ou la procédure en vigueur dans l'unité territoriale considérée* ; b) *toute référence à la résidence dans un État vise, le cas échéant, la résidence dans l'unité territoriale considérée* ; c) *toute référence au tribunal ou aux tribunaux d'un État vise, le cas échéant, le tribunal ou les tribunaux dans l'unité territoriale considérée* ; d) *toute référence au lien avec un État vise, le cas échéant, le lien avec l'unité territoriale considérée* ».

[682] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, article 18 : « 1. *Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.* 2. *Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.* 3. *Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.* 4. *Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État* ». *Cf.* F. K. SHAUN. p. 28s. *Op. cit.,*

marchandise de 1986 sur loi applicable via les articles 19 et 20[683]. Tout comme ces États peuvent choisir de ne pas se plier aux conventions dans les conflits entre les différentes lois mises à disposition dans ces unités territoriales. Si l'on revient sur l'article 25 des Nations Unies, qui solutionne par des exemples cette dualité entre État unifié et fédéré, cette convention s'appliquera dès lors que l'État est compris dans son sens international ou soit considéré comme une unité territoriale[684].

589. Le paragraphe 2 de cet article témoigne des effets complémentaires à la politique de « non-application » de la Convention dans des cas strictement internes. Le problème qui doit se résoudre est celui où un État contractant se compose de deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes juridiques sont hétérogènes mais ne sont pas tenus d'appliquer la Convention dans des situations de litiges impliquant uniquement ces différentes unités territoriales. A noter que pour que ce principe soit applicable, il faudra au préalable que le tribunal élu fasse partie de l'État en question, sinon l'article 20 s'appliquera dans le cas contraire. Ensuite, le paragraphe 3 suggère une autre hypothèse : lorsqu'un tribunal est situé dans une unité territoriale d'un État contractant qui n'est pas tenu de reconnaître ou d'exécuter le jugement d'un autre État contractant pour des raisons qui le lierait à la Convention. Par exemple, un tribunal situé en Belgique n'est pas tenu par la Convention de reconnaitre un jugement émis depuis la France parce qu'un autre pays l'a fait auparavant. Le tribunal de Belgique doit décider par lui-même si les conditions sont remplies pour la reconnaissance ou l'exécution en vertu de la Convention[685].

590. Afin de faciliter l'application de ces principes, les conventions internationales ont essayé de mettre une signification du terme « État » dans le cas d'un système juridique non unifié : soit il désigne l'État dans son ensemble (États-Unis, Canada, Chine, …) soit

[683] HccH, Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, 1986. Article 19 : « A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de vente de marchandises, toute référence à la loi de cet État sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée. » et l'article 20 : « Un État dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres systèmes de droit ou leurs propres règles en matière de vente n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits entre les lois en vigueur dans ces unités territoriales. ». [En ligne] www.hcch.net (consulté le 15/12/2014).

[684] Le fait que certaines, voir la totalité des unités territoriales pertinentes d'un État contractant qui appliquent le *Common Law* ne signifie nullement qu'elles s'appliquent dans des systèmes juridiques différents. Le cas peut être soulevé si leur législation est différente comme c'est le cas de l'Australie et du Canada.

[685] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Op. cit.*, p 81

comme une unité territoriale clos dans un État (Ontario, Hong Kong, l'Ecosse, New Jersey…). Ce qui aura pour conséquence qu'une clause qui désigne les tribunaux des États-Unis ou qui désigne les tribunaux du New Jersey, seront tous deux conviés aux accords exclusifs d'élection de for valables en vertu de la Convention[686]. Sans oublier qu'une difficulté est toujours présente qu'en à la formation des États non contractants et contractants qui sont mis en jeu dans les articles 25, 28, 29 et 30. Enfin, une autre position est vérifiable : elle vient de la *Loi type* de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1996 dont le mot « État » est compris comme suit :

> « *Le mot "État", utilisé dans le préambule et tout au long de la Loi type, désigne l'entité qui incorpore la Loi type dans son droit national (l'état adoptant). Il ne désigne pas, par exemple, un état au sein d'un pays doté d'un système fédéral. La législation nationale peut recourir à un autre terme d'usage courant à cette fin*.[687] »

591. Ce qui donne ici un lien entre la formation d'un État et de sa volonté à être caractérisé par une loi national mais aussi, sans toujours être très liée, à des conventions dont l'État fait gage ou se retire selon les diverses situations au risque de créer des conflits de compétence en plus des problèmes liés au litige.

Paragraphe 2 : La limitation à l'application du principe

592. Comme nous l'avons vu, de manière générale, le principe de l'égalité entre le conflit interne et le conflit international est exceptionnel. Il va à l'encontre des principes généreaux de droit international privé et public. Ce pourquoi, ces conventions ont abordé cette question comme étant une exception, ce qui donne une liberté aux États fédéraux pour l'application de ces conventions. Il suffit que l'État contractant mette une déclaration qui stipule si oui ou non il y aura application des dispositions conventionnelles. Nous verrons en deux points que d'un côté, les États contractants ont un pouvoir discrétionnaire, ce qui minimise ou limite les dispositions des conventions internationales qui seront soit partielle ou soit intégrale d'après les situations. Et dans le second point, nous aborderons

[686] *Ibid.*
[687] Union Européenne, Bruxelles, Rapport explicatif Virgos Schmit sur la convention du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité, 1996, p.36.

l'hypothèse d'une possible absence de déclaration de limitation de ce principe par les États contractants.

A. L'application partielle ou intégrale des dispositions des conventions internationales

593. En effet, certaines parties de la convention peuvent restreindre l'application elle-même d'une déclaration faite dans tel ou tel État par sa loi interne. Ce pourquoi autant la Convention de La Haye[688] que le Convention des Nations Unies de 2005 a donné le droit aux unités territoriales (une seule ou la majorité d'entre elles) de modifier à tout instant cette déclaration en la rectifiant par la suite. Une disposition mise en place par l'article 28 de la Convention de La Haye[689] tout comme l'article 18 de la Convention des Nations Unies de 2005[690] : il y a bien là une volonté de limiter l'application de ces conventions. Ce qui permet de déclarer que la Convention ne puisse avoir d'impact dans telles ou telles unités territoriales. Par exemple, dans l'État suisse, ce pays peut définir que la convention ne s'appliquera que dans l'unité territoriale du Canton d'Obwald[691], ce qui a pour objectif de faciliter une adhésion à cette convention sans que tout le pays y sois convié évitant de mêler la structure constitutionnelle fédérale et donnant aussi de l'autonomie, ce qui donne une sécurité juridique accrue car les parties peuvent savoir à l'avance, et indépendamment du droit international privé, où et quand s'applique ladite Convention.

---

[688] COM(2014) 46 final, La proposition de décision du Conseil relative à l'approbation, au nom de l'Union européenne, de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, 2014, p. 5. [En ligne] www.senat.fr (consulté le 15/02/2015).

[689] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, (HccH) Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005; l'article 28 prévoit que :
« 1. Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.
2. Toute déclaration est notifiée au dépositaire et indique expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
3. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'applique à l'ensemble du territoire de cet État.
4. Le présent article ne s'applique pas à une Organisation régionale d'intégration économique ».

[690] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, article 18: « *… il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration* ».

[691] Exemple repris dans T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Op. cit.*, p. 33

594. En comparaison, l'article 18 de la *Loi type* de la CNUDCI permet une sorte de « réservation » relative aux États fédéraux qui auront le droit de réguler l'application de telles règles de la part de la Convention dans chaque États fédérés. Toutefois, le paragraphe 4 de ce même article a immiscé une présomption : si l'État ne déclare pas sa position au moment de son adhésion à la convention (c'est-à-dire au moment de l'entrée en vigueur de cette convention), la convention sera établie sur tous les territoires de l'État fédéral[692]. Autrement dit, les parties doivent être claires et mentionner les restrictions envisagées par rapport à la convention pour éviter une application automatique de celle-ci. Un objectif que l'on peut comprendre pour atténuer la charge de la Convention dans certaines situations, qui permet une application plus progressive pour les États fédéraux et leurs unités territoriales. En revanche, si les droits sont identiques d'une unité à l'autre, en vertu de cet article 18, l'État qui est constitué de deux ou de plusieurs unités n'est pas forcer de faire une déclaration sur l'application de la convention prévue. Selon la convention des Nations Unies, le paragraphe 1 de l'article 18 ne se réfère en rien à la Constitution de l'État contractant en tant que fondement de l'existence de systèmes de droit différents dans cet État et déclarant par la suite : *« Ce léger changement, qui suit la pratique récente d'autres instruments internationaux de droit uniforme, ne devrait pas modifier la façon dont s'applique la "clause fédérale"* [693]*»*.

595. Enfin, si l'on s'intéresse au paragraphe 3 de l'article 18[694], celui-ci montre de façon limpide que, dans les communications électroniques, les fins de la Convention ne seront pas prises en compte dans un État contractant ou un « établissement » se situant dans une unité territoriale de ce même État où la convention n'a pas été approuvée. De plus, la convention des Nations Unis souligne que :

> « *… les conséquences de ce paragraphe varieront selon que l'État contractant dont les lois s'appliquent à un échange de communications électroniques a fait ou non*

---

[692] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, p.100.
[693] *Ibid*.
[694] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, article 18, par.3 : « *Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique* ».

une déclaration conformément à l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 19 [695]*» et termine par « Dans l'affirmative, la Convention ne s'appliquera pas, en revanche, si la loi applicable est celle d'un État contractant qui n'a pas fait une telle déclaration, la Convention s'appliquera néanmoins, étant donné que le paragraphe 1 de l'article premier n'exige pas que les deux parties se trouvent dans des États contractants (voir ci-dessus par. 60 à 64)*[696] ».

596. Montrant une fois de plus que le choix et la volonté des parties doivent se faire en analysant bien la situation pour savoir quelle État fédéré peut être le plus compétent ou voir s'il y a analogie avec d'autres États fédérés ou tout simplement voir si elles adhèrent avec une convention quelconque. Toutes ces mesures auront pour but de mettre en position de faveur la partie faible ou le vendeur en mettant à disposition un tel choix qui doit être présent dans un marché électronique quelque peu instable.

B. L'absence de déclaration de limitation du principe

597. Il se peut qu'à l'inverse d'une déclaration explicite, soit réalisé une « absence » de déclaration comme suit dans l'article 19, paragraphe 1 de la Convention des Nations Unis sur les communications électroniques dans les contrats internationaux[697]. Cette absence d'application ne peut se comprendre à travers trois questions : les règles du droit international privé désignent-elles la loi de l'État du for, d'un autre État contractant ou d'un État non contractant ? L'État dont la loi est désignée par les règles du droit

---

[695] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, p. 101.

[696] *Ibid*.

[697] Nations Unies, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005, article 19, paragraphe 1 :
« 1. Tout État contractant peut déclarer, conformément à l'article 21, qu'il appliquera la présente Convention uniquement: a) Lorsque les États visés au paragraphe 1 de l'article premier sont des États contractants à la présente Convention; ou b) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique. »
Concernant l'article 21 de la même convention prévoit que :
« 1. Des déclarations peuvent être faites à tout moment en vertu du paragraphe 4 de l'article 17, des paragraphes 1 et 2 de l'article 19 et des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 20. Les déclarations faites lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation ».
2. Les déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.
3. Les déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.
4. Tout État qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la modifier ou la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. La modification ou le retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire ».

international privé de l'État du for a-t-il fait une déclaration conformément à l'alinéa a ? Les deux parties ont-elles ou non leur établissement dans des États contractants différents ?

598. Selon la note explicative du secrétariat de la CNUDCI[698], la loi qui est de rigueur est celle de l'État contractant qui fait une déclaration comme l'indique l'alinéa a mettant en scène l'élément d'extranéité quand les deux parties ont leurs établissements dans deux États contractants différents. La loi peut aussi être privilégiée par l'État du for ou un autre État contractant qui n'a pas fait de déclaration, ce qui implique que la Convention interviendrait même si les parties n'ont pas leurs établissements dans des États contractants différents, ce qui réduit l'élément d'extranéité. Par contre, la loi venant d'un État non contractant ne sera pas liée avec une convention dont elle n'a pas fait de lien, sauf si l'État du for est un État contractant, ce qui mettra en place la Convention de façon mutatis mutandis comme décrite dans l'alinéa b présenté précédemment.

599. Les buts étant simples : modification possible de la déclaration, flexibilité des choix de la part des États et des unités territoriales, souplesse des dispositions émises par les conventions, etc. Par ailleurs, il n'est pas rare de voir ces phénomènes d'absence ou de modification dans le droit international privé et/ou commercial car ces traités ne sont pas considérés comme des réserves qui ne seraient pas envisageables pour la convention et qui n'ont pas de conséquences similaires aux réserves faites en droit international public. De son point de vue, Vincent Gautrais[699] estime que la nouvelle tendance conventionnelle ne nous permet pas de penser que cet article semble être utilisable de par ses distinctions diverses tant dans les déclarations que dans les réserves émises.

600. Si l'on retient l'article 22 de la Convention sur les communications électroniques, on peut s'apercevoir qu'elle exclut toute réserve à la Convention. Il n'y a aucune incidence mais le droit des États de faire une déclaration autorisée par la Convention n'aura pas le même effet que les réserves. La note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats

---

[698] CNUDCI, Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Texte et note explicative, 2007, p. 96, par. 284 s. p.101.

[699] V. GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécoi »s, *Op. cit.*, p. 25.

internationaux[700] souligne que cette distinction n'est pas toujours visible en pratique dans les traités car il est devenu habituel directement dans les conventions relatives au droit international privé ou dans des matières qui réunissent le droit commercial. Contrairement à la majorité des traités multilatéraux soutenus par l'Organisation des Nations Unies, qui mettent en scène les relations entre les États et les questions du droit international public, les conventions de droit international privé ou de droit commercial s'orientent vers une loi qui s'applique dans des opérations strictement commerciales et privées, ce qui rejette les mesures prises par les États en les incluant ipso facto dans leurs propres systèmes juridique interne[701].

601. Tout cela en vue d'améliorer la coordination entre le droit interne existant depuis de longue date et les conventions internationales sur le droit commercial ou dans d'autres domaines plus récent[702]. Une distinction qui prend beaucoup d'ampleur et qui est importante à signaler dans le cas des réserves soumises à des traités internationaux ; qui déclenchent généralement un rouage formel d'acceptations et d'objections comme le souligne, par exemple, la convention de Vienne sur le droit des traités dans ses articles 20 et 21. Si l'on omet cette distinction, cela pourrait entrainer des difficultés notables dans le domaine du droit international privé : cela réduirait les capacités des États à s'entendre sur des règles communes et réduirait un ajustement possible des dispositions d'une convention internationale vis-à-vis de leur système juridique interne. On comprend mieux ce qui motive ces conventions de distinguer d'une part les réserves qu'elles n'autorisent pas et d'autre part les déclarations modifiables par les États contractants[703].

602. Outre ce qui précède, il existe d'autres problèmes qui peuvent survenir, si des lois presque similaires se chevauchent selon les différentes unités territoriales, ainsi que le phénomène de délégation qui amène à rencontrer une forte densité de litige dans des tribunaux assaillis alors que d'autres tribunaux semblent très vétustes en termes de règles,

---

[700] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 4ème éd., Montchrestien, 1999. Commission des Nations Unies pour le droit Commercial International, 2001, p. 96, par. 317 et p.112.

[701] "De facto" et "de jure" sont des expressions latines. "De facto" signifie "en fait" ou "de fait". Le sens de ces locutions s'oppose à celui de "de jure" ou à celui de "ipso jure" qui signifient " en droit" ou "de droit" ou encore "de plein droit". [En ligne :] www.dictionnaire-juridique.com (consulté le 12/11/2014).

[702] La Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969. [En ligne:] https://textesdipannotes.files.wordpress.com (consultée le 14/12/2014)

[703] *Ibid*.

jamais réactualisées ou jamais convoitées[704]. Cette concurrence entre les tribunaux révèle un sens positif : elle permet de confronter des règles qui sont parfois hors du temps, ce qui permet de les améliorer par comparaison. Le plus difficile est de savoir quelle loi sera applicable et dans quel, si cela n'est pas possible de manière internationale, il faudra passer par des règles internes issus de l'État fédéral, ce qui conduit vers des règles de conflits internes[705].

603. À ce sujet, la doctrine n'est pas favorable aux cas visant une pluralité de lois dans un seul État et encore plus qu'en cet État est divisé par des unités territoriales. Pour cette doctrine, il y a un phénomène d'occultation de la justice qui peut se faire désormais localement ou par une concurrence résultant, comme nous l'avons dit, de conflits de compétence qui écartent le sujet même du litige. Cette doctrine souligne aussi que l'élément d'extranéité est très voir trop déterminant dans ces conventions internationales, qui donne enfin raison aux États fédéraux d'avoir cet aspect international[706].

604. Pour conclure, nous avons retenu que le règlement de Bruxelles de 2012[707] ne comporte plus de définition propre à l'élément d'extranéité bien qu'elle prévoit que le champ d'application soit dirigé vers des litiges internationaux[708]. De même que la Convention de Bruxelles, sur ce sujet de l'extranéité, n'est pas plus explicite que le Règlement. Le texte de 1968 était déjà muet sur ce point, ce qui par coutume ne donnait rien sur le caractère international. Ce texte met en avant que l'élément d'extranéité serait pris en charge par les parties. Elles seraient à même de répondre dans leur choix pour une juridiction compétente. Mais, nous avons déjà soulevé les risques encourus de cette prise en main des parties. Nous pouvons terminer ce chapitre en évoquant Madame Hélène

---

[704] D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. droit 49* (2005). p.275s.
[705] J-G. BELLEY, « Pluralisme juridique », in André-Jean Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993 : « *Existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques [abstraitement identiques, en ce sens que le larcin de l'un est factuellement identique au larcin de l'autre, par exemple, mais qu'ils relèvent de juridictions et de règles matérielles différentes]* ». Cité par D. BODEN, p.276.
[706] D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit* 49 (2005). p. 70 s.
[707] *Cf.* C. KESSEDJIAN, « *Règlement Bruxelles I révisé* », Europe n° 3, Mars 2013, *étude 3*: selon cette auteur, l'expression « officielle » est Règlement Bruxelles I refondu.
[708] Cf. Paragraphe 2 et 3 de l'article 1 du Règlement de Bruxelles I Bis : « …Le litige est international sauf si les parties résident dans le même État contractant et tous les éléments pertinents autres que l'emplacement du tribunal choisi sont liés uniquement dans cet état. Par ailleurs si le litige entièrement national le choix d'un tribunal étranger par des parties ne rend pas les litiges internationaux. »

Gaudemet-Tallon[709] qui estime, avec l'appui de l'article 17[710], qu'il est préférable que cet article soit compris dans une situation qui reste internationale, ce qui induit que la clause attributive de juridiction d'un tribunal étranger ne suffit plus à donner cet élément d'« internationalité ». Nous remarquons aussi qu'au niveau de la jurisprudence, nous ne trouvons pas de position fixe sur cette question, tant au niveau de la jurisprudence nationale qu'au niveau de la Cour de Justice, qui visiblement, reste très discrète sur une définition future[711].

[709] *Cf.* H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Règlement n°44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3ème éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2002. p.82

[710] L'Article 17 est l'ancienne version de 2001, elle est à présent situé dans l'article 19 de 2012 qui prévoit que : « Si les parties, dont l'une, au moins, a son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue: a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ; soit b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ; soit c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État contractant, les tribunaux des autres États contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence. Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16. Si une convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente convention. En matière de contrats individuels de travail, la convention attributive de juridiction ne produit ses effets que si elle est postérieure à la naissance du différend ou si le travailleur l'invoque pour saisir d'autres tribunaux que celui du domicile du défendeur ou celui indiqué à l'article 5 point 1. »

[711] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.54.

Chapitre 2 : Les traits du développement de localisation du contrat virtuel

605. Dans le chapitre précédent, nous avons défini le contrat virtuel comme étant un « contrat de vente ou de service pour la conclusion duquel le professionnel recourt exclusivement à une ou plusieurs techniques de communication à distance ». Mais dans les nouvelles caractéristiques de ce type de contrat, un problème survient toujours : le localisation du contrat virtuel. En effet, malgré les articles 3[712], 4[713] et l'article 9[714] de la règlement Rome du 19 juin 1980, la localisation fait toujours débat dans les règles de conflits, car elle demande une neutralité que n'offre pas forcément le droit international privé. De plus, la protection de la partie faible ou de l'économie du marché ressortent des intérêts ne permettant pas l'impartialité. Car, en droit international privé, même si la loi est annoncée de façon bilatérale, la règle de conflit peut avoir un intérêt dans le problème de localisation du contrat virtuel.

606. Dans ce contrat « réaliser sur Internet», du fait que les parties ne se « rencontrent » pas durant la formation du contrat, le lieu n'est pas forcément mentionné, ce qui rend cette notion même de localisation problématique dans cet espace qu'est Internet. De leurs côtés, les conventions ont tenté de répondre à ce problème par analogie au droit classique mais elles ont bien vu que cela était inefficace, donc elles ont forgé de nouvelles règles. Ces nouvelles règles sont-elles efficaces ou répondront-elles en temps et en heure à un problème grandissant ? En guise d'illustration, dans le Règlement n°1215 /2012-Refonte Bruxelles 1 bis, l'article 5-1[715] contourne cette localisation dérangeante en mettant l'accent

[712] Eur-Lex, *Journal officiel n° C 027 – Convention de Rome 1980*, Article 3 [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 18/04/2015).
[713] *Ibid.* Article 4.
[714] *Ibid.* Article 9.
[715] Curia. Europa, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023, Article 5-1 : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite, dans un autre État membre:
1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée;
b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

sur le lieu de la conclusion qui est *« l'obligation de la demande »* qui forme ce point de lien entre les parties. D'autres progrès ont été apportés avec le règlement européen (C.E) 44/2001 du 22 décembre 2000, tentant ainsi d'élargir la notion du terme « contrat » pour enfin l'assimiler aux espaces virtuelles. Il faut reconnaitre une amélioration qui facilite l'application du règlement dans ce champ, notamment par le biais de cet article.

607. Toutefois, même si la notion de contrat est clarifiée, la notion d'espace enfin établie, il en témoigne cependant un défaut quant à la source que ce contrat virtuel. Le contrat peut toucher tout individu mais quand il concerne la partie faible ou le consommateur souvent considéré comme tel, des questions sur la protection reste en surface et relate les faits troublants qu'impose une localisation dans le contrat à distance.

608. Comme nous l'avons évoqué, en Europe, le règlement européen (C.E) 44/2001 est relativement rigide, on ne peut donc pas continuer à élaborer des stratégies par analogie de règles anciennes sur un espace neuf. Le commerce a aussi évolué avec Internet mettant la protection du consommateur en péril car la distinction faite entre le consommateur actif et le consommateur passif semble s'estomper. Suite à cela, pour renforcer la confiance du consommateur dans ce commerce électronique, la convention de Bruxelles s'est vue remaniée en 2001[716]. Le grand changement se caractérise par un assouplissement en faveur de la partie faible dans les contrats qui opposent les consommateurs et les vendeurs sur Internet. De ce résultat et de ses dispositions envers le consommateur, en survient une spécificité exceptionnelle lors de ces litiges. Au-delà de cette spécificité, nous irons questionner cette localisation du contrat virtuel en deux sections. La première traitera du développement conceptuel du contrat et la seconde s'interrogera sur cette atténuation de la localisation dans le contrat virtuel proposé aux consommateurs.

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,
- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas; » [En ligne] http://curia.europa.eu (consulté le 18/04/2015).

[716] Règlement (CE) no44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En ligne http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l33054. (consulté le 22/02/2016).

Section 1 : Le développement de la conception du contrat

609. Suite à cette spécificité qui entoure les règles des conventions internationales, nous allons voir comment elles se développent dans le traitement des contrats de commerce qui se déroule sur Internet. Nous allons tout d'abord déterminer les principaux changements qui se sont opérés autour de l'article anciennement 5-1 et aujourd'hui 7-1 ou 7-b du règlement de Bruxelles de 2012. Dans le premier paragraphe, l'article 7-1 montre qu'il met en solution une obligation et que c'est cette obligation qui sert de base à la demande pour tout type de contrat et en particulier pour la vente de produits, de marchandises et de fournitures de services. Ensuite, dans le second paragraphe, l'article 7 alinéa b nous dévoile un tout autre aspect : celui de la notion plus large du contrat de vente de produits, de marchandises ou de fournitures de services élaborées cette fois-ci dans une mise en forme conforme aux nouvelles technologies.

Paragraphe 1 : Le développement du critère d'exécution de l'obligation

610. Pour plus de facilité, décortiquons ce paragraphe en deux points : Le premier traitera du développement de ce critère d'exécution de l'obligation (A) et le suivant, soulignera les insuffisances observées (B).

A. L'atténuation technique du critère d'exécution des obligations

611. Dans l'article 5-1 du règlement 44/2001, le critère d'obligation en matière de contrat se lit comme servant de base judiciaire, c'est-à-dire une obligation du concédant correspondant au droit contractuel qui est brigué pour justifier ainsi la demande du concessionnaire. L'obligation litigieuse ne doit en revanche surpasser ou s'éloigner de l'obligation principale. Toutefois, s'il est aisé de déterminer quelle est l'obligation qui motive une demande du requérant, il est plus ardu de prouver l'autonomie de cette

obligation, qui en serait alors spécifique et détachable et/ou isolée des autres obligations, voir du contrat en entier[717].

612. Pour mieux comprendre ce nouveau critère faisant déjà éruption en 2001, il faut repartir en arrière avec la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. En effet, dans cette convention, l'article 5-1 était rédigée sous cette forme : *« Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant: 1) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée… »*[718]. Ensuite une petite modification se fait en 1978, le législateur a précisé que l'obligation était celle *« qui sert de base à la demande »*. En revanche, en 1989, on a greffé à l'article 5-1 des dispositions propres au contrat de travail. Par contre, en 1996, il n'eut aucun changement. Pour Gaudemet-Tallon[719], l'article 5-1 englobe l'idée que, pour un litige concernant une obligation contractuelle, le domicile du défendeur n'est pas pris en compte, seul le lieu d'exécution de l'obligation est prise en compte pour déterminer la compétence juridique d'un litige.

613. Dans la version de 2001, une innovation survient : le recours à la jurisprudence pour le principe formulé dans l'article 5-1. Dont les affaires *De Bloos* et *Tessili* en sont témoins et ont montré une détermination quant aux choix du tribunal compétent. On peut aussi remarquer l'introduction de règles spécifiques pour les contrats de fournitures de services et de ventes de marchandises, comme nous l'évoquerons ultérieurement[720]. Dans la nouvelle version de 2012, le règlement de Bruxelles apporte aussi des modifications

---

[717] H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J, 3[e]édition, 2002. p.99.

[718] Curia. Europa, Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Article 5 : « *Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail; lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attrait devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur* »

[719] H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J, 4éme édition, 2010, p.163.

[720] M. ANDRE HUET, *Règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 Règles de compétence en matière délictuelle* (article 5.3) et en matière contractuelle (article 5.1) . [en ligne] https://www.courdecassation.fr (consulté le 11/04/2014).

dans l'article 7-1[721] passant de l'expression *« devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été où doit être exécuté »* vers *« devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande»*.

614. Il s'agit selon *Rafael Jafferali*[722], d'un changement qui n'est pas émis par la volonté du législateur mais par sa traduction plus moderne. Dans cette dernière, le domicile du défendeur est admis comme principe même si simultanément, elle désigne la possibilité que ce soit la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui soit apte. Rapprochons-nous de la dernière version, celle de 2012, pour constater que l'article 7 apporte encore deux « nouveautés ». En premier lieu, il n'y a plus d'identification directe du lieu d'exécution des obligations, ce qui complique les litiges liés à Internet. En effet, l'idée du lieu de conclusion d'un contrat virtuel comme premier principe de preuve a été abandonnée car la détermination du lieu était trop difficile dans certains cas. Cela étant, le lieu de conclusion d'un contrat reste déterminant pour les parties. En somme, pour ce qui est des relations cyberspatiales[723], le lieu du contrat est déterminant pour savoir où et qui est compétent.

615. La doctrine reste positionnée sur le fait que la proximité est un recours à ce critère de localisation. En définitive, le tribunal le plus *proche* du litige est le plus appréciable

---

[721] *Cf.* Eur-Lex, Règlement (EU) n°1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012, Article 7-1 : « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre:*
« 1.a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande;
b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:
- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,
- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis; c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ».

[722] Il y a un changement lié à la numérotation du texte puisque le for du contrat est désormais à l'article 7-1 en raison de l'ajout de deux articles, numéro 2 et 3 contenant des définitions. Le nouveau Règlement Bruxelles I bis n° 1215/2012 comporte certaines innovations importantes, la plupart de ses dispositions sont cependant directement empruntées à l'actuel Règlement Bruxelles I n° 44/2001. A cet égard, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a certes posé un certain nombre de jalons essentiels pour l'interprétation de cet instrument. *Cf.* R. JAFFERI, *Le règlement Bruxelles I dans la jurisprudence des cours suprêmes (2010-2012) Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas et Royaume-Uni*, 2012, p. 357. [En ligne] https://dipot.ulb.ac.be (consulté le 05/02/2015).

[723] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.481.

dont le Professeur Olivier Cachard[724] souligne cette correcte exécution de l'obligation dans cette nouvelle Convention. Rappelons que les règles spéciales de compétences ont justement pour but de promouvoir les droits de la demande, tout en respectant les exigences de proximité et de prévisibilité. Ces règles octroient une option au demandeur qui lui permet de choisir une autre juridiction que le for du défendeur.

616. Cependant, elles ont dues s'adapter dans le nouvel espace suite aux activités électroniques car, dans ce cadre, l'effectivité des droits du demandeur est soumis à la compétence directe évitant qu'une décision prise pour un chef de compétence exorbitant ne puisse s'établir. Pour le professeur Mélina Douchy-Oudot[725], la doctrine certifie que l'article 7-1 ne répond pas à ces objectifs, les différents systèmes mis en place sont extrêmement complexes et rendent imprévisible la saisine du juge. En premier lieu, la doctrine critique l'article 7 dans la mesure où celui-ci n'offre aucune solution dans le cas de demandes multiples, ce qui a pour conséquence que chaque obligation autonome se doit d'être examinée par un juge en fonction du lieu d'exécution de celle-ci. C'est-à-dire que plusieurs juges sont susceptibles d'être saisi pour un même litige portant sur un contrat. Le professeur Olivier Cachard[726] ne cache pas son mécontentement en désignant cette méthode comme une perte de temps. Il considère que les modifications apporté à l'article 7-1 dans le règlement sont sans véritable intérêt pour le commerce électronique. Dans ce cas de figure, deux hypothèses peuvent se distinguer :

- Plusieurs juges saisis estiment leur compétence fondée sur l'obligation principale du contrat. Dans cette hypothèse, l'exécution de la litispendance permet d'éluder la prononciation de plusieurs juges sur un même litige. Le premier juge saisi sera désigné comme celui étant compétant sans qu'il soit saisi sur le fondement de l'obligation principale.

---

[724] O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique, Op. cit.,* p.380 ; Voir aussi S. FRANCQ, E. ÁLVAREZ ARMAS et M. DESCHAMPS, « L'actualité de l'article 5.1 du Règlement Bruxelles I - L'évaluation des premiers arrêts portant sur la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », Droit international et Européen, *Cahiers du Cedie* Working paper n°02/2011 p.22.

[725] M. DOUCHY-OUDOT, « Le règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une révision du règlement Bruxelles II bis ». Brèves observations in *La justice civile européenne en marche*, Editions Dalloz, Paris, 2012, p. 363. Voir aussi E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis* - Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Editions Bruylant, Bruxelles, 2014, p.568. Et A. NUYTS, *Actualités en droit international privé*, Barreau de Bruxelles, Larcier ULB, Bruxelles, 2014, p.359.

[726] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p. 382.

- À l'inverse de la première hypothèse, il est possible qu'aucun juge ne se déclare compétent pour l'entier litige si tous estiment n'être saisis que sur le fondement d'une obligation secondaire. Ce qui engendre dans la plupart des cas un éclatement du contentieux.

617. Dans la première hypothèse, la Cour de justice de l'UE a répondu qu'en cas de demandes multiples, il faudrait dorénavant se référer à l' « obligation principale ». Les juges ayant ainsi la possibilité de trancher plusieurs demandes relatives à un contrat identique. Elle précise cependant, que ces demandes doivent impérativement être de même nature. De fait, une obligation de nature contractuelle ne peut s'appliquer par rapport à une obligation de nature délictuelle. La question qui se pose est : comment déterminer qu'une obligation soit considérée comme principale ? La Cour de justice détermine l'obligation comme principale, sur la base de critères économiques et/ou des éléments subjectifs. Dans ce cas, il est impossible de connaitre à l'avance le juge compétent, car ce qui définit l'obligation comme principale reste très variable. D'ailleurs, l'obligation principale n'est parfois pas possible à déduire. La Cour de justice, avec son arrêt *Leathertex*[727], a alors précisé que s'il y avait équivalence entre les différentes obligations, la présence de plusieurs juges serait alors nécessaire. Pour la Cour de justice, il faut maximiser les liens entre le litige et la compétence du tribunal en répondant à la question du lieu. C'est pourquoi dans l'expression de 2012 : « *l'obligation qui sert de base à la demande* » répond à une obligation contractuelle sur laquelle l'action judiciaire se base. En d'autres termes, l'obligation qui sert de base est porté vers le demandeur plutôt que le requérant[728].

618. Par ailleurs, la doctrine observe, dans le point *b* de l'article 7, que l'on a repoussé le recours à la jurisprudence comme dans l'arrêt *Tessili*[729], qui obligeait (et oblige toujours dans le point *a*) le juge à « rechercher la loi applicable au contrat selon ses règles de conflit

---

[727] *Cf*. Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 5 octobre 1999. *Leathertex Divisione Sintetici SpA contre Bodetex BVBA*, Demande fondée sur des obligations distinctes résultant d'un même contrat et considérées comme équivalentes - Compétence de la juridiction saisie pour connaître de l'ensemble de la demande, 1999. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0420 (consultée le 21/04/2015)

[728] M. FAUSTO POCAR, Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Rapport explicatif, 2009, p.30.

[729] Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 6 octobre 1976. - *Industrie Tessili Italiana Como contre Dunlop AG*. - Demande de décision préjudicielle : Oberlandesgericht Frankfurt am Main - Allemagne. - Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire - Article 5, 1. - Affaire 12-76, 1976. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61976CJ0012 (consulté le 21/04/2015).

de lois et à déterminer le lieu d'exécution en fonction de cette loi. En plus de cette observation, le rapport de la Commission de 1999 intervient en indiquant, en note dans l'article 5 : *« Afin de pallier les inconvénients du recours aux règles de droit international privé de l'État dont la juridiction est saisie »*, soulignant ainsi les erreurs commises de l'arrêt *Tessili* pour qu'il y ait une autonomie du lieu d'exécution.

619. En réalité, ce critère est limité par deux principes : le premier s'il y un accord entre les parties, le principe de la volonté des parties sur l'accord d'un lieu d'exécution de l'obligation est valable à condition que la lex causae autorise un tel choix. Selon le professeur Mélina Douchy-Oudot, cette clause n'est en rien une clause attributive de juridiction au sens premier, car il s'agit pour les parties de préciser dans le contrat un lieu commun où certaines obligations seront établies. Pour la Cour de justice, les parties doivent préciser le lieu d'exécution de leur obligation dans un contrat que le juge appréciera si ce lieu n'est pas fictif et qu'il ait un lien réel avec le contrat. Dans la seconde limite, selon le point c de l'article 7, s'il y a contradiction avec le point b il y aura rejet ce qui rend, au final, l'application difficile de ce critère d'exécution.

620. *A contrario* de la première limite, s'il n'y a pas d'accord entre les parties, la doctrine sous-tend que l'article 25[730] du règlement de 2012 doit être absolument respecté. Mettant en place, même sous contrat virtuel, un écrit conforme aux habitudes ou aux usages du commerce international. Le professur M. Douchy-Oudot[731] rappelle toutefois que la compétence d'un juge en vertu d'une clause attributive de juridiction (compétence exclusive) n'est pas identique à la compétence en vertu de l'article 7-1 de ce dernier règlement. Elle rajoute :

> « *qu'il aurait été utile que le règlement précise la solution à adopter en cas d'impossibilité de déterminer ce lieu et qu'il intègre la jurisprudence Tessili. C'est notamment pour éviter ce mécanisme que le règlement (U.E) 44/2001 a prévu un alinéa spécial pour les contrats de fourniture de service et de livraison de marchandises* ».

621. Nous pouvons transposer cette situation sur l'ère d'Internet en déterminant le lieu d'exécution de l'obligation selon le lieu du serveur du vendeur ou de son hébergeur depuis

[730] *Cf.* Eur-Lex, Règlement (UE) no 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012, Section 7 : Prorogation de compétence : Article 25, 2012. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:32012R1215 (consultée le 21/04/2015).
[731] M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.*, p.357.

lequel le téléchargement est fortuit lors de cette exécution. Pour répondre à ce problème, l'article 31 de la Convention de Vienne donne des possibilités quant à la source localisable de la livraison dans les locaux du vendeur. En outre, la doctrine emploie aussi cette méthode de la prestation caractéristique[732].

B : Un avancement insuffisant

622. Depuis la création de cet article 5 devenu ensuite 7 aux travers des différents remaniements, il n'a pas su concrètement s'adapter aux litiges lié à Internet. Non seulement la doctrine ne donne pas crédit à cet article dans le cas du lieu d'exécution de l'obligation sur Internet mais aussi sur la notion de « matière contractuelle » et de « fond ». le professur H. Gaudemet-Tallon[733] indique que l'application d'un texte se doit de se munir d'un contexte de lieu et de temps lié aux litiges pour qu'il y ait détermination commune ou divergente d'un lieu d'exécution de l'obligation. En effet, la détermination de l'obligation principale ne convient pas comme solution parfaite. Même si elle améliore la situation des plaideurs elle occasionne des difficultés évouquées auparavant. De son côté, la Cour de justice n'a pas mentionné une quelconque solution lorsque le demandeur a concentré ses demandes au lieu d'un tiers tribunal. Est-ce que le demandeur doit se présenter sur ces demandes accessoires ou doit-il se dessaisir au profit du tribunal compétent pour l'ensemble du litige ?

623. Dans ce cas précis, il peut subsister un risque de déni de justice au cas où les tribunaux s'estimeraient tous compétents. Seul un mécanisme de *forum non conveniens*[734], issu de *la Common Law*, prévoit qu'un juge premier saisi sursoit à statuer en attendant qu'un second juge saisi ne se prononce sur sa compétence. Néanmoins, un tel mécanisme ne fait pas l'unanimité au sein de la Cour de justice et des droits nationaux. Une autre insuffisance se porte sur le point *b* de l'article 7 concernant les contrats de ventes des

[732] R-D. BOTTINI, Détermination de la juridiction compétente et commerce électronique international entre professionnel, Paris, Litec, 2002. p.66s.
[733] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2010. *Op. cit.*, p.163.
[734] « Cette règle est l'affirmation du pouvoir discrétionnaire qui est reconnu aux juges, dans les pays de Common Law, de ne pas exercer leur compétence internationale à l'égard d'un litige qui relève pourtant de leur pouvoir juridictionnel, dès lors qu'ils estiment qu'il serait plus opportun qu'il soit tranché par un for étranger également compétent ». Définition de B. MERCADAL, *Règle dite du "Forum non conveniens" dans les pays de la Common Law*, 2005. [En ligne] http://www.institut-idef.org/Regle-dite-du-Forum-non-conveniens.html (consulté le 21/04/2015).

marchandises et de fournitures de services. Pour renforcer la prévisibilité des parties lors d'un litige sur Internet, le juge doit dans un premier temps trouver la règle de conflit de lois pour faire coïncider cette loi au droit applicable. Ensuite, il doit s'en référer au fond pour savoir s'il s'agit d'une loi interne ou d'une loi uniforme afin de localiser l'obligation qui sert de base à la demande[735].

624. Enfin, le juge saisi confirme ou se dessaisi de sa compétence. Pour ce qui est de la localisation des contrats de ventes de marchandises et de fournitures de services, selon certaines auteures[736], il y a plusieurs engagements sur ce type de contrat :

- La Cour traite de manière identique les contrats de vente de marchandises et de services, les contrats exécutés en plusieurs endroits dans un même État membre ou sur le territoire de plusieurs États membres.
- Son application suppose l'identification du lieu d'exécution principale de l'obligation caractéristique du contrat.
- Pour les contrats de vente de marchandises, l'obligation caractéristique est énoncée par la disposition (à savoir, la livraison des marchandises) et peut être localisée de manière principale au moyen d'un critère économique.
- Pour les contrats de services, la Cour est engagée dans un processus interprétatif supposant l'identification au cas par cas de l'obligation caractéristique, voire sa localisation, si elle ne ressort pas clairement des termes du contrat.
- Lorsque l'obligation caractéristique est exécutée en raison de la nature même du contrat, de manière indivisible dans plusieurs États membres, ces différents lieux sont tous pertinents pour déterminer les juridictions compétentes.

625. Mais comme dit ci-dessus, le risque de la part de la Cour de justice se situe dans l'interprétation divergente de plusieurs juges. Même si en droit européen, les règles de conflits de lois se sont harmonisées sur la matière contractuelle, il n'évite en rien les interprétations qui diffèrent. On peut y ajouter les mots du professur Mélina Douchy-Oudot :

[735] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.*, p.6 s
[736] *Ibid.*, p.11.

« *Les règles de conflit de lois ne sont pas nécessairement adaptées pour être utilisées comme critères servant à des règles de conflit de juridictions puisque les objectifs des règles de conflit de lois et de juridictions sont différents*[737] ».

626. Elle montre bien cette confusion qui règne encore dans les différentes sphères de la Loi. On peut y greffer aussi une autre aporie : le fait que le juge peut être amené à apprécier des éléments de fond pour décider de sa propre compétence, alors que se fond lui-même est peut-être invalide. Les deux interprétations du juge paraissent difficiles à faire sens commun. En générale, les juges ont une préférence à écarter tout lien entre les conflits de compétence et les conflits de lois.

627. La doctrine souligne aussi le caractère factuel facilement utilisable lors de la demande qui permet le choix d'un juge en tout hasard, ce qui est rendu imprévisible et contraire à toute part arbitraire des parties. Devant ce constat, la doctrine a proposé soit de recourir à la solution prévue par la Convention de Lugano, soit de recourir aux principes des *European Contratct Law* ou aux principes des *International Contract Law*[738] issus tous deux d'*Unidroit* et qui ont été développé en tant que droit matériel. Toutefois, l'utilisation de tels principes n'est rendu possible qu'à condition qu'ils constituent la *lex causae*, autrement, ils n'ont aucune vocation à s'appliquer. De plus, la Cour de justice maintien et réaffirme sa position de par son arrêt *Groupe Concorde* du 28 septembre 1999[739].

628. Cependant, des auteurs tels que le professeur Douchy-Oudot[740] désigne l'insuffisance de « lisibilité » et du sens « lieu d'exécution » dans la définition apportée par l'article 7-1 du règlement datant de 2012. Puisque la détermination de l'exécution de l'obligation est ce qui justifie la demande, la Cour de justice a précisé que, dans cette hypothèse, il faut revenir à la compétence générale du tribunal du domicile du défendeur

---

[737] M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.*, p.354

[738] M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law:* The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Editions Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 691.

[739] Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 28 septembre 1999. […] « La détermination de la notion de lieu d'exécution en fonction notamment de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce est, dans la version actuelle de l'article 5, point 1, insuffisante pour résoudre les questions liées à l'application de cette disposition. Par ailleurs, la loi applicable à la détermination du lieu d'exécution ne risque pas de varier selon le juge saisi, les règles de conflit permettant de déterminer la loi applicable au contrat ayant été uniformisées dans les États contractants par la convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. »

[740] M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.*, p. 356.

comme indiqué dans l'article 4 de ce nouveau règlement[741]. Toutefois, la doctrine indique que cette solution ne devrait s'appliquer que lorsque la nature de l'obligation empêche d'identifier un lieu. La lisibilité de cet article 4 aurait pu se peaufiner en prenant en compte l'éventualité d'un manque d'identification du lieu d'exécution de l'obligation et/ou en plus de l'absence de clause attributive de juridiction valide, ce qui induit une compétence par un juge selon ce même article[742].

629. La doctrine, quant à elle, reste persuadée que le lieu d'exécution du contrat paraît le plus approprié, il indique son centre névralgique tant au niveau juridique qu'économique, ce qui fait lien au minimum à une des deux parties présentes sur le territoire d'exécution du contrat. La doctrine est favorable au choix du lieu même si la localisation plurielle est constatée. Une lueur reste permise en interprétant, dans le dernier règlement, « le lieu d'exécution » comme étant le lieu de l'obligation caractéristique du contrat[743].

630. Concernant le Professeur Catherine Kessedjian[744], elle constate que concernant la notion d'« obligation » ou de « prestation » voir de « caractéristique », le lieu fait défaut car il ne représente pas toujours un lien étroit entre tribunal et litige et donc ne présente pas systématiquement une réalité économique du contrat. Elle montre aussi l'ignorance de la notion de « prestation caractéristique » par le *Common Law* souvent pensée comme une *fiction juridique* que comme une réalité concrète. Nous pouvons constater qu'une telle loi serait adéquate lors de livraisons effectives d'un bien ou lors d'une prestation de service où dans les deux cas le lieu éviterait tout conflit juridique interne. le Professeur Catherine Kessedjian en déduit que si le contrat établi ne permet d'user de cette règle, la compétence serait déterminée par la règle subsidiaire toujours disponible[745].

---

[741] Lynxlex, Règlement (UE) n°1215/2012 — Refonte (Bruxelles I bis) chapitre II — compétence (art. 4 à 35), Section 1 - Dispositions générales (art. 4 à 6) « *L'article 4 du nouveau règlement de Bruxelles prévoit que:*
« 1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre.
2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre. ». [En ligne] http://www.lynxlex.com (consultée le 21/04/2015)

[742] *Ibid*.

[743] C. KESSEDJIAN, Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, 1997, p.36

[744] *Ibid*.

[745] La CJCE, dans un arrêt du 20 février 1997 (aff. C-106/96, Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL) a décidé qu'une clause contractuelle de cette nature, exclusivement

631. Parallèlement, le Professeur Olivier Cachard[746] considère que le critère de la *prestation caractéristique* représente un lien plus réaliste et applicable aux contrats cyberspatiaux. La conceptualité de ce critère, lié à l'institution juridique contractuelle, n'est pas redéfinit par le monde virtuel ce qui permet un certain « rattachement opérationnel ». Etant indépendante de la nature de l'objet de l'opération, elle permet de franchir l'obstacle lié à Internet car ce critère concerne aussi bien la voie dite classique que la voie numérique. Ce qui n'exclut pas l'absence d'une référence lié à une localisation dans la prestation caractéristique.

632. Finalement, la prestation caractéristique ne suffit pas en elle-même à établir un lien entre le contrat et un territoire. Pour la doctrine[747] cette prestation caractéristique provoque des modifications économiques dans l'État dans lequel se situe le domicile du débiteur ou son entreprise.

Paragraphe 2 : La virtualité des règles conventionnelles

633. Comme cité dans le premier paragraphe, l'article 7 du règlement de Bruxelles I bis datant de 2012 témoigne de nouvelles bases juridiques en ce qui concerne les règles de conflit de compétence internationale. Les deux nouveaux critères seront abordés par deux points : le point (A) se focalisera sur la localisation du contrat virtuel de la vente de marchandises et de fournitures de service. Tandis que le point (B) s'orientera vers cette difficulté de distinction entre contrat de marchandises ou contrat de fournitures de service.

A. L'expansion de la conception du contrat par les conventions internationales

634. Dans le point *b* de l'article 7, bien qu'il y ait une considération vis-à-vis des nouvelles technologies, la conception des différentes conventions du « contrat » ne s'en est pas pour autant calquer sur ces technologies, ce qui explique les dérives en matière de

destinée à établir un lieu de for déterminé, n'est pas valide si elle ne respecte pas les conditions énoncées par l'article 17 de la Convention de Bruxelles. Cité par C. KESSEDJIAN, *Op. cit.*, p. 36.

[746] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit*., p. 188

[747] A. SCHNITZER « Les contrats en droit international privé suisse », *RCADI*, 1968, p.552s

forme. En conséquence, le derniere règlement de Bruxelles I bis a reconnu les spécificités liées aux contrats virtuels surtout en matière de vente et de fourniture. Ainsi le terme « lieux » est remplacé par « lieux de livraisons », ce qui indique que ce nouveau terme pour rattacher l'espace virtuel, donc la livraison peut être virtuel, sans point de chute terrestre.

635. Selon le Professeur Haris Tagaras[748], l'obligation caractéristique fait place neuve à l'obligation servant de base à la demande. Dans ce point *b*, on peut y voir un choix rigoureux des termes qui distingue d'une part la vente de marchandises et celle de fournitures. S'agissant des marchandises, le lieu de « livraison » est celui où, en vertu du contrat, elles ont été et/ou seront livrées. Et s'agissant des fournitures de service, le lieu de « livraison » est celui où, en vertu du contrat, elles ont été et/ou seront fournies[749].

636. Ainsi, comme le constate le Professeur H. Gaudemet-Tallon[750], le lieu d'exécution attributif de compétence juridictionnelle sera déterminé, et ce quelle que soit l'obligation litigieuse. Ce terme « livrer » entre en symbiose avec Internet, en tout cas plus précisément que la notion d' « exécution ». Le terme d' « exécution » est trop vague et ne donne pas un temps précis tandis que la livraison donne un temps précis d'un bout à l'autre, avec la possibilité de poursuivre l'évolution en temps réel même en espace virtuel. Le fait d'avoir séparé contrats de « marchandises » et contrats de « fournitures de service » permet d'éviter des conflits de loi car ces deux types de contrats sont devenus monnaies courantes dans les services en ligne. C'est ainsi, par simplification, que l'alinéa *b* réside sur un critère d'obligation caractéristique au lieu de l'obligation litigieuse.

---

[748] H. TAGARAS, « La révision et communautarisation de la convention de Bruxelles par le règlement 44/2001 », *Cahiers de droit européen*, 2003, p.402. [En ligne] http://www.procedurecivile.be (consulté le 21/04/2015). Voir aussi A. MOURRE, « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *Revue de droit des affaires internationales*, 2001, p. 770 : « *1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ; b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est : pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis; c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas […] »*

[749] *Ibid*. Voir aussi S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.*, p.6.

[750] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. 2010, *Op. cit.*, p.185.

637. D'après le Professeur Olivier Cachard[751], cet alinéa devrait assurer la prévisibilité des solutions et la proximité du for avec le litige, une distinction tout à fait justifiable au niveau économique car répondant à une demande répandue dans la vie des affaires et couvrant ainsi une grande partie des contrats situés sur Internet. H. Gaudemet-Tallon[752] mentionne aussi que par cet alinéa *b,* on a permis de ne plus tenir compte du lieu de paiement. En définitive, l'article 7, alinéa *b,* s'inscrit assez bien par rapport au contrat électronique, sa refonte a évité tout type d'obligation servant de base à la demande qui aurait pesé sur le client car la localisation se référerait au paiement de celui-ci, ce qui aurait posé quelques doutes sur ce point. Mais, le fait de se focaliser sur le lieu de livraison a rendu les choses très tangibles. Ainsi, le client ou l'acheteur ne prend connaissance du bien matériel qu'au moment de la livraison réelle de ce dernier.

638. Toutefois, la localisation devra s'opérer en application de la *lex causae*[753], consigné par la règle de conflit au juge saisi. À noter que, dans le cas d'un paiement liquide, le critère du lieu d'exécution de la prestation caractéristique ne s'attribue pas au nom du tribunal compétent vis-à-vis de l'exécution de la prestation caractéristique, le lieu convenu sera le lieu du paiement qui déterminera la compétence judiciaire. En plus de cette contrainte, Olivier Cachard[754] montre un autre manque dans l'hypothèse d'une pluralité litigieuse ou dans l'hypothèse de demandes reconventionnelles.

639. Au même titre que l'alinéa *a* de l'article 7, les parties peuvent toujours déterminer le lieu d'exécution du contrat. Mais il faut admettre une certaine confusion, soulignée par Stéphanie Francq, avec les termes « sauf convention contraire » cela pourrait signifier que les parties peuvent choisir de ne prendre que l'alinéa *a* par exemple ou qu'elles ont une autre ouverture vers un lieu décisionnel non prévus par cet article[755]. Le professur M. Douchy-Oudot pense de même et souligne ce caractère gênant :

> « *Il pourrait sous-entendre que pour déterminer la localisation dans le cadre de l'alinéa b, il faut rechercher le droit applicable au contrat ce qui reviendrait à*

[751] O. CACHARD, la régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.,* p.382.
[752] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. 2010, *Op. cit.,* p.163.
[753] P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 11ème édition L.G.D.J, Paris, 2014, p.124.
[754] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.,* p.382.
[755] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.,* p. 16.

réintroduire la jurisprudence Tessili. Cet ajout se relève également inutile car si les parties choisi une localisation, le juge devra s'y conformer »[756] .

B. La distinction entre le contrat de vente de marchandises et de fourniture de services

640. En fait, l'application de cet alinéa *b* a provoqué une difficulté concernant la qualification du contrat. Il n'est pas facile de mettre en œuvre la distinction entre contrat de vente de marchandises et celui de fourniture de services. Comme vu précédemment, l'identification du juge compétent se fait désormais sur la notion de « livraison » que ce soit de marchandises ou de fournitures de services. Mais, ce texte ne précise en rien les méthodes applicables pour chercher un lieu de livraison[757].

641. En réalité, la Cour de justice procède à une interprétation autonome en estimant que la notion de « service » suppose une « activité déterminée en contrepartie d'une rémunération ». Comme on le sait, il n'est pas toujours aisé de savoir si un litige peut, ou non, être qualifié de litige « en matière contractuelle »[758]. Ainsi, la Cour de justice et sa jurisprudence assure que *l'interprétation autonome*[759] de la notion « livraison » par cette dernière convention, est toujours de mise. Il vaut mieux que les notions de ces contrats s'entendent de manière autonome, et non par référence aux droits nationaux. Malgré des difficultés visibles dans les contrats de distribution commerciale (la concession de vente exclusive par exemple), il faut rester vigilant sur les qualifications émises de toutes parts en matière contractuelle pour bien définir s'il s'agit de marchandises ou de fournitures de service. Bien qu'il y ait des divergences d'interprétations, une réponse semble éclairer ce point :

---

[756] M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.*, p.359.
[757] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.*, p.7.
[758] Cette question a été abordée dans les affaires Falco et Wood Floor et dans l'arrêt Car Trim.
[759] *Cf*. K. SZYCHOWSKA, « Actualité. Cour de justice de l'Union européenne 25 février 2010 et 11 mars 2010 », *R.D.C.T.B.H.*, 2010, p.446.

« *La notion de fournitures de service doit être entendue largement de manière à éviter un retour trop fréquent au point a et aux inconvénients de la compétence du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse qui sont à l'origine de la réforme*[760] ».

642. Nous retiendrons que la qualification des contrats s'anime de façon autonome et casuistique. La Cour a également précisé que la définition à maintenir se doit d'être souple, la « prestation de service » contenue à l'article 57 TFUE[761] ou celle contenue dans la directive TVA, définissent tous deux cette prestation comme une rémunération. Une notion large qui permet d'intégrer par cette définition un maximum de contrats différents dans leurs formes mais non dans le fond qui est qu'une partie paie une rémunération en contrepartie d'une activité. Néanmoins, Stéphanie Francq, Eduardo Alvarez Armas et Marie Deschamps[762] considèrent que l'article 7, point *b* ne s'applique pas dans un contrat de la cession d'un droit intellectuelle au moyen d'un contrat de licence ; cela ne s'assimile en rien à une fourniture de service puisqu'il n'y a nulle activité émanant du fournisseur.

643. *A contrario,* la Cour de justice se permet de considérer le « transport aérien de personnes » et le « contrat d'agent commercial » comme étant des fournitures de service. De plus, concernant ces fournitures de service, la Cour de justice a omis un choix opportun au demandeur et a retenu le lieu du domicile de l'agent commercial comme exécution de l'obligation. Elle se justifie par le principe de proximité puisque l'agent commercial est amené à fournir des servies couvrant plusieurs pays, donc plusieurs domiciles ce qui aurait compliqués la tâche si ce lieu était joint au domicile du client. Pour le professur M. Douchy-Oudot[763], cette tendance quant à la multiplicité de solutions selon la nature du contrat ne se justifie en rien et son champ d'application décisionnel aurait dû être plus

---

[760] Cf. H. BOULARBAH, A. NUYTS et N. WATTE, « Le règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », J.T., 2002, pp.161-171.

[761] Eur-Lex, TFUE - Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne 2012/C 326/01, 2012. L'article 57 de ce traité prévoit que : « Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment: a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) les activités des professions libérales. Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants. »

[762] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.*, p.13.

[763] M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.*, p. 358.

précis. Bref, si l'on observe le considérant 17 du règlement (C.E) 539/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, on retiendra que :

> « *Les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de service, font l'objet de règle particulières*. »

644. À cela, il faut souligner que dans le nouvelle article 4, il y a, au sein de ce même texte, un régime spécial pour ces contrats de services ; régime qui, paradoxalement, ne considère plus ces contrats comme étant des « contrats de service »[764]. Pour ce qui est des contrats de marchandises, en terme de « livraison », la Cour de justice a émis qu'un lien fort doit se faire avec le lieu « principal ». Comme vu ci-dessus, la solution apportée aux fournitures de service s'applique aussi pour les contrats de marchandise. En revanche, il y a des solutions distinctes que la Cour de justice a établies pour ce lieu « principal ». En effet, elle a estimé que le client ou demandeur peut choisir entre différents lieux, ce qui avantage considérablement celui-ci dans un litige. Dans cet alinéa *b,* on peut considérer ce contrat comme une livraison fournie en échange d'un paiement. Ce qui rejoint globalement l'ancien article 5, alinéa 1-b, en traduisant cette vente de marchandise qui s'apparentait à *« une prestation d'une activité déterminée moyennant une rémunération »*[765].

645. Le Professeur M-L. Niboyet[766] indique l'incapacité de savoir si ce critère est auto suffisant, dans ce cas, certaines juridictions du fond convoqueront la Cour de justice pour préciser la qualification des contrats de prêt, de concession, de sous-traitance ou de recherche et de développement. Tandis que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise du 11 avril 1980 adopte un point de vue différent, elle définit cette marchandisation comme tel *:*

---

[764] Eur-Lex, Règlement (CE) n°539/2008 de la Commission du 16 juin 2008 établissant les valeurs forfaitaires à l'importation pour la détermination du prix d'entrée de certains fruits et légumes, 2008.

[765] R. JAFFERALI, Le règlement Bruxelles I dans la jurisprudence des cours suprêmes (2010-2012) Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas et Royaume-Uni, Bruxelles. LARCI ER, T. B . H . 2 0 1 3 / 5 – MEI 2013, p.366s ; *Cf.* CJCE 23 avril 2009, C-533/07, *Falco Privatstiftung et Rabitsch*, pt. 29.

[766] M-L. NIBOYET, « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Editions Gaz. Pal., 2001, n° 163*, p.12.

« *sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production*[767]. »

646. Pour finir, la Cour de cassation considère que le contrat de distribution n'est en aucun cas identique au contrat de fourniture de service et au contrat de livraison de marchandises. Ce qui implique, selon Stéphanie Francq, Eduardo Alvarez Armas et Marie Deschamps[768], une utilisation de la règle générale en matière contractuelle comme inclue dans l'article 7-1 du règlement de Bruxelles I bis. Concernant le contrat de distribution, l'article 4 du règlement (C.E) 539/2008 du 17 juin 2008 contient une règle spéciale ainsi qu'une règle dévouée au contrat de franchise qui indique que le lieu d'exécution de l'obligation étant celui *« du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle»*[769]. L'obligation caractéristique étant difficilement déterminable dans ce type de contrat, un ajout en matière de conflit de juridiction aurait été pertinent. En somme, cet article 4 du règlement C. E n°593/2008, prévoit aussi des spécialités pour les contrats « de vente de biens », de « vente de biens aux enchères », de « prestation de services » et « *pour ceux ayant pour objet un droit mobilier et/ou immobilier.* »[770]

---

[767] Cité par C. DESTEXH, *Le contrat de vente international: pour les exportateurs non-juristes*, Article 3 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980. Editions Edipro, 2005, p. 252.

[768] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.*, p.29.

[769] Eur-Lex, RÈGLEMENT (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du conseil du 17 juin 2008, Article 4 : Loi applicable à défaut de choix, 2008.

[770] *Cf.* M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.*, p.353. L'article 4 cette convention prévoit que :

« 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5 à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit:

a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle;

b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle;

c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble;

d) nonobstant le point c), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays;

e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle;

f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle;

g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé;

h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi.

647. En retrait, la Cour de justice n'a pas vraiment étudié ces cas de contrats mais elle a nuancé sa solution lorsqu'un contrat comprend à la fois une obligation de livraison de marchandises et à la fois une obligation de fournitures de service. De ce fait, il faut trouver l'obligation qui caractérise le contrat pour déterminer le juge qui sera compétent. Mais rappelons que dans le cas d'un contrat de distribution, dans ce même contrat peut surgir des éléments de contrat de marchandises et de contrat de fournitures de service, ce qui ne nous amène à réexaminer l'article 7, alinéa *b* car aucunes mentions portent sur ce type de contrat spécifique[771]. De son côté, la Cour de justice, afin d'éviter toutes règles de conflits supplémentaires et toute méthode factuelle, a préféré opter pour une détermination autonome du lieu et non *lege causae* du lieu d'exécution[772].

648. Comme le souligne le Professeur H. Gaudemet-Tallon[773], n'ayant pas de méthode précise, ni la jurisprudence, ni le texte ne peuvent se prononcer sur cette méthode, ce qui explique l'absence d'une méthode applicable et qu'aucune solution concernant la pluralité de lieux de livraisons n'a été offerte dans le nouveau règlement de Bruxelles I bis. À ce titre, prenons l'exemple de l'arrêt *Car Trim*[774], la Cour de justice s'interrogea sur la définition du contrat et celle-ci a dû délimiter cette notion pour faire émerger le contrat de marchandises et le contrat de fournitures de service tout en se référant à l'article 5-1*b* du règlement de 2001. La Cour de justice a considéré ce contrat comme étant un contrat de « vente de marchandises » en soulignant l'aspect de l'article 5-1*b* et son obligation caractéristique qui est, ici, la livraison d'un bien (point 32, arrêt *Car Trim*)[775]. En

---

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.
3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.
4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. »

[771] *Ibid*. p.352
[772] *Ibid*. p.351
[773] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2010,*Op. cit.*, p.169.
[774] Eur-Lex, Arrêt de la Cour, Affaire C-381/08 : Car Trim GmbH contre KeySafety Systems Srl, 2010.
[775] *Ibid*, point 32 : « Compte tenu de cette considération, il y a donc lieu de se fonder sur l'obligation caractéristique des contrats en cause. Un contrat dont l'obligation caractéristique est la livraison d'un bien sera qualifié de « vente de marchandises » au sens de l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, du règlement. Un contrat dont l'obligation caractéristique est une prestation de services sera qualifié de « fourniture de services» au sens dudit article 5, point 1, sous b), second tiret. »

l'occurrence, elle a retenu trois éléments distincts qui séparent bien le contrat de marchandises à celui de fournitures de service. Premièrement, d'après le Règlement délivré par le règlement de Bruxelles I de 2001 ; la convention de l'Union européenne et sa directive sur la vente de biens de consommation ; d'après la CVIM et la Conventions des Nations-Unies et sa prescription en matière de vente ; la Cour de justice dispose d'assez d'instruments pour conclure que les contrats de fournitures de biens à fabriquer ou à produire à des ventes établissent « un indice classifiant ceux-ci dans la catégorie « vente de marchandises » (point 38, arrêt *Car Trim*)[776]. Deuxièmement, si les matériaux sont fournis en totalité ou en majorité par l'acheteur, ceci constitue, aux yeux de la Cour de justice, un indice probant en faveur de la qualification « contrat de fournitures de service ». Inversement, s'il n'y a pas de fourniture de matériaux octroyé par l'acheteur, il n'y aura pas d'indice fort pour que ce contrat soit classé dans la catégorie « vente de marchandises ». (Point 40, arrêt *Car Trim*)[777]. Troisièmement, la responsabilité du fournisseur, sa qualité de vente et la nature du produit vendu comme stipulés dans le contrat, le met en lien direct avec le contrat sous la forme de « vente de marchandises ». Inversement, si il n'est pas responsable du produit vendu, il n'est n'exécutant, le contrat prendra la forme de celui de « fournitures de service ». (Point 42, arrêt *Car Trim*)[778].

649. À cela, Stéphanie Francq, Eduardo Alvarez Armas et Marie Deschamps[779] observent un phénomène de réinsertion assez muette de la méthode *Tessili* au sein de cet article 5-1*b*. Pour eux, la détermination de cette responsabilité du fournisseur ou du

---

[776] *Ibid*., point 38 : « Dès lors, les dispositions susmentionnées constituent un indice que le fait que la marchandise à livrer est à fabriquer ou à produire au préalable ne modifie pas la qualification du contrat en cause comme contrat de vente ».

[777] *Ibid*., point 40 : « … il convient de tenir compte du critère évoqué par la Commission des Communautés européennes relatif à l'origine des matériaux à transformer. Le fait que ceux-ci ont été fournis ou non par l'acheteur, aux fins de l'interprétation de l'article 5, point 1, sous b), du règlement, ne peut être également pris en considération. Si l'acheteur a fourni la totalité ou la majorité des matériaux à partir desquels la marchandise est fabriquée, cette circonstance peut constituer un indice en faveur de la qualification du contrat comme « contrat de fourniture de services ». En revanche, dans le cas contraire, en l'absence de fourniture de matériaux par l'acheteur, il existe un indice fort pour que le contrat soit qualifié de « contrat de vente de marchandises ».

[778] *Ibid*., point 42 : « … même si la juridiction de renvoi ne fournit aucune information à cet égard, il est nécessaire de relever que la responsabilité du fournisseur peut aussi être un élément à considérer lors de la qualification de l'obligation caractéristique du contrat en cause. Si le vendeur est responsable de la qualité et de la conformité au contrat de la marchandise, qui est le résultat de son activité, cette responsabilité fera pencher la balance vers une qualification en tant que « contrat de vente de marchandises ». En revanche, si celui-ci n'est responsable que de l'exécution correcte suivant les instructions de l'acheteur, cette circonstance milite plutôt en faveur d'une qualification du contrat en tant que « fourniture de services ».

[779] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit.*, p.10.

vendeur peut occasionner un détour via le droit applicable, ce qui contredit l'objectif voulu par cet article en matière de conflit de lois et de jurisprudence. De plus, la Cour de justice a elle-même interdit l'utilisation de la méthode *Tessili* dans le cadre de la localisation du lieu d'exécution de l'obligation (points 51 et 52, arrêt *Car Trim*)[780], ce qui semble être incohérent dans ce cas de figure.

650. De manière générale, certains[781] interprète cela comme une extension au contrat de marchandise et d'autres[782] affirment la complexité de l'article 7 en matière de contrat de marchandises et de contrat de fournitures de service concernant ce terme de « livraison » car rien n'est mis dans l'article l'hypothèse d'un lieu de livraison et/ou de service qui ne saurait être identifié, la doctrine aurait préféré plus de précision et de prévisibilité dans cet article. Le Professeur H Gaudemet-Tallon[783] nous dit que la formulation du point *b* ne pose aucun problème quand le contrat de vente est « isolé » tout comme le contrat de fournitures de service. En revanche, pour elle, si le contrat est conclu dans le cadre d'un réseau de distribution, que ce soit par le biais de concessions, de distributions exclusives/sélectives, ou de franchises, la difficulté de qualification du contrat sera donc augmentée car un manque de précision est présent.

651. En définitive, dans ce nouvel article 7, emprunté de l'ancien article 5, le principe de proximité reste solide, le juge saisi entretient des liens de proximité avec l'obligation caractéristique du contrat, que ce soit un contrat de marchandises ou de fournitures de service, sauf avec l'obligation qui se base sur la demande.

652. On peut souligner la tentative d'équilibre entre les droits du demandeur et du défendeur dans cet article, même si pour le Professeur C. Kessedjian[784], en pratique,

---

[780] *Ibid.*, points 51 et 52 : « Pour autant, aucune disposition du règlement ne définit les notions de « livraison » et de « lieu de livraison » au sens de l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, du règlement. » « *Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que, lors de la genèse de cette disposition, la Commission, dans sa proposition de règlement (CE) du Conseil du 14 juillet 1999 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [COM(1999) 348 final, p. 14], a souligné que cette disposition était destinée à « pallier les inconvénients du recours aux règles de droit international privé de l'État dont la juridiction est saisie » et que cette « désignation pragmatique du lieu d'exécution » reposait sur un critère purement factuel*. »

[781] S. FRANCQ, E. ALVAREZ ARMAS et M. DECHAMPS, *Op. cit., p.10.*

[782] °M. DOUCHY-OUDOT, *Op. cit.,* p.359.

[783]° H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *Op. cit*., 2010, p.187.

[784] C. KESSEDJIAN, « compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Rapport, 1997; *Op. cit*., p.35. voir aaussi pour la même auteur; « Internet

l'application de cet article a souvent conduit à la saisine par le demandeur de son propre tribunal, s'immisçant dans un *forum actoris* où le demandeur est favorisé de façon exagérée. Ce qui tend à revenir peu à peu sur la notion de proximité mais sur celle du domicile du défendeur, dans ce cas le texte semblerait inutile car identique au principe général.

Section 2 : L'atténuation de la localisation du contrat virtuel en faveur du consommateur

653. Dans cette section, nous allons observer les règles qui sont en faveur de la partie faible qui résultent des conflits entre l'espace virtuelle et la réalité. Le but de ces règles étant en premier de protéger cette partie faible ou le consommateur/acheteur qui opère sur Internet. Cette situation a nécessité l'élaboration de nouveaux systèmes juridiques internationaux car Internet supprime les frontières. Donc, la nécessité de localiser un lieu dans cette virtualité s'est avérée décisive pour déterminer le tribunal compétent. Il faut prendre en compte les aspects évolutifs de la politique et de l'économie de marché, en plus des nouvelles formes de contrats développées par les technologies, ce qui amène, en globalité, à façonner la juridiction. Dans cette optique nous reviendrons, dans le paragraphe 1, sur la notion de « consommateur », centrale dans ce débat, pour étudier dans le paragraphe 2 la localisation du contrat du consommateur.

Paragraphe 1 : L'essor de la notion de consommateur en droit conventionnel

654. La notion de consommateur doit être abordée en deux temps : d'abord dans sa conception étroite (A), puis dans sa conception dynamique (B).

et le règlement des litiges », dans F.W .Grosheide et k.Boele Woelki, dir., Molengrafica 1999-2000, Kononklijde Vermande 2000, p. 103

A. Conception étroite

655. Internet est aujourd'hui, et même depuis sa naissance, un concept informatique liant d'emblée tout le monde, c'est son but : une connexion de réseaux de réseaux, dont l'accès ne reflète pas un privilège, destiné aussi bien aux professionnels qu'aux particuliers, en usant de n'importe quel outil de connexion : modem, ordinateur, etc. Le web est, quant à lui, un service d'Internet permettant aux usagers de télécharger, visionner, échanger des données. le Professeur Johanna Guillaumé[785] intervient dans ce sens : ce que l'on nomme cyberespace est en réalité un usage combiné d'Internet et de ses services. Ce cyberespace peut se définir comme étant le lieu virtuel, abstrait, mais rattaché à la vie réelle avec ses conséquences. Il constitue un territoire qui semble être sans limite et unitaire, bien que l'on ne puisse pas par analogie le rapprocher de ce mot « territoire », car il n'est composé d'aucun membre étatique concret même si sa source provient bel et bien d'un État.

656. Dans le droit traditionnel, le consommateur ou l'acheteur reste la partie faible face à une personne dite « forte », à savoir : le vendeur. Certains auteurs affirment que le consommateur est une personne ayant les moyens de s'informer des risques de la vente. De cette nomination de « consommateur moyen »[786], non plus faible, ces auteurs indiquent que la Cour de justice devrait s'en référer pour les contrats électroniques. Bien que les activités sur Internet soient très fluctuantes, la plupart des cybernautes emploient la messagerie électronique aussi bien pour des motifs professionnels que pour des motifs privés. Selon le professeur Sylvette Guillemard**[787]**, la messagerie électronique reste le service le plus utilisé sur Internet. En ce qui concerne les opérations commerciales électroniques, elle nous précise que les opérations commerciales sont divisées en deux catégories ::

---

[785] J. GUILLAUMÉ, *Op. cit.*, p.241.

[786] Journal officiel de l'Union européenne, « *La directive 2005/29 du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises est entrée en vigueur le 12/12/2007 : « Elle s'applique à toutes les transactions des entreprises avec les consommateurs quand ceux-ci peuvent être victimes de manœuvres destinées à les influencer dans leurs décisions d'achat ou d'exercice d'un droit contractuel. Le consommateur visé est le consommateur « moyen » au sens de la jurisprudence communautaire (consommateur « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »). Mais la directive prévoit une protection renforcée pour certains groupes considérés comme « vulnérables », comme les enfants. » Par exemple dans le cas de l'affaire C-210/96, Gut Springenheide GmbH e. a. / Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung du 16 juillet 1998*. », 2005. [En ligne] http://www.eurogersinfo.com/pdf/diconsom1.pdf (consulté le 22/04/2015).

[787] S.GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, *Op. cit.*, p.296. Voir aussi B. MOORE, « L'avenir incertain du contrat de consommation », *Les Cahiers de Droit* 49, n°1, 2008, p.5s.

- Les opérations commerciales entre commerçants et professionnels (*B-to-B*) ;
- Les opérations commerciales entre commerçants et non-professionnels (*B-to-C*)[788].

D'après un auteur, ce terme de « consommateur » réside en deux sens :

- Le consommateur est tout individu qui contracte à des fins personnelles et qui n'empiète pas dans son activité professionnelle ;
- Le consommateur est un professionnel qui contracte dans le cadre de son activité mais dans un domaine isolé de ses compétences coutumières[789].

657. *In initio,* dans cette conception du « consommateur », les lois et les conventions internationales étaient beaucoup trop étroites. Pour eux, le « consommateur » était synonyme de personne « normale » qui fait des achats, des consommations personnelles et/ou familiales. Dans cette définition, le consommateur n'est nullement un professionnel, il reste un client, ce qui tend à dire qu'il est une personne physique ou morale de droit privé, au sens étroit[790]. Quant à la doctrine, elle se concentre dans la définition de la notion de consommateur en se basant sur des critères liés à l'objectif principal du contrat. Selon elle, le consommateur est celui qui est visé par un usage personnel et non professionnel, il cherche à satisfaire ses propres besoins. En parallèle, la Convention des Nations-Unies de 2011 sur la vente internationale de marchandises[791], malgré son soutien dans cette définition étroite, a exclu du champ d'application les ventes des consommateurs car cette définition étroite ne permet pas de considérer celui-ci comme vendeur intentionnel de marchandises dédiés à un usage professionnel.

---

[788] S. GUILLEMARD, *Op. cit.,* p.297.

[789] A-M. ROUCHAUD-JOET, « Règles de compétence juridictionnelle en matière de contrats conclus par les consommateurs », 2002. [En ligne :] https://www.courdecassation.fr (consulté le 22/04/2015)

[790] Par ailleurs, comme la législation française a adopté un concept étroit, la loi française, qui distingue pour les consommateurs une protection spéciale de conditions arbitraires en vertu de la loi n ° 23/78 du 10 Janvier 1978 relatif à la protection des consommateurs contre des conditions abusives, a suscité des débats de jurisprudence et la juridiction française a fait appel à l'article 35 de son règlement qui stipule :« *Les dispositions de la présente loi relatives aux accords entre les contrats professionnels et non-professionnels ou consommateurs». En plus, la Cour de cassation française n'a pas fixé son point de vue sur la notion du consommateur, tel qu'il est interprété de manière restrictive, dans sa décision publiée le 15 Avril 1986* ».

[791] Nations Unies, L'article 2 de la Convention des Nations Unies dispose que : « La présente Convention ne régit pas les ventes : a) de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ; b) aux enchères ; c) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice; d) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies ; e) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs ; f) d'électricité. », New-York, 2011.

B. Conception dynamique

658. Conforment à l'article 13 du règlement de Bruxelles et à l'article 15 de la Convention de Lugano, ils définissent le consommateur comme la personne qui contracte *« pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle*[792]*»*. En fait, la formulation ci-dessus est plus souple sur le terme du « consommateur », le texte indique que cette personne doit être totalement étrangère à l'activité professionnelle pour être considérée comme consommateur. Tel est le cas, lorsqu'un bien est affecté à des fins professionnelles alors que son usage est différent du domaine de cette activité[793].

659. La Cour de justice, dans un de ses arrêts[794], a interprété cette notion de « consommateur » à l'inverse de la souplesse offerte par l'article 13 du règlement de Bruxelles I. En estimant que si les règles de compétences relatives aux contrats signés avec les consommateurs sont faites pour défendre le consommateur, « économiquement faible et juridiquement moins averti que le vendeur », ces règles doivent viser ce consommateur non engagé dans des activités liées au commerce ou domaine professionnel. De ce point de vue, on peut constater une tentative d'uniformisation et d'autonomie, évitant ainsi le renvoi aux concepts juridiques propres des États membres.

660. La définition étroite devient de plus en plus dynamique, même si elle demeure restrictive, elle va se préciser suite à l'affaire *Benincasa* (un professionnel tenait ses droits

[792] Curia. Europa, Article 13 du règlement de Bruxelles I : « En matière de contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ci-après dénommée « le consommateur », la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5 paragraphe 5 ; 1. lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ; 2. lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ; 3. pour tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels si : a) la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que b) le consommateur a accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État contractant, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État. La présente section ne s'applique pas au contrat de transport ». Cf. également le Journal officiel de l'Union européenne, Article 15.

[793] Prenons pour exemple l'affaire Benincasa. Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl, 1997 : « *afin d'établir la qualité de consommateur d'une personne, notion qu'il convient d'interpréter de manière restrictive, il y a lieu de se référer à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne* ».

[794] Prenons pour exemple: *l'affaire Shearson Lehmann Hutton.* Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 19 janvier 1993 : Les motifs 18 à 22 montrent une définition du consommateur par rapport à l'article 13 de la Convention de Bruxelles de 1968.

comme un consommateur), la Cour de justice indique alors que le consommateur n'est protégeable qui s'il a un statut de demandeur/défendeur dans cette procédure. Le fait que ce dernier ait cédé ses droits à un professionnel ne fait en rien de lui un consommateur. De plus, la jurisprudence[795] a précisé que le consommateur ne s'est nullement celui qui a conclu un contrat en vue de l'exercice d'une activité professionnelle actuelle mais bien future. Même si cette définition reste restrictive en droit international, par le simple exemple de la Conférence de La Haye de 1980 qui montre son abandon pour les termes « familiale » ou « domestique » du consommateur, celle-ci estime que le consommateur se caractérise comme celui qui achète des marchandises prioritairement pour « un usage personnel, familial ou domestique »[796]. Si l'on se penche en droit communautaire, c'est la directive européenne du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives qui définit le consommateur dans l'article 2 *b* comme :

> « … *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle*[797]. »

661. On peut rajouter la vision émise par L. Grynbaum, qui soulève l'existence d'une classification dans les contrats qui empêche toute négociation : dans son schème, le contrat est en premier lieu rédigé à l'avance par le vendeur et dans un second temps, délivré aux consommateurs[798]. De ce fait, le consommateur ne peut négocier ce contrat, alors qu'il a envie d'en bénéficier, à ses risques, pour satisfaire ses propres besoins. Cet auteur résume ce cas comme étant une *« inégalité du pouvoir de négocier qui devrait être la mesure de protection de la partie faible »*[799].

---

[795] Eur-Lex, Affaire Benincasa : «…*doivent être interprétés en ce sens qu'un demandeur qui a conclu un contrat en vue de l'exercice d'une activité professionnelle non actuelle mais future ne peut être considéré comme un consommateur. ».*

[796] Cité par M. PELICHET, La vente internationale de marchandises et le conflit de loi, l'Article C-1, C-2 et C-3 de la Conférence diplomatique de La Haye d'octobre 1985, Kluwer Academic Publishers, Canada, 1988, p. 90.

[797] CCA, Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 1993. [En ligne] http://www.clauses-abusives.fr/txt/dir9313cee.htm (consulté le 22/04/2015).

[798] L. GRYNBAUM, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation », D. 2003, *Doct.*, n° 26, p.1706.

[799] *Ibid*. *Cf*. aussi Y. SHANDI, *La formation du contrat à distance par voie électronique*, P.U Rober Schuman de Strasbourg III, 2005, p.20.

662. Cependant, une autre difficulté vient se greffer, le réseau étant quelque chose d'ouvert par principe, quand les sites marchands offrent leurs produits sans distinctions d'activités, il est parfois impossible d'en connaître les buts. Ce qui pousse Catherine Kessedjian[800] à interroger cette désignation du concept autour du « consommateur » dans les nouvelles conventions alors que celui-ci marchande sur Internet. Une autre question, pose par Camille Froment[801], est celle de la méthode de définition du consommateur alors que celui-ci devrait se définir comme « cyberconsommateur ».

663. En effet, si protection il doit y avoir, il faut redéfinir le consommateur dans le cyberespace pour que ce dernier soit toujours considéré partie faible surtout dans les échanges où l'anonymat est présent. Les paramètres d'identification (code, mot de passe, compte, etc.) sur certains sites permettent de cibler la personne comme consommateur et par-là-même au vendeur de s'assurer de l'existence du consommateur (n° de téléphone, adresse électronique, adresse physique, etc.) mais cela n'est pas rendu obligatoire et en découle des risques mettant en danger le consommateur pas toujours avertis[802].

664. Nous pouvons rappeler, et ce à travers le règlement, que la qualité de consommateur doit être caractérisée de manière objective vis-à-vis de la nature et du but du contrat ainsi délivré à celui-ci. Ce contrat n'est en rien une protection envers le vendeur, sinon il serait trop facile à celui-ci de s'auto-défendre en cas de litige. Toutefois, quand ce contrat est « mixte » dans sa finalité, les dispositions relatives à la protection du consommateur sont omises à moins d'établir un lien solide avec le côté « accessoire » de l'activité professionnelle[803]. La charge de la preuve du caractère privé du contrat incombe

---

[800] C. KESSEDJIAN, « Internet et le règlement des litiges », dans F.W. GROSHEIDE et K. BOELE WOELKI (dir.), Molengrafica 1999-2000, Kononklijde Vermande 2000, p.72.

[801] *Cf.* C. FROMENT C, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, mémoire de D.E.S.S de droit de multimédia et de l'informatique, Université de droit, de l'économie et de sciences sociales, Paris II, 2001. [En ligne] http://www.u-paris2.fr/dess-dmi/articles/memoires/PDF/camillefroment.pdf (consulté le 23/04/2015).

[802] *Ibid*.

[803] Termes repris dans l'affaire Johann Gruber contre Bay Wa AG. Eur-Lex, Affaire C-464/01 Johann Gruber contre Bay Wa AG, point 54 : « *Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux trois premières questions posées que les règles de compétence énoncées par la convention de Bruxelles doivent être interprétées de la manière suivante :*

Une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à son activité professionnelle n'est pas en droit de se prévaloir du bénéfice des règles de compétence spécifiques prévues aux articles 13 à 15 de ladite convention, sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard ;

au consommateur. L'ensemble de ces principes est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice.

665. Pour conclure ce paragraphe, Rafaël Jafferali nous informe qu'un contrat de marchandises ou de fournitures de service peut être conclu sous forme professionnel lors d'un prêt souscrit par l'associé international d'un cabinet d'avocats par exemple. Dans ce cas, le contrat indiquerait expressément que le prêt a pour objet de libérer l'apport dû par cet associé et que les sommes seraient directement versées sur le compte du cabinet d'avocats. Il apporte un autre exemple où la personne peut se qualifier de consommateur : lors d'un contrat de gestion de portefeuille portant sur le placement et l'administration du patrimoine privé d'une personne du patrimoine privé[804].

Paragraphe 2 : Les aspects de l'évolution de la localisation du contrat consommateur

666. Après ces différentes notions de « localisation » et de « consommateur », pour qu'elles s'établissent, elles doivent au moins répondre aux trois éléments suivant :

- Le contrat doit être conclu par le consommateur
- La partie adverse doit être un entrepreneur qui prend part à l'opération dans la mise en œuvre de son entreprise ou de son activité professionnelle
- Le contrat doit être conclu dans l'État du consommateur (domicile) ou dans un État où l'entrepreneur dirige ses activités (toujours actif).

Il appartient à la juridiction saisie de décider si le contrat en cause a été conclu pour couvrir, dans une mesure non négligeable, des besoins relevant de l'activité professionnelle de la personne concernée ou si, au contraire, l'usage professionnel ne revêtait qu'un rôle insignifiant ;
A cet effet, il y a lieu pour ladite juridiction de prendre en considération l'ensemble des éléments de fait pertinents résultant objectivement du dossier; en revanche, il ne convient pas de tenir compte de circonstances ou d'éléments dont le cocontractant aurait pu avoir connaissance lors de la conclusion du contrat, sauf si la personne qui invoque la qualité de consommateur s'est comportée de manière telle qu'elle a légitimement pu faire naître l'impression, dans le chef de l'autre partie au contrat, qu'elle agissait à des fins professionnelles », 2005.

[804] R. JAFFERALI, *Op. cit.*, p.357s.

667. À travers ce prisme, nous allons nous diriger vers dans ce que les conventions internationales ont prévu pour le critère qui se base sur des activités dirigées vers (A). Dans le point (B), il faudra comprendre les raisons qui ont poussé ces conventions à exclure le critère de conclusion et l'exécution du contrat.

A. Le recours au critère des « activités dirigée vers »

668. Pour commencer, il faut savoir que cette protection au niveau du consommateur a pris une place très grande au sein des différentes conventions. Ensuite, un autre for a vu le jour dans la démarche objective du juge compétent vis-à-vis du cyberconsommateur. Ce for est celui du domicile du consommateur-demandeur dit *forum actoris*[805]. Sous l'égide du règlement de Bruxelles et de la Convention de Lugano I, ce *forum actoris* suppose un lien fort entre le domicile du consommateur et le contrat. Un contrat qui doit répondre à trois ordres cumulés :

- Premier temps, en vue de l'article 13, alinéa 3[806] de ces deux conventions, l'existence d'un contrat *synallagmatique*[807] entre les parties ;
- Deuxième temps, dans cet article 13, alinéa 3, la conclusion du contrat s'inscrivait dans l'État du domicile du consommateur ;
- Troisième temps, pour finir, il fallait que le consommateur ait signé ce contrat dans l'État de son domicile, avec un écrit ou une preuve matériel échangeable avec le vendeur ou encore à un intermédiaire avec l'accord du consommateur même si cet intermédiaire se situait dans un tiers État.

669. Dans cette situation établie par ces conventions, les articles n'auront d'effet que si le consommateur est « passif » autrement dit il faut que celui n'ait aucun contact avec le vendeur, même si celui-ci réside dans le même territoire, sinon les ambiguïtés seraient trop

---

[805] Définition donnée par P. LINGIBÉ, Lexique juridique : « forum actoris : Terme latin désignant la compétence du tribunal du demandeur. », 2012. [En ligne] www.jurisguyane.com/lexique.htm (consulté le 23/04/2015).

[806] *Journal officiel de l'Union européenne* : « *…passées entre un preneur d'assurance et un assureur ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État lié par la présente convention, ont pour effet, alors même que le fait dommageable se produirait à l'étranger, d'attribuer compétence aux tribunaux de cet État, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions* ». [En ligne] www.ipr.be/data/V.20071030%5BFR%5D.pdf (consulté le 22/04/2015).

[807] Voir définition de N. FERRY-MACCARIO, J. KLEINHEISTERKAMP, F. LENGLART et N. STOLOWY, *Gestion juridique de l'entreprise*, Editions Pearson Education France, 2006, p.23.

évidentes. le professeur Sylvette Guillemard[808] évoque l'idée que dans le cyberespace, la recherche absolue d'un lien entre le consommateur et le vendeur est devenue un exercice périlleux. En effet, pour elle, le concept de « ciblage » n'est pas en adéquation avec ce que propose Internet. Le critère d'« activité dirigée vers » est tardive (2001), et n'est pas connu des conventions internationales car issu de règlement de Bruxelles I. La Conférence de La Haye de juin 2001 tient quant à elle une définition plutôt négative de ce critère. Avec son paragraphe 3 de l'article 7, elle énonce que :

> « *Les activités d'un vendeur ne seront pas considérées comme dirigées vers un État si le vendeur peut démontrer qu'il a pris des mesures satisfaisantes afin d'éviter de conclure avec des consommateurs résidant principalement dans cet État*.[809] »

670. Selon H. Gaudemet-Tallon, le Règlement de Bruxelles prévoit aussi que

> « *Lorsqu'un vendeur en ligne dirige ses activités dans l'État du consommateur, le consommateur a le droit d'instituer des procédures contre le vendeur, soit dans l'État du consommateur soit dans celui du vendeur*.[810] »

671. C'est une énième tentative pour le règlement de Bruxelles de mettre en avant ce critère d' « activité dirigée vers » pour élargir la catégorie de personnes protégeables, ce qui témoigne d'une souplesse dans ces textes et d'une dynamique qui peut s'inscrire dans le cyberespace. En effet, selon A. Marmisse, le verbe « diriger » met l'accent sur le cas où un professionnel ayant installé le siège de ses intérêts principaux en un État donné, sort du cadre géographique national pour proposer des offres à l'échelle internationale[811].Parallèlement, l'article 17 du règlement Bruxelles I bis[812] a remanié le critère de « démarchage préalable » pour le remplacer par ces « activités dirigées ». Selon le Professeur H. Gaudemet-Tallon[813], la conséquence de cette adoption a pour effet de mieux protéger les cyberconsommateurs. On le voit dans le point *c* de cet article :

---

[808] S. GUILLEMARD, *Op. cit.,* p.449.
[809] P. NYGH et F. POCAR, *Avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale,* Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 2000. [En ligne] http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmdp11.pdf (consulté le 23/04/2015).
[810] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2010, p.294.
[811] A. MARMISSE, Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe in J. RAYNARD (dir.), Les premières journées internationales du droit de commerce électronique, L.I.T.E.C, 2000, pp. 83 s.
[812] Lynxlex, Article 17 du règlement de Bruxelles I Bis, 2012. [En ligne] http://www.lynxlex.com (consulté le 23/04/2015).
[813] H. GAUDEMET-TALLON, *Ibid.*

« *Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur à son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités*. »

672. Cette option ne peut se concevoir que parce qu'il y a une référence à cette notion d' « activité dirigée vers » ; par le contractant vendeur vers le domicile du consommateur. Pour J. Passa[814], ce qui compte désormais, pour l'application du chef de compétence fondé sur le for du domicile du consommateur, c'est la démarche active du professionnel et non plus le comportement du consommateur dans le commerce électronique. En plus, le Parlement européen a proposé d'intégrer la notion de « cible – target » dans les règles de conflits. Ainsi si l'entreprise « cible » en particulier les consommateurs d'un pays ou d'un autre pays, il serait logique d'accepter la compétence des tribunaux de ce pays « ciblé ». S'il n'y a point de « ciblage » de la part du site ou du vendeur, aucune conclusion particulière ne peut s'en dégager pour désigner la compétence d'un tribunal. Cette évolution n'est pas bien perçue par la doctrine et par d'autres auteurs[815].

673. Selon M. Pertegas Sender[816], ce critère d'« activité dirigée vers » un État membre est sans doute appelé à jouer une fonction importante aussi bien dans le cadre du commerce électronique mais aussi bien déjà dans des démarches actuelles de démarchage. En outre, dans ce concept, la Commission européenne veut montrer la clarification du point 3 de l'article 13 qui s'exécute au contrat de consommation effectué sur un site Internet interactif et accessible dans l'État du consommateur. Toutefois, la protection n'entre pas en vigueur même si le consommateur a pris connaissance d'un service ou d'un achat de marchandises sur un site Internet passif. Le contrat électronique est ainsi assimilé aux autres contrats à distance passés par téléphone, fax, etc., ouvrant droit à la compétence de l'article 16. De plus, la Commission européenne précise, dans ses travaux préparatoires, que pour que ce critère d' « activité dirigée » soit identifiable, le site doit être interactif ou

---

[814] J. PASSA, Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions, Communication Commerce électronique 5, 2005, p.20. [En ligne] *http://www.lexisnexis.com* (consulté le 23/04/2015).

[815] *Cf*. Par exemple, M. GEIST, "Is there a there there? Toward a greater certainty for Internet jurisdiction" *Berkeley Technology Law Journal*, 2006, p. 38. [En ligne] http://www.aix1.uottawa.ca/-geist/frameset.html (consulté le 23/04/2015).

[816] M. PERTEGAS SENDER, « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », *Journal des tribunaux*, 2001, p.4.

actif, car le seul fait que le site soit accessible ne donne pas pour eux une raison valable de protection pour le consommateur[817].

674. Pour M. Pertegas Sender[818], sous ces conventions, la doctrine ne veut en aucun cas que la notion de « consommateur passif » évolue pour s'adapter aux contrats situés sur Internet. Par contre, les jurisprudences des *Common Law* et plus précisément dans le *doing business* aux États-Unis sont déjà abondantes sur ce dernier critère, et rendent le texte de Bruxelles I bis peut intéressant. D'un autre côté, le Parlement européen avait quant à lui adopté en 2000 une résolution législative plus mitigée, en ce sens où la commercialisation de biens ou de services par voie électronique situé dans un État était d'office une activité dirigée vers cet État si le site en question est actif dans cet État et si l'opérateur dirige son activité intentionnellement vers un tiers État[819]. M. Pertegas Sender, indique clairement une situation qui mène à de nombreuses divergences jurisprudentielles. Parce que d'une part, la juridiction des États membres se cantonnent à l'article 15 et de son hypothèse liée au site actif et que d'autre part, certains accordent facilement son champ d'application à l'ensemble des sites se trouvant sur Internet, il suffit de s'en référer à l'affaire *Pammer v. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG*[820].

675. Soulignons encore une fois que la plus grande difficulté réside dans ce « ciblage » surtout si le site couvre plusieurs pays hors Union Européenne, amplifié par la publicité et le commerce devenu globale. Même si pour l'avocate Verica Trstenjak[821], la mention selon laquelle un vendeur offre des services et des biens dans un ou plusieurs États membres décrit par-là un indice fort de la volonté du vendeur, si le fond est conforme entre ce que le vendeur propose et le produit une fois livré. Selon le point 81 de cette même affaire,

> « *il en va de même de l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherche afin de*

[817] Eur- Lex, Journal Officiel de la Commission européenne, C 376 du 28 décembre 1999, 1999, p. 17.
[818] M. PERTEGAS SENDER, *Op. cit.*, p.2.
[819] K. BOELE-WOELKI et C.KESSEDJIAN, *Internet: Which court decides which law applies?* , Kluwer Law International, La Haye, 1998, p. 19.
[820] Eur-Lex, Affaires jointes C-585/08 et C-144/09 Peter Pammer contre Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG, 2010.
[821] Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK V., présentées le 18 mai 2010 dans les affaires C.J.C.E. *Peter Pammer contre Reederei Karl Schlüter GmbH & Co*. KG, C-585/08 et C-144/09, 2010. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 23/04/2015).

faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents États membres l'accès au site du commerçant, qui démontre également l'existence d'une telle volonté. »

676. Le juge devrait vérifier au cas par cas l'absence d'indice concernant un tel lien vers les différents États membres. Bien évidemment, les préfixes tels que « .com » ou « .eu » ne préjuge en rien de la validité de ce lieu, ceci peut être un écran pour contournant certains règlements. C'est pourquoi Tagaras Haris[822] nous mentionne que les indices de ces préfixes ne sont plus des preuves tangibles et ont été écarté de l'article 15 lors de la refonte de Bruxelles I bis. Il remarque aussi qu'il en est de même pour les indices de monnaies et de langues, l'anglais étant la langue la plus répandue, elle élimine le caractère distinctif de la localisation tout comme les préfixes cités avant. De l'autre côté, R. Duaso Calãs[823] montre un duel opposant l'article 15 du le règlement de Bruxelles I et l'article 5 de la Convention de Rome concernant le concept de « passif » et « actif » chez le consommateur. La Convention de Rome part du principe que le consommateur est « passif », ce qui a pour incidence d'exiger au minimum deux conditions :

- Le consommateur doit faire l'objet dans son pays de résidence habituelle menant à une conclusion du contrat ;
- Le consommateur doit être connecté au réseau du pays de sa résidence habituelle[824].

677. Ainsi la passivité du consommateur sera alors établie. Mais à ceci, la Convention de Lugano répond qu' « il n'est pas nécessaire qu'une proximité existe entre le contrat et l'État dans lequel le consommateur est domicilié». À propos de cette convention, Fausto Pocar[825] intervient en disant que pour les autres contrats, une extension de protection à tous niveau de contrats pour le consommateur et une extension du for du demandeur, ne serait justifiable en l'absence de facteur rattachant l'autre partie contractante et l'État du domicile du consommateur. De plus, il souligne que « la convention de Lugano de 1988 exigeait l'existence de certains liens pour les contrats relatifs à la fourniture de biens ou de services, que la conclusion du contrat soit précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur ait accompli dans

[822] H. TAGARAS, *Op. cit.*, p.8.
[823] R. DUASO CALÃS, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations, P.U de Montréal, Canada, 2002, p.1s.
[824] M. PERTEGAS SENDER, *Op. cit.*, p.191.
[825] M. FAUSTO POCAR, *Op. cit.*, p.62s.

cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat. Cette convention exige par conséquent que les activités commerciales ou professionnelles de la personne avec laquelle le consommateur conclut le contrat soient exercées dans l'État sur le territoire duquel le consommateur à son domicile, ou dirigées vers cet État ou vers plusieurs États, dont cet État ».

B. L'exclusion du lieu de conclusion et l'exécution du contrat

678. Ce que nous pouvons constater de cette tendance, c'est que la majorité des conventions internationales ont délaissé le critère de conclusion et l'exécution du contrat. La plupart se justifiant de protéger le consommateur (partie faible) conte le vendeur (partie forte). Quand il s'agit de contrats passés avec les consommateurs, l'article 17 de ce nouveau règlement permet aux consommateurs de prendre un tribunal proche de son domicile, comme vu précédemment. Mais le Professeur H. Gaudemet-Tallon[826] nous montre que ce tribunal peut aussi s'interroger sur les critères de la langue par exemple, car le site Internet peut proposer des produits ou services dans la langue du consommateur, ce qui peut lui servir d'indice. Le juge peut aussi voir le critère du moyen de paiement qui reste un indice si le site propose un paiement que le consommateur peut effectuer. Tous deux indique ce critère d' « activités dirigées vers » que le juge peut faire ressortir pour s'attribuer une compétence.

679. Conjointement, le le règlement de Bruxelles I bis, a toléré ce critère fondé sur le domicile du tribunal du défendeur. Ce *sequitor forum rei*[827] est une compétence restée classique et elle est en adéquation avec les spécificités de l'espace virtuel car étant sur ce point de vue aussi universel que l'est Internet, cette règle répond à une demande pour tous les demandeurs et ce dans tous les systèmes juridiques. Dans cette refonte, l'article 18 montre aussi un grand pas qui offre aux consommateurs d'intenter une action devant la juridiction de son domicile contre le vendeur, même si ce dernier ne réside pas dans un État membre de l'Union-Européenne. À noter que lorsque le commerçant électronique

[826] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2010,*Op. cit.*, p.296.

[827] « Principe de compétence territoriale du tribunal du lieu du domicile du défendeur. Ce principe connait des exceptions, par exemple en matière délictuelle, le tribunal compétent est celui du lieu de réalisation du dommage ou encore en matière contractuelle, le tribunal compétent est celui du lieu où devait être exécuté l'obligation » Définition issue de P-LECOURS A., Le Dictionnaire juridique, Québec, 1991. [En ligne] http://www.lecourshebert.com/dictionnaire-juridique/details/5746 (consultée le 23/04/2015).

« dirige » son activité vers le consommateur, il ne peut être qu'assigné devant les juridictions de son État membre par rapport à son domicile. Et, lorsque ce consommateur est demandeur, celui-ci va pouvoir choisir entre la juridiction du lieu du domicile du commerçant électronique ou celle de son propre domicile. Selon Olivier Cachard[828], ce choix dédié aux consommateurs met clairement de côté le lieu de conclusion unique et se plie ainsi aux évolutions apportées par Internet concernant les offres de contrats à l'échelle internationale. Si l'on prend à titre d'exemple *l'arrêt Bertrand,* on peut voir que la Cour de justice à préciser que ce régime favorable était réservé :

> « … *aux acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par leur faiblesse vis-à-vis des vendeurs du fait qu'ils sont des consommateurs finals à caractère privé non engagés par l'achat du produit (...) dans des activités commerciales ou professionnelles.*[829] »

680. En somme, comme nous allons le voir ultérieurement, cette tendance à l'exclusion du lieu de conclusion et l'exécution du contrat par les conventions internationales, elle n'exige nullement le critère du domicile pour valider une clause attributive. Par contre, le recours exceptionnel des conventions lors de la protection liée au critère de domicile refont surface dans l'article 19 du règlement de Bruxelles I bis[830]. En contrepartie, le consommateur assumera la charge de déplacement lié à un éventuel procès suite à une mauvaise exécution du contrat. En d'autres termes, ce for alternatif n'est rien d'autre que la contrepartie logique d'un avantage choisi et exploité ainsi offert par l'outil Internet. C'est en quoi le professeur Sylvette Guillemard[831] note que cette solution semble être une facilité pour le consommateur en cas de risque et ne l'obligeant pas à se soustraire vers une juridiction étrangère, en lui imputant par-là des coûts supplémentaires de déplacements.

681. Concernant la place de cette protection, il ne faudrait pas croire que la protection de ce dernier est illimitée comme souvent interprétée dans ces conventions. La Cour de justice

---

[828] O. CACHARD, la régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p. 387.
[829] Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 21 juin 1978. Bertrand contre Paul Ott KG., 1978. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61977CJ0150 (consulté le 23/04/2015).
[830] Lynxlex, Article 19 Bruxelles I bis : « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions : 1. postérieures à la naissance du différend ; 2. qui permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section ; ou 3. qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions. ».
[831] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.158.

rappelle juste que ces articles sont soumis à la satisfaction de certaines conditions qui ont pour but de limiter le champ d'application. Ainsi, ces articles n'ont pas été créés spécifiquement pour des raisons liées à Internet. Ce qui explique tout simplement les lacunes perceptibles dans certaines lois qui sont devenues plus souples et plus générales dans un sens. Par contre, nous constatons que le critère dit de « démarchage » posé par l'article 15 du règlement de Bruxelles et l' « effectivité » de la protection qu'il donne ainsi aux cyberconsommateur, ne pouvait se comprendre dans le cas du « consommateur passif », ce qui a changé de nos jours sur le statut du consommateur[832].

682. Nous pouvons conclure en disant que la protection du consommateur s'en est vue renforcée mais qu'il y a encore de nombreuses difficultés. Tout d'abord, l'exigence que le consommateur ait une résidence habituelle dans un État membre et de prouver sa connectivité par rapport à cette État. Ensuite, maintes fois répétés, la nature d'Internet n'est pas en phase avec le droit international, même si le règlement de Bruxelles a permis une délicate recherche du lieu des offres et de la publicité, les transactions sur Internet sont un réel risque pour les consommateurs. Nous avons évoqués les différentes situations où le consommateur serait l'acheteur de produit d'un autre État, ou encore que le site en question soit « dirigé vers » de par ses activités commerciales, parallèlement à l'article 16 de cette même convention[833].

683. Nous avons aussi évoqué le choix que pouvait faire le consommateur en cas de litige, duquel il a son domicile, ou vers cet État parmi d'autres; dans ce cas aussi, le consommateur peut saisir les juridictions de son propre domicile, en vertu de l'article 16 de la Convention de Lugano de 2007, indépendamment du lieu où le contrat a été conclu et du lieu où la prestation d'un service électronique a eu lieu[834]. Nous pouvons donc retenir

---

[832] H.GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 3e éd. 2002, p.233.

[833] *Ibid*. p.233

[834] Convention de Lugano, Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale Art. 16 –

« 1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État lié par la présente Convention sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État lié par la présente Convention sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

qu'un acte contractuel ne dépend plus obligatoirement du lieu où le consommateur agit car seul compte désormais, et ce depuis la Convention de 2012, les activités de l'autre partie qui sont soit du même État que le consommateur et son domicile habituel ou dirigée vers celui-ci et ce de manière claire aussi bien sur le site que dans le contrat de vente de marchandises ou de fournitures de service.

684. Sera étudié par la suite la manière dont peuvent être pris en compte des indices qui apparaissent dans la formulation de ces contrats (heure, date), permettant d'authentifier cet acte par voie électronique. Même si toutefois, les lois restent discrètes sur cette localisation spatiale tout comme nous le rappel la loi type de la CNUDCI *« l'emplacement d'un système d'information n'est pas l'élément déterminant »*[835]. Par cette phrase, ils ont préféré mettre en exergue un lien présomptif entre les personnes qui s'échangent des messages et leurs lieux de « fixité probante », d'où le choix du terme de « résidence habituelle ».

---

3. Les dispositions du présent article ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section. », 2007. [En ligne] http://www.admin.ch (consultée le 23/04/2015).

[835] *Nations Unies, La loi type de la CNUDCI sur l'électronique de 1998*, 1999, New-York. [En ligne] http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf (consultée 23/04/2015).

Conclusion titre 1

685. Nous avons constaté que les conventions internationales ont rendu l'élément d'extranéité plus « souple ». En effet, il était difficile pour les Conventions internationales de se baser sur des règles trop traditionnelles. Nous avons vu qu'il y avait eu un changement de direction concernant l'élément d'extranéité, qui évolue d'un critère juridique vers un critère économique en rapport avec le coût de la distance et des déplacements des parties. Ensuite, l'élément d'extranéité n'est plus aussi efficient et ne relève donc plus d'un critère de choix pour les contrats virtuels, ce qui crée au passage une transversalité entre les conflits internes et les conflits internationaux. Une tendance qui va faciliter la tâche pour les parties et pour les juges que ce soit dans le choix du tribunal ou que ce soit dans le choix des compétences.

686. En ce qui concerne la détermination de la localisation du contrat virtuel et celle du contrat du consommateur, nous notons que le règlement (UE) de Bruxelles I bis présente des solutions nouvelles dans le cadre des conflits sur Internet en déterminant, à travers l'article 25, alinéa b, un élément de localisation plus large. En parallèle, les Conventions internationales de La Haye ou des Nations Unies ont procédé à un changement de terme concernant le cybervendeur en désignant son activité sur Internet par les termes « activités dirigées vers », ce qui est en faveur du consommateur. Une protection qui s'est élargie, comme une sorte de modèle type, dans l'UE pour donner aux consommateurs un avantage sur le choix de la juridiction contre son cocontractant alors que ce dernier n'est pas domicilié dans un État membre.

687. Une possibilité envisagée seulement depuis 2001 alors qu'Internet est mis en place dès les années 1990, ce qui indique que le temps d'adaptation se fait selon les litiges rencontrés et les nouvelles technologies démultipliant les genres de litiges. Ce qui révèle aussi une certaine « prudence », dirons-nous au lieu de lenteur, vis-à-vis de cet espace qui a redéfinit tous les termes que nous avons évoqués jusqu'à maintenant. Enfin, nous apercevons aussi, par le biais de l'article 7, alinéa b, de la nouvelle règlementation de Bruxelles I bis, un objectif qui favorisera un lien plus stable entre les formes contractuelles et la nature d'Internet. Pour nous, c'est une issue qui permettra sans doute de faire évoluer la juridiction comme évoluent les nouvelles technologies.

TITRE 2 : L'essor des clauses attributives dans les conventions internationales

688. En droit international privé, les clauses attributives sont bien évidemment très répandues. Elles permettent aux parties de faire disparaitre d'éventuels doutes qui peuvent apparaitre avant la procédure, car elles leur offrent la possibilité de choisir « *la juridiction qui leur semblent la plus adéquate pour trancher un éventuel différend*[836]». Il est fréquent que les parties s'accordent sur le choix du tribunal ou des tribunaux compétents, même s'il existe de nombreuses situations inverses. L'élection de for ou clauses de compétence a dès lors été pensée pour donner un cadre d'action réglementé, davantage de certitude et de cohérence au commerce international (activités transfrontalières), mais aussi pour faciliter la résolution d'éventuels litiges. C'est pourquoi l'usage pratique des clauses attributives de juridiction se révèle d'autant plus présente au niveau international qu'au niveau interne. Elles permettent en outre de minimiser les instabilités intrinsèques en l'absence d'organisation de la société internationale. Il devient crucial, dans un premier temps, de déterminer, lors d'un litige, quelle juridiction est à même d'être compétente vis-à-vis de la loi appliquée.

689. Concernant cette compétence, il est important de savoir quel juge sera saisi de l'affaire car c'est ce juge qui définira ainsi la règle de conflit, qu'elle soit de loi ou de compétence. Dans un second temps, cette règle de conflit bien qu'elle soit en principe « bilatérale » : *« elle aboutit indifféremment à l'application de la loi du for ou à celle de la législation étrangère »*[837]. Marie-Christine Meyzeaud-Garaud souligne aussi qu'il peut y subsister des conflits unilatéraux qu'il nous faut entrevoir dans cet essor des clauses attributives.

690. Donc, les clauses attributives, devenues récurrentes, voire obligatoires, ont eu un caractère tendancieux sur les conventions internationales, qui ont dû développer ou

[836] M. R. MEYZEAUD-GARAUD, *Op. cit.*, p.156.
[837] *Ibid*, p. 57.

atténuer ces clauses évitant ainsi une dissémination du contentieux relatif aux accords d'élection de for et réduisant les incertitudes et/ou tout litige sur la compétence judiciaire.

691. À travers ces questions, nous verrons comment la tendance des conventions internationales évoluent, au gré de ces différentes occurrences. Sans oublier de prendre en compte l'émergence d'Internet dans ce questionnement, pour comprendre comment les conventions internationales ont développé et atténué les conditions de validité d'une clause attributive de compétence. Le but est d'éviter justement un certain déni de ces clauses juridiques. Par ailleurs, nous verrons que cette notion de validité repose sur deux conditions qui doivent être respectées : des conditions de forme et des conditions de fond. Les chapitres qui suivent s'articuleront autour de l'étude et de l'analyse des intérêts du développement des clauses attributives, ainsi que le progrès de résolution de litiges liés à Internet. Dans le premier chapitre, nous discuterons de l'évolution de la validité formelle des clauses attributives ; dans le second chapitre, de l'essor de la validité au fond des clauses attributives.

Chapitre 1 : Les caractéristiques de l'évolution : la validité formelle des clauses attributives

692. La clause attributive de compétence peut se présenter dans tout type de document à condition que la mise en forme soit reconnue avant la signature du contrat. Elle doit être écrite de façon claire par les parties, surtout opposées, dans une langue compréhensible par les deux parties. En outre, la jurisprudence[838] a estimé que la clause attributive de compétence devait être stipulée de *bonne foi* et de manière lisible (non en petit caractère), pour éviter toute suspicion, toute difficulté dans la lecture de l'engagement. Une clause attributive de compétence apparaissant au verso d'une signature faite au recto d'un document imprimé ou original ne suffit pas à la validité. Mais, à titre d'exemple, l'article 5 de la loi fédérale sur le droit international en Suisse[839] stipule que les clauses d'élection de for peuvent être mentionnées nulles pour des motifs formels, imposant ainsi que ces clauses d'élection de for soient désignées par un tribunal particulier. De même, en Belgique, les clauses attributives de compétence dans certains contrats sont nulles si elles ne sont pas rédigées en néerlandais[840].

693. Néanmoins, aujourd'hui il faut prendre en compte les évolutions en matière de validité qui ont fortement changé depuis l'arrivée d'Internet et avec le contrat virtuel : la forme écrite exigée figurera dans une transmission par voie électronique. Les effets juridiques vont évoluer, voire changer à travers ce nouveau support. Cependant, est-ce que la forme classique demeure la même ou migre-t-elle vers une forme électronique ? Autrement dit, les conventions internationales ont-elles prévu une forme électronique de l'écriture du contrat pour être valide ? La notion « d'écrit » évolue, n'ayant plus de support, elle devient pour ainsi dire inaltérable, en ce sens où sur papier un écrit pouvait se faire au crayon (remettant en doute la validité du contrat) mais un texte imprimé est bien mis noire sur blanc. Mais la notion d' « original » suscite encore de nombreux litiges.

[838] A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Droit des affaires*, Editions Bréal, 2007, Paris. p.223.
[839] Confédération Suisse, (mise à jour le 1er Juillet 2014), *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, Article 5*. [En ligne]. http://www.admin.ch (consulté le 29/03/2015).
[840] A. NUYTS, *Op. cit.*, p.262.

694. De nouvelles considérations sont apparues mettant en jeux les questions de conservation des messages électroniques, leurs signatures, leurs traces, leurs originaux, la reconnaissance des différentes parties, la forme des messages de données, l'accusé de réception, les faux, la date et lieu d'expédition du message, etc. Actuellement, la trace écrite reste encore le moyen le plus sûre et le plus usiné dans les échanges commerciaux mais il est appréciable de constaté une nouvelle tendance conventionnelle élaborant l'approche de l'écrit juridique, termes abordés dans la section 1. Suite à cela, dans la section 2, nous verrons que la nouvelle tendance conventionnelle n'exige pas de critère de domicile pour valider une clause attributive.

Section 1 : L'élargissement des notions de l'écrit par les conventions internationales

---

695. On verra par la suite comment la notion d'écrit a évolué aux rythmes des différentes conventions internationales. Il faut tout d'abord admettre un assouplissement concernant les clauses attributives de for et de sa forme légale vis-à-vis des opérations liées à Internet.

695. Dans cette évolution de la définition de la notion d'écrit, on souligne une nouvelle amélioration de la part des conventions internationales qui visent à homogénéiser et légaliser la forme écrite des contrats, notamment au niveau de leur forme électronique. Cette évolution de la notion d'écrit nous permettra de justifier de la validité de certaines clauses attributives, toutefois il nous faudra rester vigilant sur son caractère évolutif. Ainsi, on le verra, les notions telles que l'écrit ont gagné en flexibilité et se sont également restreintes pour plus de sécurité, notamment en s'intéressant davantage sur leurs fonctions que sur le support à proprement parlé.

696. Dans le 1er paragraphe, il s'agira de voir l'acceptabilité de la forme écrite ou verbale avec une confirmation écrite des clauses attributives dans les conventions internationales (la conception matérialiste de l'écriture). Dans la continuité, l'Internet ayant changé quelque peu la notion d'écrit sur support papier, il nous faudra connaitre les dernières règles qui englobent cette nouvelle version de la notion d'écrit (sur support-virtuel) basé sur le principe de l'équivalence fonctionnelle (la notion virtuelle de l'écrite) (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une convention écrite ou verbale confirmée par écrit

697. La notion d'écrit matériel a été développée plusieurs fois par les conventions internationales (A). On observe dans le même temps que les conventions internationales prônent un assouplissement de la conception matérialiste de l'écriture (B).

A. Une forme conforme aux habitudes des parties, l'atténuation personnelle

698. Depuis la Convention du 27 septembre 1968 de Bruxelles, article 17[841], les notions sur l'écrit n'ont cessé d'évoluer. Sur un plan juridique, « l'écrit » se désigne au sens large comme *« tout document rédigé »*. Mais au sens strict, il s'agit d'un :

> « *Acte juridique rédigé par écrit et signé, soit par les seuls intéressés [...], soit par un officier public [...], que l'écrit soit établi ad probationem ou ad solemnitatem.* »[842]

699. Dans ces termes, l'écrit comprend les accords d'élection de for car ils représentent des actes juridiques consignés par écrit. Dans la perspective juridique, l'écrit se révèle être le moyen originaire de la juridiction. Il désigne sa matérialisation dans le système d'écriture et non dans un système reposant sur la parole comme seul preuve. Bien entendu, cette matérialisation ne peut se faire sans support, il y a dès lors un lien étroit entre l'originalité de l'écriture et de son support. Nombre d'exemples montrent le cas où le papier et non l'écriture témoigne de l'originalité d'un document. De ce fait, en matière contractuelle, l'écrit est lié à son support de telle sorte que s'il n'y a pas de support visible,

---

[841] Article 17 : « Une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions imprimées sur un connaissement satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la convention :
- si le consentement des deux parties aux conditions du connaissement comportant ladite clause a été exprimé par écrit ;
- ou si la clause attributive de juridiction a fait l'objet d'une convention verbale antérieure entre les parties, portant expressément sur cette clause, et dont le connaissement, signe par le transporteur, doit être considère comme la confirmation écrite ;
- ou si le connaissement se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre les parties, dans la mesure où il est établi ainsi que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant ladite clause.
En ce qui concerne le rapport entre le transporteur et tiers porteur, il est satisfait aux conditions posées à l'article 17 de la convention des lors que la clause attributive de compétence a été reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, et qu'en vertu du droit national applicable, le tiers porteur, en acquérant le connaissement, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations. ».

[842] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., P.U.F, Paris, 2004, p.968. *Cf*. aussi F. SENECAL, *L'écrit électronique*, Canada, Yvon BLAIS (dir.), 2012. p.5s.

physique, il n'y a point de contrat[843]. Dès lors, qu'en est-il si la forme même de l'écriture disparait avec la virtualité ? La forme du contrat électronique peut-elle être considérée comme écrite ? Le formalisme juridique a évolué par le biais de la machine, comme le souligne Jérôme Huet[844], certains types de contrats sont alors dépourvus d'une forme juridique. ce qui peut parfois faciliter les fraudes sur les règles de contrat et les contournements de ces règles.

700. Alors que le texte original ne signalait qu'une convention écrite ou une convention verbale confirmée par écrit, en 1978[845] a été *ajoutée la référence aux usages du commerce international. Mais l*e texte de 1989 *déjà témoigne d'u*ne possibilité envisagée par la Cour de justice en mentionnant une forme *« conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elle »*[846] à ce sujet, *rien ne change*[847] dans la convention d'adhésion de 1996. On peut dès lors écarter les clauses d'élection de for contractualiser entre consommateurs et professionnels car il n'y a pas de document papier. Cependant il faut s'attarder sur la notion d' « admissibilité » ou de « licéité » qui règlemente la clause attributive de juridiction. La licéité au niveau international, pour qu'elle ait un réel effet, doit se faire dans un litige qui soit véritablement international[848]. La Cour de cassation française a consacré le principe de la validité des clauses attributives de compétence à une juridiction étrangère lorsque le litige est international et que la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale d'une juridiction française[849]. Ainsi, une clause d'élection de for ne

[843] F. SENECAL, *Ibid.*, p.7.
[844] J. HUET, « Le consentement échangé avec la machine, in L'échange des consentements », in *RJ com.* n° spéc., Paris, 1995, p.124s.
[845] Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978, relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (JO L 304, p.1 et texte modifié p.77). Texte intégral : Eur-Lex, 1998, Document 61997CC0159.
[846] Convention d'adhésion du 26 mai 1989, Adaptations de la convention de 1968, Article 7. [En ligne] http://curia.europa.eu (consultée le 03/04/2015).
[847] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2010, *Op. cit*., p.99.
[848] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique. *Op. cit.*, p.372. Selon l'article 48 du NCPC, « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Lexinter.net, Clauses dérogeant aux règles de compétence territoriale, [En ligne] http://www.lexinter.net/NCPC/competence_territoriale.htm (consultée le 03/04/2015).
[849] Conf. Cass. civ. 1, 17 décembre 1985. en ligne: http://www.legifrance.gouv.fr/. consulté le 14/2/2014

peut se limiter qu'en son contenu. Sauf si ce contenu aux processus de la clause, elle ne devrait pas se résorber au seul motif qu'elle apparait sur un espace virtuel.

701. Par ailleurs, quand l'écrit n'est pas mentionné comme condition de l'accord d'élection de for, la clause, si elle est électronique, se révèle être la mieux adaptée par rapport à la vie actuelle du marché économique et de ces habitudes sur le plan international en matière de commerce car l'informatisation de dossiers contractuelles est synonyme de réduction de coûts non négligeable pour le traitement des données. Ce qui explique la *prolifération*[850] de contrats informatisés ou virtuels au dépend du support papier bien plus onéreux.

702. Revenons sur le mot « licite », il se définit comme ce qui est *« permis par un texte de loi, décret, etc… »*. Dans un premier temps (si l'on s'accorde avec cette définition du terme), il s'agit de répondre à la question concernant la licéité d'une élection de for : est-elle admise en droit international privé ? Ensuite, elle s'appose à ce qui est conforme à l'ordre public soit exprès ou virtuel. Dans la forme verbale avec une confirmation écrite, un accord uniquement verbal ne peut suffire à remplir les conditions émises par les conventions internationales (par exemple, l'article 25 du règlement Bruxelles 2012 ou l'article 3c de la Convention de la Haye 2005). Il faut dès lors admettre qu'il n'y a pas de consensualisme pur[851]. De plus, il faut noter que les exigences d'un document directement écrit ne sont pas similaires à un document verbal qui aura été ensuite signé et conclu par écrit. Lors de ce type de contrat, celui-ci ne peut être signé que par l'une des parties.

703. L'article (23 a) du Règlement (CE) n° 44/2001 « Bruxelles I montre que dans une convention verbale, une confirmation écrite de cette convention provenant de l'une des parties a bien été reçue par l'autre et que cette dernière n'a formulée aucune objection comme en témoigne les arrêts *Tilly Russ* en matière de connaissement et *Berghoefer* en matière d'agence commerciale. D'ailleurs, l'arrêt *Segoura* a soumis en présence la convention *verbale globale*[852] (ne portant pas exclusivement sur la convention de for),

---

[850] R. I. L. HOWLAND, « L'avenir du connaissement et les connaissements électroniques », *Annuaire de Droit maritime et aérospatial 79,* Paris, 1995.
[851] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p.372.
[852] A. NUYTS, *Les sûretés et privilèges en droit international* privé : le cas du privilège général des travailleurs, Editions RDC, Bruxelles, 2006.

mais en mettant le niveau de validité au même titre que la forme écrite. En fait, l'acheteur, même s'il a accepté dans un contrat conclu verbalement de traiter les conditions générales du vendeur, n'est dès lors pas censé avoir accepté une clause attributive de juridiction pouvant éventuellement figurer dans ces conditions générales. Dans l'arrêt *Tilly Russ*, la Cour de justice a réitéré cette exigence en indiquant que la prorogation devait avoir fait l'objet d'une convention verbale, entre les parties portant expressément sur la juridiction[853]. Sur ce dernier point, nous pouvons citer cette phrase de Madame le professeur Hélène Gaudemet-Tallon :

> « *Le droit semble donc maintenant fixé en ce qui concerne cette « convention verbale confirmée par écrit » : la convention verbale doit porter spécifiquement sur la prorogation de compétence, une quelconque des parties doit la confirmer par écrit, l'autre doit recevoir cette confirmation et ne pas soulever d'objections*. »[854]

704. Même si l'accord verbal est confirmé par écrit, il nous paraît moins protecteur de par son aspect à ne délivrer jurisprudence qu'à une seule des parties. Cette jurisprudence octroyant alors une confirmation écrite de l'accord verbal montre bien qu'elle peut être applicable dans la forme[855].

705. En ce qui concerne l'assimilation de l'écrit au papier, cela entraîne une exclusion des accords d'élection de for selon la qualité des parties. L'imposition de l'écrit montre des limites et est perçue comme un obstacle par rapport aux contrats électroniques. Ce qui a été écrit à propos de l'article 17 de convention de Bruxelles :

> « *l'article 17, qui impose qu'une clause attributive de juridiction soit reproduite dans un contrat écrit [...], apparaît comme une restriction majeure aux relations contractuelles sur Internet*. »[856]

706. Dans le cadre des accords d'élection de for, il paraît évident qu'au stade actuel, il n'est en rien obligatoire que le support papier puisse déterminer l'admissibilité d'un contrat. Il ne suffit pas que, après accord verbal, l'écrit porte globalement sur les

---

[853] Arrêt de la Cour du 19 juin 1984. en ligne : http://eur-lex.europa.eu/legal content/FR/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0071

[854] H. GAUDEMET-TALLON, Les conventions de Bruxelles et de Lugano : compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, Editions Montchrestien, Paris, 1996, p.107.

[855] *Ibid*.

[856] T. VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet », *Revue du droit des affaires internationales (RDAI)*, 1998, p.373.

conditions générales du contrat, ces dernières contenant une clause attributive de juridiction ne peut donc être une « convention verbale » au sens de l'art 25 a, il est primordial que la confirmation vise spécifiquement le choix de la juridiction[857].

B. La souplesse de la conception matérialiste de l'écriture

707. Nous notons alors que, quel que soit la forme des clauses attributives, écrites ou verbales confirmées par écrit, les conventions internationales ont atténué le contenu de ce principe. Il y a d'une part une atténuation qui repose sur le confort des parties et leurs habitudes : l'atténuation personnelle. D'autre part, il y a une atténuation qui repose sur les usages du commerce international : l'atténuation substantielle :

1. Une forme conforme aux habitudes des parties : l'atténuation personnelle

708. L'atténuation personnelle a été ajoutée par la Convention de Saint-Sébastien (qui reprend mot par mot la Convention de Lugano), qui est directement issue de la jurisprudence de la Cour de justice, dans ses arrêts *Segoura* et *Tilly Russ*. Elle réserve les *« rapports commerciaux courants »* et accepte qu'en ce cas les exigences de forme soient atténuées. Cette formulation est néanmoins vague et risque de donner lieu à des difficultés de preuve. Elle a, *a priori,* comme le souligne G. Droz, un avantage à tenir compte des nécessités de la pratique qui met en jeux les formes prédéfinies :

> « *Lorsqu'un exportateur et un importateur concluent chaque mois des milliers de contrats portant sur des marchandises identiques en ne précisant pas par télex, téléphone, ou télécopieur les quantités, qualité et prix, nous ne pouvons pas méconnaître les conditions générales de vente qui se situent régulièrement à l'arrière-plan de leur relation commerciale et qui peuvent contenir une clause attributive de juridiction*.[858] »

709. Ainsi, dans le cadre d'affaires courantes, habituelles, les parties (comme en témoigne les arrêts *Segoura* et *Tilly Russ*) admettent la possibilité d'une forme moindre ou une validité de clause attributive de juridiction figurant dans des conditions imprimées sur connaissance, si le connaissance se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants

---

[857] P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé,* 11e éd., L.G.D.J, Paris, 2014, p.117.
[858] G. A. L. DROZ, « Pour une réforme des articles 14 et 15 du code civil », *Revue critique DIP*, 1975, p.15.

entre les parties, et dans la mesure où il est établi que ces rapports sont régis par des conditions générales comportant ladite clause. Au-delà, d'après Hélène Gaudemet-Tallon, il semble qu'une convention verbale portant spécialement sur l'attribution de compétence n'est pas indispensable si les rapports commerciaux courants entre les parties sont, dans leur ensemble, régis par des conditions générales incluant une clause attributive de juridiction. Ce sera à la bonne foi de désavouer l'existence d'une prorogation de compétence[859].

710. Par exemple, l'arrêt de la Cour de justice du 24 juin 1981, *Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain* montre que dans l'article 17[860], les conditions de formes sont soumises par la convention et souligne le caractère que même la langue des parties n'est pas celle forcement prescrite par la législation. En outre, la Cour de justice de l'UE a précisé que le renvoi doit être explicite même si les conditions générales figurent au verso du papier signé. Si le renvoi exprès est fait dans un document séparé du contrat, les exigences de l'article 17 pourront être considérées comme remplies s'il est établi que les deux parties ont eu connaissance de ce document ou pouvaient en avoir connaissance. L'arrêt *Colzani* précise que le renvoi doit être *« susceptible d'être contrôlé par une partie appliquant une diligence normale »*[861]. Analogiquement, sous le texte de 1968, la Cour de justice, a jugé que l'inscription d'une clause attributive de compétence au verso ne satisfaisait pas les exigences de l'article 17c :

> « *aucune garantie n'étant donné par ce précédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au régime commun de compétence de la convention*[862]».

711. Cette solution qui a été adopté par le règlement de Bruxelles dans l'article 25-1° b) est très similaire à la solution retenue par la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises[863].

---

[859] H. GAUDEMET-TALLON, Les conventions de Bruxelles et de Lugano: compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, *Op. cit.*, 1996, p. 107.
[860] Curia-Europa, Arrêt du 24 juin 1981 : « *L'article 17 de la convention ayant pour objet de prévoir lui-même les conditions de forme que doivent réunir les clauses attributives de compétence, les états contractants n'ont pas la liberté de prescrire d'autres exigences de forme que celles prévues par la convention. Applique au domaine de la langue à utiliser dans la convention attributive de compétence, ce régime implique qu'une législation d'un état contractant ne saurait faire obstacle à la validité d'une telle convention au seul motif que la langue utilisée n'est pas celle prescrite par cette législation* ».
[861] Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 14 décembre 1976.
[862] *Ibid*.

2. Les usages du commerce international : l'atténuation substantielle

712. En commerce international, une clause attributive de juridiction peut être passée sous une forme qui soit conforme à un usage. L'art. 25-1° (c) reprend là une idée apparue lors de la Convention d'adhésion de 1978 sous l'influence du Royaume-Uni. Comme l'avait alors souligné Lenz sur le rapport *Schlosser* les conditions ne répondent ni *aux usages* ni *aux exigences*[864] du commerce international. L'article ci-dessus énonce les caractères que doit présenter l'usage du commerce international : il doit être largement connu et régulièrement observé dans le même type de transactions par les parties. De plus, les parties avaient connaissance ou étaient censées prendre connaissance de cet usage. Ainsi on peut penser que pour valider des clauses attributives de juridiction, ne seront retenus que des usages bien établis. De fait, cette forme n'est qu'acceptée que dans le commerce international.

713. Pour ce faire, illustrons ce propos par deux exemples :

- Premièrement, dans un arrêt du *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL*[865], il est indiqué que c'est au juge national d'examiner et vérifier si le contrat relève du commerce international et s'il existe alors un usage répondant aux conditions posées par l'article 17(c) cependant, il est

---

[863] Déjà adopté, ce principe par l'article 9 de la convention internationale sur les contrats de vente internationale de marchandises 1980 qui prévoit que : « *1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.2. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.* »

[864] Eur-Lex, Conclusions de l'avocat général Lenz présentées le 8 mars 1994: « L'interprétation donnée par la Cour pose des conditions qui "ne répondent ni aux usages ni aux exigences du commerce international". Pour les auteurs de la réforme, il s'agissait notamment d'atténuer les conséquences qui résultaient de l'arrêt du 14 décembre 1976, Segoura. Saisie d'un contrat de vente conclu verbalement, lequel ne comportait toutefois pas de convention attributive de juridiction au sens de l'article 17, la Cour avait refusé tout effet à une lettre de confirmation du vendeur à laquelle celui-ci avait joint ses conditions générales de vente, dans lesquelles figurait une clause attributive de juridiction. Selon la Cour, une telle clause ne devient partie intégrante du contrat que lorsque l'acheteur accepte les conditions de vente par écrit. Le fait, pour l'acheteur, de ne pas élever d'objections contre une confirmation émanée unilatéralement de l' autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l' accord verbal se situe dans le cadre des rapports commerciaux courants entre parties, établis sur base de conditions générales de l' une d' entre elles, comportant une clause attributive de juridiction. Dans le rapport Schlosser, il est dit à cet égard que "il n'est pas raisonnable, dans la pratique commerciale internationale, d'exiger que le cocontractant de l'utilisateur de conditions générales de vente confirme par écrit l'inclusion de celles-ci. »

[865] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 20 février 1997.

également souligné à ce même point 21 qu'elle entend donner à ce juge les *« éléments objectifs et nécessaires à une telle appréciation »*. Il est révélé clairement que *« l'existence d'un usage ne doit pas être déterminé par référence à la loi d'un État contractant »*[866].

- Deuxièmement, dans un arrêt de la Cour de justice, l'arrêt *Trasporti Castelletti v Hugo Trumpy S.P.a*[867], reprend largement l'arrêt *M.S.G v Les Gravières Rhénanes S.A.R.L*, et dispose que le seul apport figurant aux points 28 et 29 où il est dit d'une part que l'art 17 (C) ne requiert aucune forme de publicité de l'usage, d'autre part que des contestations fréquentes de la clause devant les tribunaux ne suffisent pas pour lui contester le caractère d'usage.

714. Il demeure important de retenir, à travers ces deux arrêts, que la référence à un usage ne compromet pas notre intérêt sur le consentement des deux parties à la clause, simplement, s'il y a bien un usage, ce consentement est présumé. Nonobstant, pour savoir s'il y a bien usage, la Cour de justice pouvait sans doute aller plus loin qu'elle ne l'a fait dans ces deux arrêts, Monsieur A. Huet constate que la vérification concrète par le juge national de l'existence d'un usage dans telle ou telle branche du commerce international et à propos de contrats du même type que celui qui donne lieu au litige demeurera à maints égards très délicate[868].

---

[866] *Ibid.* Article 17, point 21.

[867] Curia-Luxembourg, *Arrêt de la cour du 16 mars 1999*. [En ligne] http://curia.europa.eu (consulté le 03/04/2015).

[868] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial, *Op. cit.*, p.58. Voir aussi : H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 3e éd, 2002, p.109. :

« 1. … la validité de la clause attributive de juridiction stipulée dans un contrat international est subordonnée à l'existence d'un écrit tel que voulu par les contractants ; qu'en reconnaissant la validité de la clause portant attribution de compétence à la juridiction italienne dont il était stipulé qu'elle devait faire l'objet d'une approbation expresse des deux parties contractantes, bien que cette clause n'ait pas été approuvée conformément aux stipulations contractuelles, M. X... s'abstenant d'apposer son paraphe et ayant ainsi marqué sa volonté de la refuser, la cour d'appel a violé l'article 17 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; 2. … en l'absence d'écrit, la validité de la clause attributive de juridiction, est subordonnée à l'existence d'un usage du commerce international régissant la branche d'activités dans laquelle les parties contractantes opèrent et dont elles ont, ou sont censées avoir, connaissance ; qu'en reconnaissant la validité de la clause portant attribution de compétence à la juridiction italienne aux motifs que "la clause de compétence faisant partie de l'économie des contrats internationaux" et que, dans les circonstances de l'espèce, il s'en déduisait que la signature globale du contrat par M. X. suffisait à exprimer son consentement, sans avoir caractérisé l'existence d'un usage propre à la branche d'activités dans laquelle les contractants opéraient, dont il aurait pu être déduit que la signature globale du contrat emportait approbation de la clause litigieuse bien que les parties aient expressément subordonné la validité de celle-ci à un paraphe spécial, la cour d'appel a violé l'article 17 de la convention de Bruxelles du 27 septembre

715. Enfin, les conditions de formes posées par l'art. 25 (art. 23 de l'ancienne version) du règlement de Bruxelles, telles qu'elles sont expliquées par la Cour de justice, sont assez draconiennes pour assurer la réalité du consentement de la sécurité juridique des deux parties. Les États contractants n'ont donc pas la liberté de prescrire d'autres exigences de forme que celles prévues par la convention[869]. En conséquence, un droit national ne peut établir de conditions supplémentaires[870].

Paragraphe 2 : Une convention écrite virtuellement

716. Dans ce deuxième paragraphe, il sera crucial de montrer comment la virtualisation des clauses de juridiction, qu'elle soit arbitrale ou étatique, s'est imposée face aux contrats de formes écrites sur un support papier, non seulement pour voir qu'elles ont été les dernières modifications en terme de règles sur les conventions écrites virtuellement mais aussi questionnant cet espace virtuel qui est pour les uns tout aussi « sûre » que la forme dite « classique » mais qui pour d'autres amènent à de sérieuses questions, notamment sur la validité de la clause effectuée par voie électronique. Ainsi, nous verrons qu'il existe des formes de documents qui permettent cette authenticité mais aussi qu'il y a des moyens mis en place pour la durabilité du document pouvant ainsi faire l'objet à plusieurs reprises.

717. Suivant ainsi une théorie dite d'« équivalence fonctionnelle », qui est devenu désormais un principe universel, tout document virtuel, pour avoir une signification juridique, doit contenir un critère de durabilité à travers la conservation et la datation (A) et ne soit pas altéré par le support technologique (B).

A. La notion de durabilité à travers la conservation et la datation

718. Le commerce international a subi de lourdes modifications suite au développement des nouvelles technologies (au début avec l'Arpanet, l'ancêtre d'Internet), qui s'accentuent

1968. » COUR DE CASSATION, CHAMBRE CIVILE 1, DU 12 DÉCEMBRE 2006, 05-21.388. BULLETIN 2006 I N° 535. P. 475.

[869] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, *Op. cit.*, 2003, p.106.

[870] C'est ce qu'a énoncé la Cour de justice dans l'arrêt *Soc. Elefanten Schuh GmnH c. Jacqmain* du 24 juin 1981 (aff. 150/80).

par la rapidité et l'accroissement des échanges. C'est pourquoi, le support des contrats à lui aussi évolué dans ce contexte. Mais sur le plan juridique, vis-à-vis des nouveaux modes de contrats, le droit français s'y est intéressé assez tardivement. Le but principal était de permettre un marché homogène soulevant les divers obstacles juridiques quant à la validité des contrats électroniques afin d'assurer une confiance dans cette économie devenue numérique[871]. Il nous faut admettre que dans l'espace actuel, Internet a pris ampleur importante et sur des supports de plus en plus accessibles et aux nombres croissants. Les commerces électroniques révèlent ainsi leurs caractéristiques actuelles par leurs *« abolitions des distances géographiques et leurs réductions de temps »*[872].

719. Dans le monde juridique contemporain, une personne physique et morale doit toujours s'identifier aux yeux des « acteurs juridiques », c'est-à-dire par principe : son nom ou sa signature. La voie électronique suscite de nombreux doute à cause de l'usurpation identitaire ou la création d'avatar effaçant ainsi toute corrélation entre la/les personne(s) et les documents. Or, de nombreuses lois existent pour palier à ses dérèglements. Pensons notamment à la signature électronique, et qui dans le temps s'est renforcée pour aller vers des signatures de plus en plus complexes, surtout dans les contrats commerciaux très précis et avec de multiples clauses. C'est ainsi la preuve sur l'authenticité du document qui centralise les crispations et les doutes concernant la convention écrite virtuellement. Le support ayant disparu, les parties contractantes se doivent d'être munies de preuves qu'un tel type de document ait été établi[873].

720. On comprend mieux cette informatisation de la clause de juridiction dans des échanges commerciaux à travers le coût des frais de dossiers, des conservations physiques de documents et des transactions qui seront freinées par le support papier. C'est pourquoi par rapport à une écriture faite de la main sur un support (caractère intrinsèque à son originalité), la forme électronique doit répondre aux mêmes conditions pour garantir un système tout aussi fiable et crédible que l'était l'encre sur papier[874].

---

[871] F. SENECAL, L'écrit électronique. *Op. cit.,* P.119.
[872] E. A. CAPRIOLI, Sécurité et confiance dans le commerce électronique : signature numérique et autorité de certification, Editions *JCPG* n°14, 1998, I 123, p.1, §1.
[873] F. SENECAL, *Op. cit.,* p.72.
[874] E. A. CAPRIOLI, *Op. cit.,*1.

721. Rappelons que la notion d'« écrit » au sens traditionnel se traduit par le titre original revêtu d'une signature manuscrite et matérialisée dans un document papier. La jurisprudence a toutefois permis certaines évolutions. Ainsi, l'équivalence de l'écrit électronique et de l'écrit papier sont mis au même niveau pour répondre aux contraintes propres à l'acte sous seing privé et à l'acte authentique[875]. De plus, l'ordonnance du 16 juin 2005[876] offre la possibilité de conclure un contrat avec de nouvelles modalités, à savoir la lettre électronique et la lettre sur support papier. Par ailleurs, les articles 1322 et suivants du Code civil français[877] définissent le régime juridique applicable à l'écrit sous seing privé. Autrement dit, la mention *« écrite par la main »* est suffisante dès lors que les conditions d'authentification plus générales de l'écrit électronique sont présentes.

722. Comme vu précédemment, l'écrit reste le concept juridique par excellence mais dans le cas où celui-ci n'as plus de support, il faut envisager d'axer la validité des contrats électroniques sur un autre plan que la simple forme de l'écrit. Rappelons que la mise en forme ne se réduit pas seulement à son support manuscrit et que des nouveaux articles ont permis d'élargir la notion de support. Par voie électronique, il y a une dématérialisation du document, ce qui a tendance à rendre le contrat très instable. Par ailleurs, deux approches ont été promulguées afin que cette instabilité soit dissoute :

- Le simple fait que le document électronique est reconnu désormais comme un écrit sur papier ;
- C'est un écrit dont on lui applique un système probatoire et formel distinct[878].

723. Dans la première approche, l'assimilation du document écrit virtuellement comme écrit sur papier ne peut se faire que si les fonctions de l'écrit sur papier sont présentes. Sur ce point, la jurisprudence américaine et canadienne a déjà largement consacré l'avènement des nouvelles technologies (davantage en Common Law qu'en droit civil) considérant que le droit était un frein aux développements des activités humaines. Dans la seconde approche, l'écrit est considéré comme inapproprié au support électronique. C'est donc ce

---

[875] *Cf.* F. SENECAL, *Op. cit.*, p.6.
[876] Légifrance, Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.
[877] Légifrance, Code civil - Article 1322 : « L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ».
[878] O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, *Op. cit.*, p.372s.

nouveau support qui prévaut avant l'écrit, dans le cas de figure où la clause s'établit par cette même voie[879]. Par contre, dans ces deux approches, il y a toujours un sentiment d'insécurité sans ce support papier et comme nous allons le voir, la signature se révèlera être un fait déterminant dans la conclusion de la clause de juridiction.

724. Ensuite, n'omettons pas le règlement n°44/2001[880] et la Convention de la Haye avec l'article 23-3 ajoute dans cet alinéa une mention dévolue à la voie électronique. Par ailleurs, afin d'actualiser le texte, quelques modifications ont été apportée en 2012. Nous les caractérisons a posteriori. Il n'en demeure pas moins qu'il nous faudra développer plus tard un point important qui est inhérent à cette numérisation : c'est accessibilité dans le temps et dans un espace stockage protégé pour que la clause d'élection de for soit consultable ultérieurement. Cela étant, la convention peut encore être sous forme d'écrit, de télex, de télécopie ou tout autre moyen de communication permettant la preuve par un texte[881].

725. Cependant tout n'est pas encore très clair dans l'article 3c)[882] de la Convention de la Haye qui se montre très floue sur la forme que doit revêtir l'accord d'élection de for. Après de nombreux débats, il en résulte que cet article 3c) constituerait à la fois le maximum et le minimum de ce qui est exigé. C'est-à-dire que les États parties ne peuvent exiger plus que ce que la règle conventionnelle offre concernant la forme tout en sachant que si un accord d'élection de for ne remplit pas les exigences de cet article 3c), il n'y aura pas d'effets en vertu de la Convention. L'écrit n'étant plus obligatoire dans la forme d'une

---

[879] V. GAUTRAIS, « Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique », *Revue juridique Thémis* 36, Québec, 2002, p.486.

[880] Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 09/04/2015).

[881] HccH, Convention sur les accords d'élection de for : « La validité de l'accord exclusif d'élection de for ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable. Conférence de la Haye en droit international privé, Convention sur les accords d'élection de for », 30 juin 2005. [En ligne] *http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37fr.pdf*. Il faut signaler que cette tendance a été adopté la loi Fédérale Suisse sur le DIP, dans l'article 5 al.1 qui dispose que « […], les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naitre à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopie ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte […] ». Cette disposition manifeste une prise en considération des moyens de communication les plus développés.

[882] HccH, *Ibid*. Article 3 c) : « un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté : i) par écrit ; ou ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ».

clause, le règlement de Bruxelles, l'article 25 alinéa, 2[883] dispose même qu'une « transmission » par voie électronique permet de consigner de manière durable. D'une part, le nouveau règlement de Bruxelles a fait le lien entre la forme et le fond, comme nous le verrons à la suite et, d'autre part, l'article 3 de la convention de la Haye se borne à définir une condition de forme, sans en faire un élément de preuve de l'accord de volonté des parties. L'article 3 ne contient pas d'élément portant sur la validité quant au fond des clauses d'élection de for[884].

726. Par la suite, la Conférence de la Haye a rejeté l'expression « *evidenced in writing* » dans le texte anglais en faveur de « *documented in writing* », le motif étant que sous l'expression « *evidenced in writing* » l'article 3c) se faussait pour donner l'impression d'une règle d'établissement de la preuve. Parallèlement, elle a rejeté aussi l'expression « confirmé par écrit » dans le texte français en faveur de « documenté par écrit », le motif étant cette fois-ci que l'ancienne expression donne l'impression que la règle se réfère à un élément de volonté. Par contre, si l'accord était oral, avec un écrit à titre de preuve, il en aurait été tout autrement concernant le sort du bénéficiaire de cette preuve. Dans tous les cas, il doit y avoir eu consentement des deux parties au même accord oral initial[885].

727. Pour clôturer ce point, sur ces deux formes (écrite et orale) peuvent être greffée la clause conclue par voie électronique. Pour la forme écrite, dans l'espace virtuel, la clause peut entrevoir sa conclusion par le renvoi par courrier électronique, par des échanges de courriers joints ou séparés et écrites (imprimées) ou toujours virtuellement (sans support apparent) pour autant que le renvoi soit susceptible d'être contrôlé par une partie et qu'il y ait un accord qu'il soit oral ou écrit sur cette forme de conclusion.

728. Quant à la notion de durabilité, elle doit s'accorder avec celle de validité. Pour que la clause rédigée en ligne soit valable, il faut qu'il y ait au minimum un envoi par courrier électronique, car la simple affiche sur un site Internet ne sera pas valable. Dans une

---

[883] Lynxlex, Bruxelles I bis, Prorogation de compétence, Article 25 alinéa 2: « 2. *Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite* ».

[884] Cette question est renvoyée au droit de l'état du tribunal élu. Voir l'article 5, alinéa 1 de cette convention ou A. BUCHER, *La convention de la Haye sur les accords d'élection de for, Revu Suisse de droit international et droit européen*, Schulthess, 2006. p.37.

[885] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, HccH, 2005, p.53.

conclusion faite en ligne, une clause attributive de juridiction doit être consultable ultérieurement sur disque dur de l'ordinateur, ou alors sur document archivé par une entreprise réservée à cet effet, ou encore sur document imprimé, mais il sera certainement jugé peu concluant une simple impression de la page d'Internet certifiant le contrat[886].

729. L'article 25a)[887] du règlement de Bruxelles nous rappelle que c'est dans une « durabilité » que va s'établir la validité du document. Toutefois, la simple consignation « durable » ne suffit pas l'article 25a) ne certifie en rien que la clause soit valable formellement même si elle ne fait l'objet d'aucun stockage. Néanmoins, il y a deux remarques concernant cette clause. La première est relative à l'utilisation du terme « consigner » dans le texte du règlement de Bruxelles, qui semble se rapprocher du terme « mentionner » ce qui rappelle quelque chose de l'ordre de l'écrit. Or les données seront archivées et stockées sur des supports autres que le support papier.La seconde, et à l'instar du professeur Catherine Kessedjian[888], est de savoir si une clause attributive de juridiction conclue par voie électronique ne se pose pas seulement au moment de sa transmission. Il est évident qu'elle peut aussi se poser au moment de son stockage et de son accessibilité ultérieure.

730. C'est d'ailleurs pour cette raison que le professeur Kessedjian propose une nouvelle formule où le terme « transmission » sera remplacé par le terme« clause ». Dans le cas où la clause passe directement via un site Internet interactif revêtant avoir une forme « écrite » ladite clause mentionnée dans les conditions générale en plus d'être disponible sur l'écran du consultant, doit être interactive (en cliquant sur un icône par exemple) et l'information mise à jour et de façon durable (en ayant la possibilité d'imprimé le document ou en téléchargeant pour son compte personnel les données sur l'écran)[889].

731. Le critère de « consultation ultérieure » reste relativement récent et constitue une invention élaborée lors des discussions sous l'égide de la CNUDCI[890]. Il est à noter

---

[886] V. GAUTRAIS, « La formation des contrats en ligne », in É. LABBÉ, D. POULIN, F. JACQUOT, et J-F. BOURQUE, *Le guide juridique du commerçant électronique*, 2001. p.97s.
[887] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Op. cit.*, p.53.
[888] C. KESSEDJIAN, « Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique », *Bureau Permanent de Conférence de La Haye*, 2000, p.40.
[889] *Ibid*.
[890] V. GAUTRAIS, *Ibid*.

également que ce critère ne dispose d'aucune ancienneté significative et il est difficile de dire s'il sera capable de résister à l'épreuve du temps. Il n'est donc pas inutile de développer une certaine suspicion vis-à-vis des constructions juridiques nouvelles. Conformément à une parole généralement attribuée au professeur Carbonnier, il faut *« légiférer en tremblant »*[891].

732. En plus de la notion d'inaltérabilité, le mot « accessible » implique qu'une information même sous forme informatisée doit être lisible et interprétable avec un logiciel capable de le lire. De plus le terme « consultable » note qu'autant l'homme peut consulter le dossier mais aussi que l'ordinateur doit être en mesure de le consulter. En outre, cette formulation « consultation ultérieure » a été critiquée par la doctrine : la Convention se rapprochant trop des principes de Common Law. Pareillement, la prescription de la forme écrite est souvent associée à d'autres concepts distincts de l'écrit, comme la signature et l'original[892].

733. De même, cette représentation de « consultation ultérieure » apparaît vulnérable face aux objectifs de forme qu'elle ne présente pas devant ceux de fond. En effet, la condition de l'écrit est également demandée pour permettre aux parties de réaliser l'importance de leur acte contractuel (ce que Lon Fuller appelait « *channeling function*[893]». Or, la consultation ultérieure ne satisfait aucunement à cette fonction et aurait tendance à rendre permissive la notion d'écrit. Ainsi, il apparaît que pour favoriser le commerce électronique, la Loi modèle, ainsi que plusieurs lois ou projets de lois nationaux, rendent les conditions de réalisation d'un contrat électronique plus faciles. Bien que cet objectif soit digne, il est important de relever que la validité de la pratique contractuelle en ligne ne doit pas se réaliser sans considération pour les fondements mêmes du formalisme direct. Dans un premier temps, s'intègre à ce questionnement la notion de conservation qui est indissociable de la question de la preuve répondant à un besoin réel. Sur le plan commerciale, on peut estimer la valeur d'un document au minimum de 10 ans, les données

[891] Cité par O. ABEL et al., « Dialogues » in J. CARBONNIER : *Le droit au non-droit*., Editions Labor et Fides, Paris, 2012, p 75.
[892] V. GAUTRAIS, *Ibid*.
[893] L. FULLER, « Consideration and Form », *Columbia Law Review* 41, 1940.

électroniques devant être archivées comme des documents papier, pour lutter contre les altérations, les modifications et les destructions afin de restituer intacte le document[894].

734. Cependant les notions de dégradation, de manipulation se font sur une autre échelle. Techniquement, les technologies se faisant de plus en plus innovantes, il faut que les conditions de conservations, de protections se mettent à jour graduellement. L'enjeu étant de fournir des garanties de sécurité sur les documents archivé virtuellement[895]. Le risque étant qu'en cas d'une élaboration de clé de signature, celle-ci devienne obsolète par le temps et ne corresponde plus aux attentes du présent document. Concernant ce point, l'AFNOR a publié des recommandations[896] qui permettent le stockage et l'intégrité des documents dans ces systèmes de conservation. Il y a même des documents numérisés qui sont par la suite traçable. L'AFNOR préconise l'utilisation des disques optiques non réinscriptibles nommés « WORMS »[897] à court terme, mais elle préconise la recopie périodique pour le long terme ce qui demande à la fois une recopie des données et du logiciel. Malheureusement, la conservation à longue durée montre ses limites car elle sera, dans la plupart des cas, unilatérale dans son conditionnement, car les fournisseurs de produits ou de services sont les seuls à pouvoir archiver sur de longues périodes. Le co-contractant risque de ne pas avoir les équipements nécessaires pour la sauvegarde de documents, lourds et protégés, de manière satisfaisante[898]. En fait, les prestataires de services de certification seront amenés à proposer des services d'archivage[899].

735. Dans un second temps, une autre notion vient avec la conservation, c'est la datation des documents électroniques. La date d'un acte n'est pas une condition de validité mais

---

[894] *Ibid*.
[895] E. CAPRIOLI, Variations sur le thème de l'archivage dans le commerce électronique, *Editions Petites Affiches*, 1999, p.4s.
[896] Concernant plus précisément le guide d'AFNOR - BP Z90-001, *Prévention et gestion de la fuite d'informations - Protection du patrimoine informationnel*, 2014. [En ligne] http://www.afnor.org/ (consultée le 07/04/2015).
[897] Les initials de « *Write once read many* ». Ce qui implique que ce CD-WORM est consultable autant de fois que l'on a envie mais il ne peut se réécrire et donc impossible de retoucher, d'en modifier le contenu. *Cf.* J. SORNET, O. HENGOAT et N. LE GALLO, *DCG 8 - Systèmes d'information de gestion*, 3ème Editions Dunod, 2014, p 73.
[898] J. HUET, Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique, Editions Dalloz, Paris, 2000. p. 95.
[899] P. STRASSER, « Force probante de la date d'un acte sous seing privé », *J. Cl. Civ. Fasc*. 142, 1991, note 5.

l'indication de la date reste *un témoin fort*[900] de l'authentification d'un document, par la mention « signé le » et la recherche à faire corroborer la date avec son document reste parfois l'enjeu même d'un contrat au même titre que sa conception géographique. Il est souvent présent qu'un contrat soit à durée déterminée parce qu'il sera résilié dans un avenir proche ou en vue d'une modification. À titre d'exemple, le délai de remise d'un document peut être un impératif à respecter, mais il est vrai que le Code civil n'admet pas la date comme une force probante d'une clause de juridiction. La date évoquée dans un message électronique n'offre aucune garantie, car il est facile de manipuler soit la date de son ordinateur, soit la date d'envoi du message. Les problèmes s'accentuent sur des documents mis sur le réseau qui ne s'accordent en rien sur une date précise[901]. Par ailleurs, il est préférable d'avoir une sorte de « synchronisation », mettant en évidence une date précise, pour ponctuer l'avènement d'un contrat. Dans ce cas de figure, il est préférable d'avoir recours à des services d'*horodatage* des messages, qui garantiront une date lors de l'acte juridique sous sa forme électronique, lui donnant ainsi encore plus de crédibilité aux yeux des parties[902].

B. Le critère d'intégrité

> « *C'est un critère fondamentale de la Loi assurant qu'un document, quel que soit son support, a une valeur juridique pleine et entière dès lors que son intégrité peut être constatée. Est intègre le document qui n'a pas été altéré, modifié*.[903] »

736. Partant de là, il existe des solutions qui visent à protéger un document technologique. Comme on l'a vu précédemment, les outils cryptographiques témoignent d'un acte, car ils ne permettent pas de modification ou d'altération sans le consentement du signataire. La clé publique quant à elle permet de garantir l'intégrité lors de son transport ou de son stockage. Sans oublier le tiers partie qui peut constater si oui ou non il y a eu modification du document original. Cependant, revenons sur la définition d'« original » qui dans l'univers électronique prend un autre sens et pose problème. On peut se demander

---

[900] E. PUTMAN, *Le temps et le droit*, Editions Droit & Patrimoine, Paris, 2000, p.43.
[901] K. BLIBECH, *L'horodatage sécurisé des documents électroniques*, thèse de doctorat en Informatique, 2006, p.92.
[902] *Ibid*.
[903] V. GAUTRAIS, Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques, *Fondation du Barreau Québec*, 2005, p 9.

quand l'original a été établi, surtout quand plusieurs transmissions de données numériques ont été établies pour conclure un contrat[904]. Ainsi, le dernier alinéa de l'article 1325[905] détermine que la pluralité d'originaux est acceptable s'ils sont conservés selon les articles 1316-1 et 1316-4 pour qu'il y ait disposition à tous d'un exemplaire accessible.

737. Donc, dans cette intégrité, le transfert d'un document à un autre ne doit subir aucune dérive, de modifications dans les propos, ainsi le document, une fois mis sur ce nouveau support, peut engendrer la destruction de l'ancien document. L'exemple d'une entreprise qui veut numériser des masses importantes de documents papier sous format CD-Rom par le biais d'un transfert est une chose courante de nos jours La conservation est un élément probant dans l'intégrité d'une clause, car elle permet sa consultation ultérieure sur demande et ce, sans qu'elle ne soit altérée. Il reste que l'accumulation de données reste un problème majeur, sans oublier l'homogénéisation de la protection de certaines données qui facilite les intrusions diverses. De plus, le modèle sauvegardé comporte une certaine *neutralité technologique*[906] de l'écrit, qu'il soit papier ou électronique, conformément à la première approche mentionnée plus haut.

738. En somme, l'accord verbal, dans le cadre de la clause de juridiction par voie électroniques, est tout à fait recevable, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice. À ce jour, aucune objection n'a encore été formulée sur ces points. La forme écrite reste un moyen de diffusion, de transmission pour le consommateur et la voie électronique une nouvelle forme permettant de facilité ces échanges. Les contrats de consommations se doivent d'être conclus par écrit afin d'assurer une protection pour le consommateur. Donc la voie électronique est bien présente mais pas dans tous les secteurs du marché

---

[904] *Ibid*.

[905] Légifrance, Code civil - Article 1325 « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte. L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès ». [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr. (consultée le 07/04/2015).

[906] V. GAUTRAIS, Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, Editions Thémis, 2012. p. 297.

international, et ce au dépend même de la volonté d'un avancement technologique. Au sujet de cette évolution entravée par l'Internet, Philippe Letourneau dira que :

> « *L'évolution des contrats ne découle pas seulement de l'affinement de notions juridiques ou du développement notable des contrats spéciaux ; elle résulte au moins indirectement de l'apparition de nouvelles techniques ou appareils*[907] ».

739. Les évolutions techniques remettent en jeux la notion de support car cette virtualité efface tout support. Donc l'accroissement de l'informatique dans la pratique contractuelle montre que dans ces nouvelles lois le support est quasi inexistant, ou du moins mis au second plan. En définitive, les textes qui font référence à un écrit ou à un acte ne révèlent rien sur le support même de cet écrit ou de cet acte. Rappelons encore que dans l'article 17 du règlement de Bruxelles et de la Conventions de Lugano, rien n'empêche une dissociation entre l'acte d'écrire et son support, tout comme le souligne Claude Lucas De Leyssac :

> « …*Les actes se prouvent par un écrit sur support papier. Mais où réside l'exigence de l'écrit sur support papier sinon dans l'inconscient juridique collectif.*[908] »

740. Il y a une volonté d'élargissement de la notion d'écriture tout en réduisant le côté factuel de la mise en forme, lui donnant un caractère très restreint et peu évolutif. Reprenons une étape primordiale faite par la Chambre commercial de la Cour de cassation qui, dans une affaire de cession de créance professionnelle, a jugé que :

> « *L'écrit constituant, aux termes de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981, l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle, peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées.*[909] »

741. Bien qu'il s'agisse d'un modèle reposant sur une télécopie, ce témoignage évoque distinctement que l'écrit peut être rédigé sur n'importe quel support. Donc, le support

---

[907] P. LE TOURNEAU, « Supplément au Journal judiciaire quotidien, contenant la jurisprudence et la législation publiées dans le Journal quotidien et le recueil mensuel des sommaires », *La Gazette du Palais* 105, Paris, 1985, p.17.

[908] C. LUCAS DE LEYSSAC, *Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique*, Editions Les Petites Affiches, Paris, 1996, p.4.

[909] Propos recueillis par P. CATALA et P-Y.GAUTIER, L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libéralisation de la preuve contractuelle, Editions JCP, Paris, 1998, p.905.

électronique, numérique ou autre, tous ont leur place dans le cadre d'un contrat. Sans doute la jurisprudence, en poursuivant son œuvre créatrice, ou le législateur ont procédé à ces adaptations. Mais en ce qui concerne les accords d'élection de for électronique, du moins en droit commun des conflits de juridictions, il nous semble d'ores et déjà possible de soutenir qu'ils constituent des écrits s'ils répondent aux conditions d'imputabilité et d'intégrité dégagées par la Cour de cassation[910].

742. Qu'en est-il de la preuve dans cette forme contractuelle ? À cela, la Chambre commerciale a évoqué dans cette formulation dite de « preuve » que l'acte est « établi » et « constaté » par sa mise en forme et son contenu. La preuve réside dans le simple fait que le document a été écrit, il acquiert une validité formelle juridique. Ce qui pose des questions sur la preuve des contrats électroniques qui sont inexistants bien qu'ils eussent été écrit. L'idée d'une concomitance entre une règle de preuve et une règle de forme *ad validitatem* ne peut être envisagée, parce qu'il n'y a qu'une seule règle de forme qui prouve le contenu de l'acte, même si elle n'a pas été instituée à des fins probatoires. Si, dans la condition de validité, l'écrit remplit deux fonctions, il n'est pas surprenant de voir que la Cour de cassation a emprunté cette terminologie à la fois aux règles de formes et aux règles de preuves. Selon un auteur[911], *« … la Cour de cassation ne distingue plus l'écrit exigé à titre de solennité et l'écrit à titre de preuve… »*. Dès lors, rien n'empêche de considérer qu'une clause d'élection de for électronique soit équivalente, d'un point de vue juridique, à une clause écrite, même à titre de preuve.

743. En ce qui concerne la signature, bien qu'elle évolue avec les documents électroniques, sur papier (dans sa forme classique donc), elle est définie comme

> « *L'inscription qu'une personne fait de son nom (sous une forme particulière et constante) pour affirmer l'exactitude, la sincérité d'un écrit ou en assumer la responsabilité, l'engagement signé, l'action de signer.*[912] »

744. Ou encore,

---

[910] *Ibid*.
[911] D. R. MARTIN, *La stipulation de contrat pour autrui*, Editions Dalloz, Paris, 1994, p. 145.
[912] G. CORNU (dir.) , *Vocabulaire juridique*, 6e éd., P.U.F, Paris, 2004.

« *L'acceptation expresse, qui résulte d'un acte qui a été spécialement accompli par le destinataire de l'offre, en vue de porter son accord à la connaissance de l'auteur de l'offre.*[913] »

745. …montrant ainsi qu'il existe plusieurs manières de signer ou de définir une signature. Cela étant, une question reste en suspens : est-ce que la notion de signature peut se défaire de son support papier ? Qu'en est-il des signatures électroniques qui sont largement reconnues aujourd'hui comme un moyen fiable et protégé de conclure une transaction ? On se réfère généralement, sur cette question, à l'article 1316-4 du Code civil[914]. Mais cet article présente des limites[915] :

- Il présente une simple possibilité d'assimilation à signature manuscrite ;
- Non applicable aux écrits « *ad validitatem* » ;
- Non applicable aux actes authentiques ;
- Obligation d'une signature des personnes morales. De plus, la CNUDCI élabore, fin 2001, une loi type sur la signature électronique qui donne une définition du terme :

« *Le terme signature électronique désigne des données contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue.*[916] »

746. En cas d'absence d'écriture, la signature globale du contrat suffit à exprimer son consentement, sans avoir a montré la présence d'un usage propre à son type d'activité dans laquelle les contractants s'exerçaient. Par contre, tout signataire admet les clauses qu'il renferme et ne peut s'y soumettre, sauf s'il y a fraude. Tandis que l'absence de signature

---

[913] F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11e éd, Dalloz, Paris, 2013, p.117.

[914] Légifrance, Code civil - Article 1316-4: « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. ».

[915] D. SLACHMUYLDERS et F. BATARDY, *La notification interne à l'entreprise, la certification et la signature électronique*. 2000. [En ligne] http://users.skynet.be/sky36108/signatureelectrenentreprise.htm (consultée le 03/04/2005).

[916] Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 2001, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Article 2. [En ligne] http://www.uncitral.org (consulté le 03/04/2015).

rend le document nul et non avenu. Les conséquences[917] de l'internationalisme définissent la conception de signature sur plusieurs angles, à savoir que :

- Les clauses de compétence insérées au connaissement sont opposables au destinataire (successeur) si le chargeur a signé le titre.
- Si le titre n'a pas été signé par le chargeur, les clauses qui y sont insérées sont opposables au destinataire si ce dernier a signé le titre. Mais elles resteront même opposables à ce destinataire lorsque "son comportement correspondra à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel il opère ou il est censé avoir connaissance" ainsi que l'a jugé la Cour de Justice des Communautés Européennes en 1984 (arrêt Tilly Russ) et 1999 (Castelletti).
- La clause est appréciée souverainement par les juges sur la base notamment des éléments suivants : dimension des caractères du texte de la clause, place de la clause dans le texte, mise en relief ou non.

747. Par la suite, il convient de s'inspirer de ces exemples jurisprudentiels pour convenir à une clause ou un contrat voir un acte qui évitera ainsi toute *nullité* future dans son jugement.

748. Pour terminer sur ce point, il nous reste à resituer la notion d'originalité, qui serait difficile de dissocier de l'écrit avec son support papier, car elle y demeure comme la preuve même du document écrit. La notion d'original est parallèlement liée à son auteur, mais nulle part il n'existe un lien tangible avec son support qui serait exclusivement papier. Dans le sens commun, est désigné original « *ce qui émane directement de l'auteur, est à l'origine et la source première des reproductions.*[918] » Dans son sens juridique, l'original, qui n'est pas défini par le Code civil, est appréhendé comme :

> « *[un] écrit dressé, en un ou plusieurs exemplaires, afin de constater un acte juridique, signé par les parties à l'acte (ou leur représentant), à la différence d'une copie.* [919] »

[917] G. DE MONTEYNARD, *Cour de Cassation - Le libre choix du juge par les commerçants*, 2001. [En ligne] https://www.courdecassation.fr (consulté le 03/04/2015).
[918] Définition issue du Dictionnaire *Le petit Robert*, édition de 2014.
[919] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., P.U.F, Paris, 2004.

749. Donc, ce n'est pas le droit qui propose, dans cette formulation, de séparer le terme « original » et le terme « papier ». Son support ne lui confère en rien un titre d'originalité mais le sens d'« original » se démarque surtout de la copie, bien qu'il faille comprendre que l'original puisse avoir été conçu en plusieurs exemplaires. C'est la *« reproduction littérale d'un original*[920] *»* qui est mise en défaut ici. Cette distinction est révélatrice des qualités que l'on prête à l'original : dans sa définition juridique, l'original se dégage de la copie, du pastiche, du faux pour garantir une sécurité vis-à-vis des parties mais aussi dans un but de conservation en cas de litige. Toutefois, dans l'article 1348, alinéa 2 du Code civil français, en droit interne, la présentation par une partie l'une des parties d'une copie fidèle et durable à la place de l'original, en cas de perte ou destruction, etc.

> « … *Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable*.[921] »

750. C'est la notion de durabilité qui sera aussi bien l'enjeu d'un texte écrit qu'un texte virtuel et qui suscite de nombreux débats sur la conservation des données et sur la limitation des stockages informatiques. Bref, est réputée durable toute reproduction qui est indélébile de l'original qui entraînerait une modification irrémissible du support. Désormais, la Loi-type de la CNUDCI a eu pour but d'éradiquer toute forme d'obstacle qui se présente face aux originaux. Avec son article 8 intitulé « original »[922] elle met en place un dispositif garantissant la définition d'original la plus protectrice. Cet article a surtout été élaboré pour permettre ce sens de l'original à des documents de types électroniques en se penchant sur des questions de conservations virtuelles ou sur base de données stockables,

---

[920] *Ibid*.

[921] Légifrance, (mise à jour 22 mars 2015), De la preuve testimonial, Article 1348. [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr (Consulté le 03/04/2015).

[922] Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 2001, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Article 8, §64. : « Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle est créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre. L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition ; Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives ». [En ligne] http://www.uncitral.org (consulté le 03/04/2015).

sur la manière d'enregistrement d'un document virtuel, visant ainsi une protection des données contre *toute forme d'altérité*[923].

751. Finalement, aussi bien la signature que la notion d'originalité sont les éléments principaux pour l'authentification d'une clause attributive de juridiction même si, sous-jacente, l'écriture parait aujourd'hui avoir une qualité moins supérieure qu'auparavant et que son support a évolué, laissant place à d'autres méthodes de contractualisation, mais aussi à d'autres méthodes de détournement, bien qu'il y ait une opposition contre cette disparité du document papier.

Section 2 : L'abandon du critère de domicile

752. Afin de comprendre cette évolution juridique, attardons-nous sur deux phases, d'un grand intérêt pour notre sujet. La première fait référence à la période où le critère de domicile était privilégié dans le choix du tribunal compétent (valide la clause attributive de juridiction – paragraphe 1). La deuxième phase est plus récente et marque une nouvelle approche dans le droit international privé (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le domicile comme critère de la validation formelle

753. La Convention de Bruxelles 1968 et règlement 2001 exige le critère de domicile pour valider les clauses attributives. Dans la pratique, il existe une véritable hésitation au regard de cette approche dite conventionnelle. Ainsi, il est souvent difficile d'effectuer un choix entre le critère de domicile et celui de résidence (B). Le critère de domicile, qui est donc délicat à mettre en pratique, tant au niveau du droit qu'en règle générale, l'est d'autant plus spécifiquement dans le cadre de litiges liés de près ou de loin à la sphère du web (Internet).

[923] *Ibid.*, §65.

A. L'hésitation entre le critère de domicile et la résidence

754. Les débats concernant le domicile comme critère récurrent dans le choix de la loi applicable de tel ou tel pays ont été nombreux, et les échanges parfois très vifs. Ceux-ci se sont régulièrement axés sur la nature même du critère de domicile, qui n'est pas forcément pertinente comparée à la nature des règles de droit international privé. De ce fait, autour du critère de domicile, la doctrine est instable et oscille entre un certain refus et une acceptation réticente, voire une utilisation très floue, par la profession. Cependant, elle cherche constamment à trouver une solution cohérente et pertinente face aux réalités du terrain. L'objectif est assez simple, mais tout aussi complexe d'ailleurs, à savoir : trouver les bons termes pour correspondre et répondre avec adéquation aux litiges rencontrés.

755. Ainsi, il ressort souvent que les professionnels font référence à la stabilité physique des individus sur un territoire donné (Pays). Les termes choisis et que l'on retrouve régulièrement dans les propos sont les suivants : la résidence habituelle, l'habitation, la résidence permanente, la résidence régulière ou encore la résidence irrégulière. On voit ici très clairement l'objectif d'atténuer la portée du critère de domicile, ou plus clairement, de le remplacer[924]. De la sorte, dans les pratiques, les tendances face aux textes de lois, sont à l'utilisation de la notion de résidence plutôt que celle de domicile. Au niveau conventionnel, on va considérer que le choix du terme « résidence » apporte de la neutralité et est plus juste par rapport aux situations des individus. Il s'est alors imposé dans l'histoire comme étant un référent. Apparu, selon certains, pour la première fois en 1880 dans un traité franco-prussien[925], il a également été retenu lors de la Conférence de La Haye, dans une convention de 1896[926].

756. Il était alors utilisé de façon relative dans certaines questions de procédure civile. La notion de résidence en droit n'a connu son essor que dans le courant du 20ème siècle. Elle était initialement envisagée lors de résultat de concessions, créant du lien entre les pays attachés au principe de la nationalité et ceux qui se réfèrent typiquement au critère de

[924] A . RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé*, thèse de doctorat, 2004. p.14
[925] V. M. H. VAN HOOGSTRATEN, « La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye »: *RCADI 1967*-III, t. 122. p.359.
[926] HccH - Convention du 14 novembre 1896, modifiée le 17 juillet 1905. Cette Convention a été remplacée par la Convention de La Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile.

domicile. Toutefois, cette idée, ou plutôt ce compromis disparaitra[927]. Au même titre que celui de domicile, en droit, le terme de résidence fait référence à la localisation juridique de la personne. Il permet de :

> « *replacer celle-ci dans son cadre territorial, la qualifier par un lieu, par un point fixe, c'est encore une manière de l'individualiser. Ce qui tend à brouiller ces localisations, c'est l'inaliénable liberté locomotrice*.[928] »

757. Plus souple au niveau de sa définition, la résidence a rapidement été considérée comme le critère de rattachement adéquat, pragmatique et concret. Ainsi, certains affirmeront : « *grâce à la résidence habituelle, un critère de rattachement excellent a été trouvé* [929] ».

758. Il est de ce fait tout naturel de constater que les conventions internationales (multilatérales, bilatérales) ou que les textes communautaires se succédant vont l'adopter car considéré tel l'élément de désignation le plus approprié de la juridiction compétente ou de la loi applicable. Aussi, soulignons que le terme de résidence est suffisant pour fonder la compétence juridictionnelle, mais aussi capable de traduire des liens étroits avec la situation juridique des individus, afin de rendre plus aisé la désignation de la loi ou du tribunal compétent pour tel ou tel litige. Il est donc un élément-clé dans la répartition des litiges au niveau du droit international[930].

759. En toute logique, la référence faite à un critère de rattachement territorial, en particulier celui de la résidence, généralement qualifiée d'"habituelle", a progressé dans toutes les branches du droit international privé et du droit communautaire, qu'il soit retenu à titre de principe ou à titre dérogatoire. Il en est par exemple ainsi de la matière contractuelle dans la Convention de Rome[931]. Ainsi, le règlement communautaire

---

[927] A. RICHEZ-PONS, *Op. cit.,* 2004. p.14.
[928] J. CARBONNIER, *Droit civil. 1. Les personnes*, PUF, Coll. Thémis, droit privé, 21e éd., 2000, n°51.
[929] A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*. Primento, 2013, p.64.
[930] A. RICHEZ-PONS. *Op. cit.,* p.15.
[931] La convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 pour les neuf États membres de la Communauté européenne. Elle est entrée en vigueur le 1er avril 1991. Par la suite, tous les nouveaux adhérents à la Communauté européenne ont signé cette convention. Parallèlement à la signature de la convention par l'Autriche, la Finlande et la Suède, une version codifiée a été élaborée et publiée dans le Journal officiel en 1998. Une nouvelle version codifiée a été publiée dans le Journal officiel en 2005, suite à la signature de la convention par 10 nouveaux États membres. La convention s'applique aux obligations contractuelles dans les situations comportant un conflit

n°44/2001 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance de l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, envisage des chefs de compétences dérogatoires et tient également compte de la résidence. Le fait que la résidence soit un critère de rattachement privilégié dans des domaines très variés montre qu'il existe un réel intérêt pratique à la retenir. Elle est en outre relativement simple à préciser[932]. Cependant, au-delà de cette apparente simplicité, elle se révèle difficile à cerner pour diverses raisons.

760. La première est le résultat de nombreux éléments localisateurs (au sens d'espace géographique), retenus à la fois par des textes ou par la jurisprudence. Dès lors, en quoi le terme de résidence (qu'elle soit simple ou qualifiée d'habituelle, de continue ou de discontinue, d'instantanée ou de permanente, de régulière ou d'irrégulière), se distingue-t-elle du terme de domicile (parfois qualifié d'effectif), de lieu de séjour, de présence ou encore d'habitation. Notons, que cette liste de terme qui suppose une localisation géographique n'est pas exhaustive. Toutefois, il nous semble évident, qu'il n'est pas toujours facile de les différencier, et par conséquent d'effectuer le bon choix terminologique[933]. Aussi, comment savoir quel critère est plus rigide que l'autre ? C'est une tâche délicate qui mérite quelques éclaircissements. Pour y répondre, Monsieur Holleaux G. remarque, qu'afin de minimiser l'utilisation ambiguë du critère de domicile, les conventions de La Haye avaient substitué « *la notion de résidence habituelle à celle de domicile* », et la Cour de Cassation avait remplacé le terme de domicile par celui de domicile effectif commun. Ce dernier offrant quant à lui une place importante à la notion « d'habitation effective », elle-même *« très voisine de la notion de résidence habituelle avec toutefois un contenu très concret*[934]*»*.

---

de lois - même si la loi désignée est celle d'un État non contractant. Elle se réfère, en l'absence de choix certain quant à la loi applicable, à un critère de localisation objective du contrat : « *Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits* » (art. 4, par. 1). Or, « *il est présumé que le contrat entretient les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a […] sa résidence habituelle* » (art. 4, par. 2). – « *Les contrats conclus par le consommateur sont soumis à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle* » (art. 3).

[932] A. RICHEZ-PONS, *Ibid*. Voir l'article 17 al. 3 de la convention de Bruxelles 2001 et nouvelle version 2015, qui prévoit que : « 3. *qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions. »*

[933] *Cf.* A. RICHEZ-PONS, *Op. cit.*, p.16.

[934] F. MONÉGER, Travaux Du Comité Français De Droit International Privé, 2004. p. 128.

761. Toutefois, cette appellation "de résidence habituelle" ne semble pas convenir à de nombreux experts, dont M. Lenoan qui lui préfère le terme d'habitation. Selon lui : « *au fond, le mot de "résidence" en droit international privé, est quelque chose d'assez vague. […], quelque chose de passager*[935] ». De son côté, P. Franscescakis est interpellé par la nécessité de distinguer les termes de résidences et d'habitation, trop proches. On voit dès lors, à quel point il est possible d'avoir une interprétation très personnelle de ces critères de domicile et de résidence et donc la difficulté de tomber d'accord[936].

762. À partir de ces quelques paragraphes, on peut saisir la raison pour laquelle la doctrine et l'approche conventionnelle préfère parfois avoir recours au critère de résidence. C'est une position terminologique qui comporte de multiples questionnements au sein des professions juridiques. Ce critère est alors vu comme moins rigide et offre un rattachement à la localisation géographique plus approprié en comparaison au critère de domicile[937]. De son côté, le concept de domicile pose une série de problèmes divers et variés aux professionnels. Certains sont liés aux difficultés inhérentes à la notion elle-même, à son contenu et à sa détermination, en particulier dans les rapports internationaux. D'autres tiennent au fait que le domicile, étant chargé d'un contexte historique propre à un système juridique considéré, est beaucoup plus difficilement transposable d'un pays à l'autre[938].

763. Il suffit de regarder les différences notoires entre les législations nationales pour s'en rendre compte. L'insurmontable diversité des définitions du domicile a notamment été dénoncée comme constituant un obstacle à sa reconnaissance en tant qu'élément de rattachement dans un texte international. Autrement dit, une interprétation de ce terme est aujourd'hui difficilement envisageable. C'est pourquoi, nous constatons les hésitations dans les pratiques, entre le choix du terme de résidence et celui de domicile. Parfois, la

---

[935] *Ibid.* p.131.
[936] Cité par A. RICHEZ-PONS, *Op. cit.*, p.16
[937] Le droit suisse a pourtant décidé de définir la notion de résidence : une personne physique, l'article 20 de cette loi prévoit que : « *Domicile, résidence habituelle et établissement d'une personne physique 1- Au sens de la présente loi, une personne physique :* a) *a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir ;* b) *a sa résidence habituelle dans l'État dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée ;* c) *a son établissement dans l'État dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales* ».
[938] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, t.2,* L.G.D.J., 7e éd., 1983, n°385 ; D. MASMEJAN, La localisation des personnes physiques en droit international privé, Thèse Lausanne, 1995, p.85 ; B. SCHNEIDER, *Le domicile international,* Thèse Neuchâtel, 1973, p.115.

compétence se base sur un critère plutôt que l'autre, ce qui rend le tout encore plus compliqué pour les juristes qui doivent alors adapter leurs discours[939].

764. Regardons maintenant de plus près les règlements de Bruxelles 2001 et Lugano 2007, et plus particulièrement les clauses de l'article 17[940]. Il exige qu'une des parties possède son domicile sur le territoire d'un État contractant, pour valider les clauses d'élection de for conclues par écrit (électronique ou papier). À la lecture du premier paragraphe des articles 17 et 23 du Règlement européen de 1968 et 2001, on constate que les effets de la clause de prorogation de compétences sont protégés par le Règlement. Les deux conditions cumulatives à remplir sont ainsi les suivantes : le tribunal désigné doit être celui d'un État partie et l'un des cocontractants doit être domicilié dans un État partie, au moment de la conclusion de la clause. Cependant, le troisième paragraphe admet aussi la prorogation de compétence en faveur d'un tribunal d'un État contractant, « *lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre*». Ainsi, le domicile des parties n'a de conséquence qu'en ce qui a trait aux effets de la clause sur la compétence exclusive ou non du tribunal saisi. C'est dire que les tribunaux de la Communauté doivent reconnaître une clause d'élection de for, quel que soit le domicile des parties[941].

B. La difficulté d'application du critère de domiciliation

765. Dans le champ d'application territorial du Règlement, il n'y a pas de critère précis sur l'applicabilité, ce qui pose problème. Seul dans le préambule du Conseil de l'UE, point (8)[942] il y a une mention le lien étroit entre le défendeur et son domicile dans un de ces

---

[939] Cité par A. RICHEZ-PONS, *Op. cit.*, p.23.

[940] L'article 17 de l'ancienne version de Bruxelles 1968 prévoit que : « Si, par une convention écrite ou par une convention verbale confirmée par écrit, les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant ont désigné un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents. Les conventions attributives de juridiction sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16. Si la convention attributive de juridiction n'a été stipulée qu'en faveur de l'une des parties, celle-ci conserve le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la présente Convention ».

[941] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.52.

[942] Lynxlex, Règlement (CE) n°44/2001 de Bruxelles I : Préambule, point (8) « *Il doit exister un lien entre les litiges couverts par le présent règlement et le territoire des États membres qu'il lie. Les règles*

États membres. Le problème étant de savoir si ce règlement est applicable quand une des parties est domiciliée dans un États tiers à l'UE. Face à ce problème, deux points sont à questionner : la détermination du domicile et à la date d'appréciation du domicile.

1. La détermination du domicile

766. La détermination du domicile se définit avant tout d'après les lois internes, cités dans l'article 54[943] du règlement de Bruxelles. De ce fait, la loi interne vérifie en premier lieu le domicile de la personne, si elle n'a pas son domicile dans l'état dont les tribunaux sont saisis, le juge doit appliquer la loi de l'état où cette personne réside physiquement. Pour ce qui est des personnes morales ou des sociétés, cette même Convention fixe leur domicile à leur siège qui est régie par des règles de droit international privé. La notion de domicile étant changeante selon les États où elle s'articule, il en va de même pour la notion de « siège » qui devient tantôt l'endroit physique réel et ailleurs un endroit plutôt *statutaire*[944]. Il peut y avoir des conséquences positives (un seul domicile étant exigé) ou négative (la multiplicité de domicile en tant que résidence ou de société).

767. Ces difficultés s'intensifient quelque peu dans le cadre de l'espace virtuel ou dans l'économie numérique, celle-ci permettant une dispersion géographique malgré la reconnaissance de l'adresse IP, il n'en reste pas moins que la victime se localise dans un espace virtuel et que les lois sont différentes selon l'État ou le site faisant référence à tel ou tel état, même s'il n'y a aucun lien direct entr l'État et le site. Le lieu d'expédition d'un courriel reste une preuve certaine, mais ce lieu se révèle instable si le courriel est envoyé d'un pc portable, ce qui exclut la localisation de l'ordinateur dans la Convention. Le lieu virtuel peut être multiple, avec des envois en provenance de divers endroit pour masquer le lieu premier, où il peut encore prendre l'apparence d'un paradis réglementaire que l'auteur

---

communes en matière de compétence doivent donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un de ces États membres ».

[943] Article 54 de la Convention de Bruxelles : « Pour déterminer si une partie à un domicile sur le territoire de l'État contractant dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne. Lorsqu'une partie n'a pas de domicile dans l'État dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre État contractant, applique la loi de cet État. » Cf. P. GUEZ, l'élection de for en droit international privé, P.U.F., Paris, 1992, p.80.

[944] P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE, Édition Jupiter, Paris, 1985, n°48s.

du dommage a préconisé sachant que les règles lui seraient en sa faveur, etc. Cela étant dit, le domicile du défendeur reste primordial afin d'écarter sur un plan géographique le demandeur victime. À noter que le dommage initial apparaît partout où on peut accéder aux informations sur l'Internet. L'effet globalisateur du réseau enlève tout substrat géographique, ce qui est des pièges d'Internet concernant la domiciliation. Simultanément, comme nous l'avons vu, la signature électronique permet aussi de signaler le domicile d'une personne non physique comme le souligne un auteur *« la signature devient un domicile s'il constitue un lieu où se localise l'intimité de la personne »*[945]. Ce dont nous sommes sûrs, c'est que la domiciliation du défendeur et de l'établissement matériel du défendeur sont des éléments très probants. Les lieux des ordinateurs n'étant pas un facteur assez déterminant.

2. La date d'appréciation du domicile

768. L'autre difficulté est celle de la date, souvent évoquée par la doctrine, car elle peut jouer un rôle important sur le changement de domicile et sur les causes et les effets d'une loi appliquée dans tel État avant ou après ce changement. Cette date qui est celle de la conclusion de l'accord, va déterminer l'élection du for, c'est en tout cas ce que révèle l'article 17 [946] du règlement de Bruxelles, qui emploie bien les termes « contractants », ce qui implique que la clause, au moment de la conclusion, doit tenir compte du domicile même si aucune partie ne réside sur le territoire d'un état contractant.

769. En revanche, et au contraire de la doctrine, d'autres estiment que l'introduction de l'instance est l'instant déterminant la clause. Pour M. Droz, il y a encore une autre option : l'article 17 n'est applicable que si le domicile existe soit au moment de la formulation du contrat, soit au moment de l'introduction de l'instance[947]. Pour lui, cela permet une protection des parties car si l'une des parties est domiciliée sur le territoire d'un État

---

[945] D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens - Les ressources du langage juridique », *Arch. Phil. Droit* 43, Paris, 1999, p.65s.

[946] Convention de Bruxelles de 1968, Concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale: Article 17: « *Si les parties, dont l'une au moins à son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents* ». [En ligne] http://curia.europa.eu (consulté le 08/04/2015).

[947] Propos recueilli dans G. A. L. DROZ, « Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun », *Revue internationale de droit comparé* 24, n°3, 1972, p.738s.

contractant au jour où il y a introduction de l'instance, il y a automatiquement une intégration suffisante du litige dans l'UE[948]. D'après Philippe Guez, il s'agit là d'une vision assez libérale, pour lui :

> « *on ne peut se placer au moment de la formation de l'accord pour des raisons de sécurité des transactions et prendre également en considération la situation des plaideurs au jour où l'instance est engagée. Sa véritable raison d'être tient plutôt à des motifs d'opportunité et de volonté d'extension du domaine d'intervention de l'article 17 de la convention de Bruxelles*.[949] »

770. On voit bien que la notion de « domicile », comme celle de « date », reste problématique surtout en matière de rapports internationaux, et surtout à travers le prisme d'Internet qui multiplie la difficulté de ces deux notions. C'est pour ces raisons que la nouvelle tendance, issues des conventions internationales, a tout simplement supprimé ce lien étroit entre le critère de « domicile » et les clauses attributives notamment à travers l'article 25 du règlement de Bruxelles[950].

771. Il semble que cette approche a diminué le champ d'application de cette convention, d'autant qu'il n'est pas cohérent avec l'objectif des conventions internationales en général et l'objectif du règlement de Bruxelles en particulier ; sachant que la convention de la Haye sur l'élection a renoncé au recours à ce critère. Nous ajoutons que ce recours révèle plusieurs difficultés, comme vues *supra*.

Paragraphe 2 : L'exclusion d'un lien technique entre le critère du domicile et les clauses attributives

772. En fait, le critère du domicile ne joue pas un rôle important techniquement dans les cluses attributives du contrat. Pour cette raison la nouvelle tendance conventionnelle n'exige pas cette condition pour valider les clauses attributives au contrat, et elle a fait une séparation entre le domicile et les clauses attributives (A), c'est une véritable simplification, qui est censée rendre plus efficace les clauses attributives de juridiction.

[948] *Ibid*. p.157.
[949] P. GUEZ, *Op. cit.,* p.80.
[950] *Ibid*.

Cela induit que le déni d'une compétence absolue des tribunaux des États Parties, comme nous le verrons au point (B).

A. La séparation entre le domicile et les clauses attributives

773. Dans la mise en œuvre de clause attributive de compétence juridique dans le contrat, selon le Règlement de Refonte ou Bruxelles I Bis, article 25.1), le critère de domicile des parties concernées par le litige a été mis de côté. Plus précisément, la clause s'applique « sans considération de leur domicile (article 25.1) ».

774. Nous remarquons que : comme la loi donne une possibilité aux parties pour déterminer le tribunal compétent, celle-ci renonce à sa compétence en faveur des parties du contrat. Devant cette générosité de la loi, nous ne pouvons pas imaginer qu'il y aura des obstacles dans l'exercice de cette faculté, comme par exemple un élément qui ne rentre pas dans la construction technique des litiges et des parties. En revanche, nous ne pouvons pas sacrifier sous le principe une bonne administration que l'intérêt des parties ou les éléments des litiges. Il ne doit donc plus être vu comme une exigence pour affirmer l'effectivité de la clause d'élection de for. Bien entendu, ces descriptions ne doivent pas mettre d'obstacle devant l'application des clauses et elle ne doivent pas dépendre des changements éventuels de domicile des parties qui peut-être va diminuer la prévisibilité des parties.

775. Ainsi, la nouvelle réglementation dans le domaine des clauses attributives établit la possibilité pour les parties concernées de choisir la juridiction compétente à leurs yeux, à condition d'en avoir convenu au préalable : par écrit ou verbalement ; ainsi que sous une forme conforme et reconnue par des différentes parties. La loi leurs offre de la sorte une plus grande liberté d'action, de choix, au détriment de son ancien mécanisme, qui était d'imposer une juridiction compétente en fonction du domicile d'une des parties concernées par le litige. Certains peuvent considérer cela comme une largesse, d'autres comme un moyen d'aller plus vite et d'éviter les blocages inutiles. Quoi qu'il en soit, on peut aisément imaginer que les obstacles dans l'écriture de ces clauses de for seront bien moins nombreux. Néanmoins, il est important de conserver une bonne administration des litiges,

c'est pourquoi l'article 25 prévoit toujours la capacité d'invalidé cette clause si elle « *est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre* (Art. 25)[951] ».

776. Aussi, il existe un véritable souci de prévisibilité s'agissant de cette nouvelle réglementation qui met en jeu la capacité des parties à trouver un accord sur la juridiction compétente en cas de litige. On prévoit bien plus facilement l'enchainement des procédures en évitant une nouvelle fois des blocages ou des procédures dites de *torpille* qui consistent à gagner du temps en essayant d'obtenir un jugement déclaratoire dans une autre juridiction que le for ordinaire[952]. Avec ce principe, on s'écarte donc du critère de domicile comme exigence au sein d'une clause d'élection de for, qui était quant à elle d'ordre national (patriotisme), interne aux États, et qui, par conséquent, a longtemps été considéré comme non-neutre ou peu objectif. C'est la raison pour laquelle des changements ont été apportés, afin de diminuer le caractère imprévisible du domicile, qui peut évoluer au fil du temps, et peut amener une partie à retarder la procédure juridique lors d'un litige.

777. Il est à préciser que ce nouveau règlement n'est qu'un remaniement de l'ancien, et qu'il ne change pas ainsi fondamentalement l'essence du précédent. Par exemple l'article 25 reprend de manière plus lisible l'article 24, facilitant de la sorte l'appréciation générale en la matière. Par exemple, comme le souligne Patrick Wautelet[953], contrairement au précédent règlement (art. 23-3), il n'est plus question de mettre en jeu des régimes différents suivants le domicile de chacun des intervenants. En réalité, il est difficile de trouver un lien technique entre le critère de domicile et le litige qui peut parfois se dérouler dans un pays où les parties ne sont pas domiciliées.

778. L'objectif général est de mettre sur pied une convention globale, qui harmonise les textes en vigueur afin d'en simplifier la lecture et la pratique. C'est un remaniement de la convention précédente, mais aussi une modernisation de plusieurs dispositions, la correction de certains points techniques, une harmonisation avec les conventions internationales. Dans le même cadre d'idée, la convention de la Haye sur l'élection de for a

[951] S. FRANCQ, Les clauses d'élection de for dans nouveau Règlement de Bruxelles 1 bis, 2014, p. 118
[952] H. SHCULZ et W. HABERLING, « Les changements clés du Règlement I de Bruxelles révisé », dans *MII-Légal, Edition mai 2013*, p.1.
[953] P. WAUTELET, « Clauses d'élection de for et procédures concurrentes, les nouveautés du Règlement Bruxelles I bis ». 2012, p.4, 15p. [En ligne] http://hdl.handle.net/2268/147054 (consulté le 09/04/2015).

aussi refusé ce principe de domicile quel que soit sa définition (habituelle ou permanente)[954].

779. Nous considérons que cette modification (via l'art. 25) constitue un véritable progrès dans le cadre des règles de conflit de compétence internationale. Toutefois, il reste des évolutions à attendre dans le domaine, notamment à travers la grande réforme du champ d'application territorial du Règlement demandée par la Commission. Et comme le souligne justement Patrick Wautelet, l'application de principe du Règlement demeure subordonnée à la présence du domicile du défendeur sur le territoire d'un État membre. Cette situation est regrettable, d'autant plus que la détermination de la localisation de ce domicile est dans certains cas délicate, surtout dans les litiges de l'Internet[955]. Donc, dans notre situation, en vue de l'article 25, s'il n'y a nullement considération du domicile, le règlement prévoit des compétences exclusives des tribunaux quand il s'agit :

- De droits réels immobiliers et de baux d'immeubles (le tribunal de l'État membre où l'immeuble se situe est compétent);
- De validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ou des décisions de leurs organes (le tribunal où la personne morale a son siège);
- De validité des inscriptions sur les registres publics (le tribunal de l'État membre ou les registres sont tenus);
- D'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles ou droits analogues (les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé ou a été effectué aux termes d'un instrument de l'Union ou d'une convention internationale); d'exécution des décisions (les tribunaux de l'État membre du lieu de l'exécution)[956].

780. Une fois cette définition tolérée, en ce qui concerne le critère de domiciliation, il faut prendre en compte une modification apporté par le nouvel article 25 (anciennement

[954] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p. 79.
[955] P. WAUTELET, « Clauses d'élection de for et procédures concurrentes, les nouveautés du Règlement Bruxelles I bis ». *Ibid*.
[956] IEAP-CER, Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles : les règlements 44/2001 et 864/2007, perspectives vers un droit européen des contrats, 2007, pp.41s. [En ligne] www.eipa.eu/modules/EuroMedJustice (consulté le 08/04/2015).

23) du règlement de Bruxelles I bis[957] se référant directement sur la localisation du domicile de l'une des parties dans l'Union Européenne. L'article 25[958] se défait de cette exigence et stipule qu'il s'applique « sans considération de leur domicile ». Rappelons que selon le Règlement[959], il y a un lien indubitable entre le défendeur et son domicile et l'État où il réside. Ainsi, avec l'article 25, le Règlement fait également disparaître l'ancien article 23, alinéa 3, qui prévoyaient un régime pour les clauses d'élection de for conclues « par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre » ([960].

781. En conséquence, il ne sera nullement besoin de convier deux régimes différents selon le domicile des parties liés par la clause d'élection de for. Mais le débat subsiste quant à savoir si cet abandon est considéré comme un critère d'applicabilité (qui conduit à déterminer quel tribunal d'un État tiers est apte à apprécier la clause sur le fondement du droit international privé) ou comme un critère de validité (qui mène à écarter la clause déterminant les tribunaux d'un État tiers). Mais il faut aussi remarquer que les conséquences de cette suppression de condition liée au domicile seront différentes selon la nature des critères de domicile et selon la localisation de la juridiction choisie[961].

---

[957] In E. GUINCHARD, Le nouveau règlement Bruxelles I bis: Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 2014, p.568.

[958] Article 25 alinéa 1. « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties ».

[959] Eur-Lex, Règlement (CE) n°44/2001, « Le principe fondamental est que la juridiction compétente est celle de l'État membre où le défendeur a son domicile, quelle que soit sa nationalité. La détermination du domicile s'effectue en fonction de la loi de l'État membre du tribunal saisi. Quand une partie n'a pas de domicile dans l'État membre dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre État membre, doit appliquer la loi de cet État membre. Pour les personnes morales ou les sociétés, le domicile est défini en fonction du lieu de leur siège statuaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement. Pour le trust, le domicile est défini par le juge de l'État membre dont le tribunal est saisi; le juge applique les règles du droit international privé de son pays ». [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 08/04/2015).

[960] Lexinter.net, Clause relative à la compétence, Article 23 § 3 : « 3. Lorsqu'une telle convention est conclue par des parties dont aucune n'a son domicile sur le territoire d'un État membre, les tribunaux des autres États membres ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence. ». [En ligne] http://www.lexinter.net (consulté le 08/04/2015)

[961] H. GAUDEMET-TALLON, compétence et exécution des jugements en Europ, 2002. *Op. cit.,* P. 116 s.

B. Le déni d'une compétence absolue des tribunaux des États Parties et le phénomène d'internationalisation

782. Pour commencer, il nous faut distinguer la convention d'élection de for et la convention d'arbitrage. La convention d'élection de for a pour but de désigner le ou les tribunaux d'un ou de plusieurs États lors d'un litige. Alors que la seconde convention a pour but d'écarter la compétence des juridictions étatiques en y glissant un ou plusieurs arbitres lors d'un litige. Dans notre cas, la clause attributive de compétence ne fait que désigner la juridiction territoriale qui sera compétente pour conclure un litige. Pour que la convention puisse recevoir l'attribution d'accord d'élection de for, il faut qu'il y ait, en plus de sa forme contractuelle, une désignation d'un ou plusieurs tribunaux d'un État pour connaître le *in situ* du litige. À ne pas confondre avec la clause de renonciation à l'action en justice, qui désigne le juge compétent, ici c'est la compétence du ou des tribunaux qui est déterminée. Selon le Dictionnaire de la terminologie du droit international privé, la prorogation de compétence s'inscrit comme :

> « *L'extension, par le consentement des parties en cause, de la compétence d'un tribunal à une affaire qui, d'après les règles ordinaires, n'en relevait pas*.[962] »

783. Mme Gaudemet-Tallon définit la prorogation volontaire de juridiction comme :

> « *L'acte par lequel les parties vont soustraire leur différend au tribunal qui aurait dû en connaitre pour le porter devant une juridiction de leur choix*.[963] »

784. C'est un acte double : il confère une compétence à un tribunal mais il repousse la compétence d'un autre tribunal. Par compétence il faut entendre l' :

> « *aptitude de juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre juridiction*.[964] »

785. Découle de cette définition la règle de droit qui est une règle de compétence voir de compétence international car simultanée a tout acte de juridiction. Les règles de compétences internationales ont pour but de déterminer si un litige présente avec le for des

---

[962] Terme employé par M. KAMTO, *« La volonté de l'État en droit international »*, R.C.A.D.I., tome 310, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2004, p 392.
[963] H. Gaudemet-Tallon, *la prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, *Op. cit.*, p. 1.
[964] Définition proposée par C. TAHRI, *Procédure civile*, Editions Bréal, 2007, p.59.

liens suffisants pour que les tribunaux statuent. La fonction de ces règles se présente comme un rattachement à l'ordre juridictionnel du for. De plus, l'article 17 du règlement de Bruxelles et de la convention de Lugano témoignent de l'apparition d'une telle règle de compétence :

> « *Si les parties […] sont convenus d'un tribunal ou des tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ce tribunal ou ces tribunaux seuls compétents*.[965] »

786. De fait, il y a plus d'exclusion dans le choix du ou des tribunaux pour déterminer la compétence de ceux-ci dans la désignation même car il n'existe nullement une juridiction unique, il y a d'emblée dans toute règle de compétence un choix qui structure une concurrence entre tribunaux. À noter que l'accord d'élection de for, lorsque les parties ont choisi une juridiction étrangère, le juge ne doit pas retenir sa compétence international pour que cet accord soit partial. Le déni d'une compétence absolue résulte en premier lieu du déni d'une juridiction absolue des tribunaux des États membre et en deuxième un déni provenant d'une internationalisation des dispositions des règles de la Convention. Prenons comme exemple l'arrêt Owusu dont la Cour de Justice de l'UE avait en effet indiqué que :

> « *Les règles de compétence en matière de prorogation expresse de compétence sont susceptibles de s'appliquer à des rapports juridiques impliquant uniquement un État membre et un ou plusieurs États tiers*.[966] »

787. La Cour a confirmé qu'il n'est pas nécessaire que le litige concerne directement des parties sur des questions liées exclusivement aux États membres. De plus, lorsque les parties ont accordé leur confiance aux juridictions d'un État tiers, il ne peut y avoir un déni de celui-ci à s'engager dans un litige, sauf s'il est jugé incompétent. Dans l'arrêt Owusu et surtout l'avis 1/03 révèle une certaine confusion quand il y à l'abandon de l'un des deux critères (la validité et l'applicabilité)[967].

---

[965] Curia, Article 17.
[966] Arrêté de la Cour dans le cadre d'un litige opposant M. Owusu à M. Jackson, agissant sous le nom commercial « Villa Holidays Bal-Inn Villas », et à plusieurs sociétés de droit jamaïquain à la suite de la survenance d'un accident corporel dont a été victime M. Owusu en Jamaïque. 2002. [En ligne] http://curia.europa.eu (consulté le 08/04/2015).
[967] *Ibid*.

788. Comme nous l'avons vu, dans la nouvelle formulation de l'article 25, la compétence échappe désormais aux règles nationales de droit international privé. L'effet majeur reste l'internationalisation de la convention. Il y a une internationalisation des règles du Règlement, selon le professeur Kessedjian, on assiste au *« fait qu'appliquent les règles de compétence juridictionnelle directe à des défendeurs domiciliés en dehors de l'Union*[968] *»*. Cette définition technique doit être complétée d'une approche plus globale et plus politique. Le professeur Kessedjian[969] nous dira que dans cette refonte, *« l'internationalisation »* se veut être étendue dans un champ d'application qui englobe l'UE et qui a pour but d'uniformiser les règles antérieures. Le professeur Fallon souligne que :

> « *...à la différence des règles européennes de rattachement, les règles européennes de compétence judiciaire internationale n'avaient, initialement, pas de caractère universel*.[970] »

789. Enfin, l'article 26[971] doit éviter un déni possible de justice vis-à-vis du demandeur dans un tiers État. En outre, dans les contrats de consommation, nous avons vu que les clauses d'élection de for font en ce domaine l'objet de plusieurs questions : à savoir que dans l'état actuel, le for respecte ce principe : le consommateur peut saisir les tribunaux de sa résidence habituelle[972].

---

[968] Fait que l'on retrouve aussi dans Eur-Lex, l'Article 71 du règlement (UE) n° 1215/2012: « En outre, le nouvel article 71, paragraphe 3, établit un for supplémentaire pour les litiges impliquant des défendeurs domiciliés en dehors de l'Union. La proposition prévoit qu'un défendeur non domicilié dans l'Union peut être attrait au lieu où il possède des biens mobiliers, à condition que la valeur de ces biens ne soit pas insignifiante par rapport à celle de la créance et que le litige ait un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie. ». [En ligne] http://eur-lex.europa.eu/legal-content (consulté le 08/04/2015).

[969] C. KESSEDJIAN, « Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001 », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011, p. 117 ss.

[970] V. E. POILLOT et I. RUEDA, Les frontières du droit européen. The Boundaries of european private law, Larcier, 2012, p.112.

[971] Curia, Article 26 : « Les décisions rendues dans un État contractant sont reconnues dans les autres États contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater, selon la procédure prévue aux sections 2 et 3 du présent titre, que la décision doit être reconnue. Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État contractant, celle-ci est compétente pour en connaître. » [En ligne] http://curia.europa.eu (consulté le 08/04/2015).

[972] S. FRANCQ, « Les clauses d'élection de for » in *Le Nouveau Règlement de Bruxelles 1 bis*, Emmanuel GUINCHARD (dir.), Bruylant, Paris, 2014, p.119s. Voir également S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial*, *Op. cit.*, p.174.

Chapitre 2 : L'évolution de la validité au fond des clauses attributives

790. Les règles de validité de fond sont établies selon des rapports au droit que l'accord contractuel met en jeu : des liens de compétence du tribunal entre les litiges et les parties ; et la capacité des parties à conclure un accord en lieu et en temps sans les vices du consentement. Ainsi la validité de fond ou dénommée *lex causae* est défini par Cornu comme étant *« la loi compétente pour régir la situation litigieuse ou la situation juridique envisagée »*[973]. De cette définition, n'en sort que très peu de constatation de la part des conventions internationales, ce « fond » est souvent mis de côté quant à la forme, mais nous pouvons souligner les tentatives de la Convention de La Haye[974] et celle du règlement de Bruxelles qui ont réfléchi sur ce point en profondeur tout en rattachant la notion de forme faisant ainsi lien.

791. Comme nous l'avons vu, quelles que soit leurs formes (écrite, orale, virtuelle), les contrats sont conclus comme un consentement, tout comme les clauses attributives sont semblables à d'autres actes juridiques. En ce sens où pour être valables, elles ont besoin de ce consentement des parties. Comme énuméré précédemment, l'écriture, la parole, voire d'autres formes comportementales, suffisent à indiquer l'accord d'un contrat, ce qui implique dans certains cas un « face à face » des parties ou une écoute par transmission.

792. Mais avec l'essor d'Internet, le « face à face » n'est plus aussi direct, d'autres méthodes surviennent comme le « toucher » sur des sites interactifs, ce qui implique un consentement d'une nature bien différente, car virtuel. C'est à ce titre que nous aborderons les nouvelles méthodes d'expression permettant un consentement dans le cyberespace avec, pour première section, la notion même de « consentement » et l'autonomie des clauses attributives. Ensuite, en deuxième section, sera abordée l'atténuation du principe de proximité dans la compétence du tribunal suite à la virtualisation du contrat.

[973] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6e éd., P.U.F, Paris, 2004, p.464.
[974] Approuvée par l'UE le 11 juin 2015 et entrée en vigueur le 1er octobre 2015.

Section 1 : L’essor de la notion de consentement et l'autonomie des clauses attributives du contrat

793. Concernant les clauses attributives du contrat, elles doivent répondre, selon l’article 1108 du Code civil français[975] de 1804, à quatre conditions pour être valides. Ces critères de validités ont été bouleversés par Internet. Nous voudrions savoir dans quel mesure Internet à changer ces critères datant de 1804 pour répondre aux besoins d’aujourd’hui. Le contrat formé sur Internet sera-t-il répondre aux critères précédant ? Ou les conventions doivent-elles évolués pour palier des formes et fonds ayant changé depuis lors ? Le fond dans les contrats virtuels est aussi à remettre en question en le comparant à sa forme. En somme, est-ce que le terme « consentement » est entaché par ce nouvel espace dédié aux contrats ? À ces questions, dans le premier paragraphe, nous irons voir si ce « consentement » est reconnu dans sa contractualisation virtuelle. Dans le second paragraphe, dans ce « consentement », il nous faudra aborder la question de validité, à savoir si une clause est comparable à une autre sur son fond ou sa forme conduisant à leurs invalidités où leurs validités.

Paragraphe 1 : L’essor de la notion du consentement

794. Le consentement, d’après Bitan Hubert[976], c’est avant tout un « accord qui doit donc révéler la volonté profonde des contractants, celle-là même qui formera le contrat ». La validité de ce contrat repose donc sur la qualité du consentement des parties. Le consentement omet tout vice et irresponsabilité des personnes ayant contracté. Cependant,

[975] Légifrance, Code civil français, Article 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. ». [En ligne] http://legifrance.gouv.fr (consultée le 29/04/2015). Cf. aussi, Cf. aussi, l’articles 77 du Code civil irakien qui stipule que : 1) L'offre et l'acceptation sont deux expressions utilisées régulièrement lors de la création d'un contrat; selon l'expression, l'offre est faite en premier, puis vient l'acceptation (de cette offre).
2) L'offre et l'acceptation s'écrivent au passé ou parfois au futur, voire sous la forme d'un ordre pour lequel l'exécution immédiate est prévue. [traduit de l’arabe]. [En ligne] http://www.iraqld.iq/About.aspx (consultée le 29/04/2015).

[976] H. BITAN, *Droit des contrats informatiques et pratique expertale*, Wolters Kluwer France, Paris, 2007, p. 36.

dans le contrat virtuel, ce consentement est moins perceptible tout comme l'atteste l'« icône » ou « le bouton » sur certains sites Internet comme nous allons en parler dans un point A. Dans un point B, il sera souhaitable de traiter du rôle que les conventions internationales ont à jouer dans cette notion de « validité » de consentement par voie virtuelle.

A. Le consentement par un toucher ou un clic sur une icône

795. Rappelons tout d'abord que la conclusion d'une clause attributive est semblable à celle d'un contrat effectué sur Internet. Ils ont tous deux la même visée : le consentement des parties. Comme déjà évoqué, la méthode conventionnelle exige une trace écrite, et même la forme orale suggère un écrit de cette oralité, servant de preuve en cas de litiges.

796. Néanmoins, sous forme virtuelle, le contrat le plus utilisé est celui sous la forme de données avec une conservation temporaire, qui peut n'être accessible que par une partie possédant les moyens informatiques pour lire cette conclusion dans le contrat ; bien que, dans sa forme, le contrat doive convenir aux deux parties, comme le mentionne l'article 13 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[977]. L'enjeu est de taille en ce qui concerne ce nouveau défi pour le consentement sur Internet, car elle demande de la part des parties des obligations sérieuses bien que faites, la plupart du temps, « les yeux fermés ». Sous les diverses formes de communications électroniques, la notion de consentement doit changer non pas dans son sens large mais bien spécifique au droit, ainsi le terme pourra s'actionner dans cette réalité. Encore abstrait, le consentement sur Internet reste un problème récurrent dans l'acte même du contrat, surtout quand il s'agit d'un accord sur la compétence juridictionnelle où le consentement provient d'une stipulation par provenance[978].

---

[977] CNUDCI - Nations Unies , Article 13 - Mise à disposition des clauses contractuelles : « Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant une partie qui négocie tout ou partie des clauses d'un contrat en échangeant des communications électroniques à mettre d'une manière déterminée à la disposition de l'autre partie les communications électroniques contenant les clauses contractuelles, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en ne le faisant pas. » New-York, 2007. [En ligne] http://www.uncitral.org (consulté le 29/04/2015).

[978] Sur cette question cf. P. TRUDEL, G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

797. Un autre problème : celui de l'article 8 point *2*[979] concernant la révision de fond ainsi que les tiers. Par exemple, les parties qui s'accordent sur une élection de for peuvent engager des tiers qui n'ont pas forcément consenti à cette clause. Toutefois, les tiers qui participent à cette procédure devront reprendre les droits et obligations des parties initiales, cette reprise est cruciale dans le bon déroulement d'un accord[980]. Dans ce phénomène de « cliquage », le consommateur ou l'internaute ne connait pas toujours l'effet d'un clic qui bascule d'une virtualité à des conséquences biens réelles. Y-a-t-il réellement intention d'accepter les termes essentiels par le simple geste du « clic » ?

798. Ce consentement n'étant ni oral, ni écrit, il semble assez difficile, quand le consommateur réfute ce consentement, d'accorder du crédit à ce « clic » au vendeur ou hébergeur d'un site comme étant un accord direct. Le consentement doit rester libre et clair, c'est-à-dire exempt de vices et avec une obligation d'information aux consommateurs ou cyberconsommateurs, qui doit se faire avant, pendant et après accord afin d'éviter un conflit entre les parties contractantes[981]. Pour résumé, le consentement peut être exprès ou tacite[982], dans le cas du contrat électronique, il semble que la forme tacite est de mise car il n'y a pas de manifestation apparente (écrit ou orale) du cyberconsommateur, il s'agit d'un geste qui parfois reste maladroit au détriment de celui-ci.

799. Si l'on reprend une bonne marche à suivre entre le consommateur et le vendeur dans le consentement, nous pouvons donner cet exemple : une fois passée sa commande, le consommateur va imprimer son bon de commande, qui certifie son achat et qui lui donne les informations récapitulatives de son contrat. Il va le remplir et le renvoyer par courrier postal ou télécopie. Bref, ce type de consentement n'est pas très fiable car il n'y a pas de forme manuscrite avant et pendant la signature même si ce bon de commande reste une preuve et permet en plus de reconsidérer certains éléments de l'accord. Cette méthode de

---

[979] Bureau permanant de la Conférence de La Haye, Convention sur les accords d'élection de for, Article 18-2: « Sans préjudice de ce qui est nécessaire à l'application des dispositions du présent chapitre, il n'est procédé à aucune révision au fond du jugement rendu par le tribunal d'origine. Le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, sauf si le jugement a été rendu par défaut. », 2005, p. 4. [En ligne] http://www.hcch.net (consulté le 29/04/2015).

[980] T. HARTLEY & M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, HccH, 2005, p.51.

[981] J-L. BAUDOUIN et JOBIN, *Les obligations*, Cowansville, 6e édition, Éditions Yvon Blais, 2005, note 165, p.244s.

[982] Sur ce sujet, J-L. AUBERT, *Le consommateur et ses contrats*, Editions Juris-classeur, Paris, 1999.

consentement, malgré la protection pour le consommateur, ne correspond en rien aux attentes des internautes ou professionnels marchandant sur Internet car la rapidité d'échange (souvent sous forme de courrier électronique) n'est pas une des conditions de qualité d'une compétence. Rappelons aussi la phrase « qui ne dit mot consent », à opposer à l'article 18 de la Convention de Vienne[983], qui précise entre autre que le silence ne vaut nullement une acceptation ; il est le cas le plus fréquent dans les litiges lié au phénomène de « cliquage » des contrats effectués sur Internet.

800. Selon certains auteurs[984], dans la majorité des cas, l'acceptation de l'offre d'un cyberconsommateur se traduira par un simple « clic » sur un bouton ou icône « envoyer ». C'est cette formalité qui entre dans le cadre du commerce électronique et qui est devenu courante dans les commandes qui sont devenues de plus en plus exécutives, ne laissant plus aux consommateur le libre choix de revenir en arrière car éloigné du contrat virtuel, ce qui est encore un autre problème. Bien entendu, l'offre et l'acceptation passent aujourd'hui par des étapes multiples pour garantir une sécurité entre une demande faite virtuelle et un produit réel, l'analogie du produit imagé, représenté sur Internet (couleur, taille…) et l'objet réel semble aussi être un problème de grande envergure que nous n'allons pas traiter. En somme, ces auteurs[985] pointent du doigt un risque trop évident lié à la simplicité du « clic » comme consentement entrapinant des obligations et des engagements quasi inévitables, bien qu'il y ait des services par téléphone récupérant ou annulant ce type d'erreur. Tandis que Jean Carbonnier indique que :

---

[983] CNUDCI, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Article 18. « 1. Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation.
2. L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre. L'acceptation ne prend pas effet si cette indication ne parvient pas à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances de la transaction et de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'impliquent le contraire.
3. Cependant, si, en vertu de l'offre, des habitudes qui se sont établies entre les parties ou des usages, le destinataire de l'offre peut indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte se rapportant, par exemple, à l'expédition des marchandises ou au paiement du prix, sans communication à l'auteur de l'offre, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli, pour autant qu'il le soit dans les délais prévus par le paragraphe précédent », New-York, 2011. [En ligne] http://www.uncitral.org (consulté le 29/04/2015).

[984] C.CHASSIGNEUX, *Vie privée et commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2004. p. 175 et s.

[985] C. ROJINSKY1 et G.TEISSONNIERE, « L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 ″pour la confiance dans l'économie numérique″ » in *Lex Electronica* 10, n°1, Hiver 2005.

« *L'essentiel du consentement, c'est la violation, le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit.*[986] »

801. D'autres[987] insistent sur un besoin de lisibilité des sites, qui ne serait pas d'un coût trop élevé dans la mise en œuvre et donnerait plus de crédit, plus de confiance à ces sites.

802. Le vice de consentement le plus fréquemment rencontré dans les transactions passées par Internet est bien l'erreur, car le consentement réside dans un geste entrainant une succession de mécanismes informatiques, donnant acte d'authentification par le commerçant. Comme le souligne le professur Sylvette Guillemard, la conclusion des clauses, tout comme dans un contrat, se formera suite à des gestes, « *comme il l'était autrefois dans le droit romain où le consentement ne peut s'exprimer que de manière fixe et stéréotypée* »[988]. On peut aussi se rattacher aux dispositions de la Convention des Nations-Unies sur le commerce électronique avec l'article 8 point *2*[989] précisant que la reconnaissance juridique des communications électroniques n'est pas subordonnée à leur utilisation ou à leur acceptation par une partie.

803. Cependant, le consentement ne s'articule sous aucune forme obligatoire et peut donc bénéficier des formes voulues par les commerçants. Seule la lisibilité compte comme moyen de ne pas duper le consommateur. Dans ce jeu de « dupe », de nombreuse protections se sont vues renforcées, parfois trop dirons certains, mettant en péril le fonctionnement des transactions par voie électronique. Les abus sont fréquents sur Internet par le biais d'invitation électronique, de carte de visite, de lien permettant aux consommateurs de directement tomber sur le site Web de l'entreprise ou encore par des

---

[986] J. CARBONNIER, *Droit civil - t. 4: Les obligations*, P.U.F – Thémis, Paris, 1992, p. 84.

[987] J. HUET, « L'échange de consentement dans le cyberespace », conférence à l'Université de Montréal, octobre 1998.

[988] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit*., p.328.

[989] CNUDCI, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Article 8. : « 1. Aux fins de la présente Convention, les indications et les autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. 2. Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné. 3. Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties ».
New-York, 2011. [En ligne] http://www.uncitral.org (consulté le 01/05/2015).

publicités. Le fait que tout soit réduit à un seul « clic » réduit aussi les chances de se soustraire d'un engagement involontaire[990].

804. Toutefois, Vincent Gautrais[991] estime que ce « clic » ou se qui figure en bas du site ne répond en rien aux critères requis pour être admis en tant que manifestation volontaire du client. Pour lui, les lacunes de lisibilités de certains sites, la longueur des contrats défilant sur l'écran, ont tous deux des impacts direct sur la compréhension de l'internaute.

805. D'autre part, si l'on suit le schéma classique, l'accord devrait se poursuivre comme suit : l'une des parties fait une offre à l'autre, qui conclura l'accord par son consentement. Dans le cas où ce principe se plonge au cœur d'Internet, l'immatérialité du support et l'absence des parties, voire l'inexistence d'une origine bien définie, brouillent les intentions des deux parties, car la partie forte peux aussi se demander s'il y aura bien paiement ou s'il y a bien un client derrière un pseudonyme. On peut constater que de la facilité d'achat par Internet s'ensuit une complexité vis-à-vis de la clarté des engagements des deux parties[992]. Pour Vincent Gautrais[993], dans la lisibilité sur Internet, dans le cas de contrats, la couleur du consentement électronique devrait être rouge ou distincte de tout autre élément, simplifiant la vision du consommateur. Propos renforcé par le professeur Sylvette Guillemard[994] qui montre que dans le cas des documents qui apparaissent sur un écran d'ordinateur, deux situations peuvent se présenter :

- Les clauses sont invisibles ou non directement visibles par le consommateur selon la taille de l'écran, le temps de téléchargement de certaines icônes, etc., ce qui conduit le consommateur à faire plusieurs gestes pour se diriger sur le site et ce qui du coup augmente sensiblement les risques d'une maladresse de « clic ».
- Les clauses sont situées sur un lien ou hyperlien amenant le consommateur vers une page spécialement dédiée à cet effet.

---

[990] *Ibid*.
[991] V. GAUTRAIS, La couleur du consentement électronique in *Cahiers de la propriété intellectuelle* 16, n°1, 2003, p. 78. [En ligne] https://papyrus.bib.umontreal.ca (consulté le 10/11/2014).
[992] C. CHASSIGNEUX, *Op. cit.*, p.175s.
[993] V. GAUTRAIS, *Ibid.*
[994] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.391.

806. Ce à quoi répond le professeur Vincent Gautrais[995] en quatre points pour passer d'un consentement reflexe à un consentement plus réfléchi :

- Un accès plus aisé vers les clauses avant l'accès au contrat ;
- Une bonne lisibilité des clauses ;
- Un consentement explicite du cyberconsommateur (création de bouton « j'accepte » ou « je refuse » voir d'une clé ou une réception par un mail de confirmation) ;
- Un retour possible à tout instant pour le cyberconsommateur avant paiement, soit une correction des erreurs par téléphone ou courrier.

807. À titre d'exemple, dans cette histoire de « clic », nous pouvons revenir sur l'affaire *Aspender 1.com v. Paysystems Corporation*[996], avec la notion américaine des « *shrink-wrap* » que Vincent Gautrais et Ejan MacKaay décortiquent dans leur ouvrage[997]. Le juge détermine, dans cette affaire, que le « clic » ne suffit pas à manifester une réelle envie de la part du consommateur. Rappelons au passage que la jurisprudence américaine n'est pas très linéaire et dans certains cas, elle peut refuser la validité des clauses contractuelles même en l'absence de preuves du consentement de la part du consommateur. Pour preuve, *l'affaire Ticketmaster v Tickets.com*[998] concerne le second cas : l'hyperlien. Dans cette affaire, le tribunal a estimé que la présence d'une clause de choix de juridiction ne suffisait pas à donner pour preuve d'une quelconque connaissance de la part du consommateur ou internaute. En revanche, Dans d'autres situations, les tribunaux peuvent valider ces clauses contre toute attente comme dans l'affaire *Register.com Inc. v Verio Inc*[999] dans laquelle un juge a décidé que la clause qui était présente sur le site de Register.com, avait le pouvoir d'être modifiable dans le temps et qu'elle était donc valide à l'égard des clients.

---

[995] V. GAUTRAIS, *Ibid*.

[996] Can LII, Cour du Québec - *Aspencer1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, 6494 (QC CQ), 2005. [En ligne] http://www.canlii.org (consulté le 01/05/2015).

[997] V. GAUTRAIS et E. MACKAAY, « Les contrats informatiques » in D-C. LAMONTAGNE, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2001, p.279s.

[998] Affaire cité par T. VERBIEST et E. WERY, Le droit de l'Internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français, Editions Larcier, 2001, p.314. Ou Dist. Lexis 4553 (C.D. Cal. 2000), « Dans cette affaire, il s'agissait d'un litige concernant le lien entre deux sites Web de billetteries concurrents. Le site de Ticketmaster avait affiché que toute personne qui allait au-delà de la page d'accueil acceptait les conditions d'utilisation qui interdisaient l'usage des renseignements y contenant à des fins commerciales. Mais le juge a décidé que " l'on ne saurait prétendre que la seul présentation des conditions de cette façon crée nécessairement un contrat avec quiconque utilise le site Web ». [En ligne] http://eric_goldman.tripod.com/caselaw/ticketmastermarch72003.htm (consulté le 01/15/2015).

[999] ICANN, Order Granting Injunction *Register.com Inc. v. Verio Inc.*, 2000. [En ligne] https://archive.icann.org (consultée le 01/05/2015).

808. À cela, on peut rajouter l'exemple donné par la jurisprudence dans l'affaire *Lawrence Feldman v Google Inc.*, issu de la Cour de Pennsylvanie aux États-Unis[1000]. Cette Cour à pencher en faveur de Google Inc. car le contrat (click-wrap[1001]) était valide en soi. Il y avait consentement établi par le demandeur. Rappelant aussi le rôle du consommateur qui doit lire scrupuleusement les clauses même si en majorité, elles sont considérées longues et trop discrètes. Eric A. Caprioli[1002] explique que ce type de consentement virtuel se trouve désormais sous la forme de « conditions générales ». En d'autres termes, elle est stipulée par référence. En effet, cette clause est mise parmi d'autres éléments ou est mise dans un document extérieur consultable, dans les deux cas il s'agit toujours d'un acte qui engage des effets juridiques tels qu'il s'en trouve dans un contrat signé ou consenti. Tandis que le professeur Sylvette Guillemard[1003] cible les clauses de rattachement qui sont, elles aussi, greffées dans les conditions générales, ce qui ne constitue pas une nouveauté. Cependant, elle note que celles-ci changent, par leurs aspects techniques, les échanges de documents lors de l'élaboration de contrats sur Internet.

809. Dans ce cas de figure, l'arrêt récent (5 mars 2015) *Frédéric X. v Facebook Inc.*[1004], montre que la clause attributive était présente dans les conditions générales de Facebook ; le juge déclara : *« abusive la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes prévue à l'article 15 des conditions générales du contrat souscrit par Monsieur Frédéric X. auprès de la société Facebook Inc. »*. La compétence des tribunaux de Santa Clara en Californie a été remise en question, statuant sur la compétence du tribunal de grande instance de Paris en faveur de Frédéric X. De plus, la clause a été reconnue non écrite et donc nulle.

[1000] Court for the eastern district of Pennsylvania, Civil action n°06-2540: *Lawrence Feldman v. Google Inc.*, 2007. [En ligne] http://www.paed.uscourts.gov (consulté le 01/05/20015).
[1001] H. BITAN, *Op. cit.*, p.124
[1002] E. CAPRIOLI, « Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique », *LexisNexis, 2002*. p.119.
[1003] S. GUILLEMARD, *Op. cit.*, p. 390.
[1004] Legalis - L'actualité du droit des nouvelles technologies, Tribunal de grande instance de Paris, 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015 : *Frédéric X. / Facebook Inc.*, 2015. [En ligne] http://www.legalis.net (consulté le 01/05/2015).

810. Citons encore deux exemples, tout d'abord, l'affaire *Coreck Maritime GmbH*[1005], où encore une fois, l'écriture fait débat au sein des contrats élaborés sur Internet. Premièrement, est-ce que l'écrit est tout aussi lisible et clair ? Peut-il constituer une preuve tangible lors d'un consentement ? Rappelant avec vigueur les articles 17 et 19 du règlement de Bruxelles sur les clauses attributives de juridictions, la Cour indique que les clauses ont été rendu visibles à la connaissance du consommateur parce que, d'une part, le point 3 de l'article 17 stipule que :

> « *Ce qui a été convenue entre un transporteur et un chargeur et qui a été insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en acquérant ce dernier, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable. Si tel n'est pas le cas, il convient de vérifier son consentement à ladite clause au regard des exigences de la disposition en cause*. »

811. D'autre part, le recto du connaissement portait une mention imprimée : *Coreck Maritime G.m.b.H. Hamburg*, montrant l'implication allemande et russe dans le transport de ces marchandises qui furent par la suite avariées quand elles arrivèrent aux Pays-Bas. Par ailleurs, le transporteur russo-allemand a pointé l'incompétence des tribunaux néerlandais en raison de cette clause attributive de juridiction. Demandant par la suite à la Cour de Justice de l'Union européenne de vérifier la matérialité du consentement qui avait été soit disant rédigé, ce qui les dirigeât vers l'article 19 du règlement de Bruxelles qui stipule :

> « *Les formes exigées par l'article 19 ont pour fonction d'assurer que le consentement soit effectivement établi.*[1006] »

812. Nous pouvons à cela rattacher la vision de Carbonnier[1007], qui mentionne qu'un contrat type peut s'assimiler à un contrat d'adhésion qui relève de l'ordre réglementaire, ce qui s'oriente dans un espace assez dirigiste. Un dirigisme qu'il décrit comme paradoxal car il peut favoriser une plénitude du consentement vis-à-vis du consommateur en proposant des clauses tels que : l'identification de l'auteur de l'offre, du produit ou de ses services ; la mention de la durée de validité de l'offre ; la mention du prix de l'offre ; les conditions de

---

[1005] Eur-Lex, *Coreck Maritime GmbH contre Handelsveem BV et autres*, 2009. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 01/05/2015).
[1006] *Ibid*.
[1007] J. CARBONNIER, *Droit civil - t. 4: Les obligations*, P.U.F – Thémis, Paris, 1992, p.81.

livraison ; la garantie du produit ; le type de paiement ; le délai de rétraction, etc. Ou alors, nous rattacher à la vision du professeur Ghestin[1008] qui invoque le consentement comme étant issu d'une émanation volontaire ou, plus exactement, d'une « manifestation de la volonté » qui, dans sa forme contractuelle, exprime un accord conjoint des deux parties. En fait, le tribunal reste toujours plus approprié à vérifier la réalité du consentement de l'internaute à telles clauses stipulées par référence. Il a un pouvoir discrétionnaire de vérifier concrètement au cas par cas si les conditions de validité de la clause sont remplies ou non.

813. Ensuite, comme second exemple, prenons l'affaire Dell[1009] qui décrit une vente d'ordinateur de cette compagnie à des usagers, dont la clause est présente en majuscule[1010]. Le site en question utilise un hyperlien avec l'indication suivante : *« All sales are subject to Dell's ternsend condition of sale »* indiquant par-là un document externe contenant les clauses contractuelles qui comporte les limitations/les exclusions de responsabilité et la clause compromissoire. Suite à cette référence, le consommateur doit être en connaissance des clauses compromissoires électroniques. Ainsi, il a été jugé qu'une clause compromissoire électronique par référence pouvait être imposée à un consommateur de licence d'un logiciel téléchargé sur Internet. En l'espèce, le consommateur pouvait imprimer les conditions générales qui étaient de surcroit enregistrées sur le disque dur du client. Finalement, nous constatons que ce « formalisme » induit par les ordres professionnels peut sembler contraire à la liberté contractuelle, mais ce formalisme évite de surcroit ce consentement par réflèxe. Ce qui rejoint les propos de Ghestin :

[1008] J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y-M, SERINET, *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, 4e éd., L.G.D.J, 2013. p.47.

[1009] Court of Illinois, Affaire Dewayne Hubbert, Elden L. Craft, Chris Grout, and Rhonda Byington, Individually and on Behalf of Others Similarly Situated contre Dell Corporation, 2003. [En ligne] http://www.illinoiscourts.gov (consulté le 01/05/2015).

[1010] *Ibid*. « PLEASE READ THIS DOCUMENT CAREFULLY! IT CONTAINS VERY IMPORTANT INFORMATION ABOUT YOUR RIGHTS AND OBLIGATIONS AS WELL AS LIMITATION DOCUMENT AND EXCLUSIONS THAT MAY APPLY TO YOU. THIS DOCUMENT CONTAINS A DISPUTE RESOLUTION CLAUSE. » Traduction : « *S'IL VOUS PLAÎT LIRE ATTENTIVEMENT CE DOCUMENT ! IL CONTIENT DES RENSEIGNEMENTS TRÈS IMPORTANTS SUR VOS DROITS ET OBLIGATIONS AINSI QUE SUR VOS LIMITES OU EXCLUSIONS QUI PEUVENT VOUS ETRE APPLICABLES. CE DOCUMENT CONTIENT UNE CLAUSE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS*. »

« *La forme requise attire l'attention sur l'importance de l'engagement pris et, par la réflexion qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire des prestations.*[1011] »

B. Le rôle des conventions internationales dans l'évaluation de la validité de l'exigence du consentement

814. Dans un premier temps, nous savons que la validité des clauses de compétence de juridiction a une reconnaissance particulière et que dans un contrat de type électronique, ces clauses peuvent s'introduire tout comme sous format papier mettant le consentement du consommateur en sursis et requérant de la part de celui-ci une vigilance quant à la lecture du contrat et des clauses. Certaines de ces questions sur le consentement ont été traitées par la jurisprudence dans certains États tels que le Canada ou les États-Unis. Ces États reconnaissent depuis plusieurs années les consentements émis sur Internet et ont perçu les différentes formes se manifestant à travers ce réseau. Nous pouvons classer ces consentements en deux catégories : les formes relatant un consentement actif et les formes démontrant un consentement passif. Dans le cas des consentements actifs, la jurisprudence américaine a reconnu la forme du bouton « *I agree* » ou « *I consent* » comme étant le « *click-wrap agreement* »[1012] et qui s'active, selon eux en tout accord de l'internaute.

815. Cette jurisprudence reconnait la force contraignante de ces contrats mais maintient cette forme de validité du consentement par voie électronique et ce même dans la loi concernant la compétence de juridiction. De même, la jurisprudence canadienne a apporté crédit à cette tendance. Comme en témoigne l'affaire du 8 octobre 1999 : *Rudder v. Microsoft Corporation*[1013] ou le juge Winkler avait reconnu la validité d'une clause de désignation juridictionnelle indiqué dans un contrat en ligne. Son avis étant que la présence du bouton « *I agree* » suffisait amplement à montrer le consentement de l'internaute tout comme on apposerait une empreinte sur un contrat papier pour accepter les termes

---

[1011] J. GHESTIN, *Les obligations - le contrat : formation*, L.G.D.J., Paris, 1988, p.291.
[1012] M URNSTEIN, A global network in a compartmentalised legal environment in BOELE-WOELKI K. et KESSEDJIAN C. (dir), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer Law International, 1998, note 11, p.33.
[1013] Ontario Superior Court of Justice, *Michael Rudder and Mark La Rochelle, Plaintiffs v. Microsoft corporation*, 1999. [En ligne] http://aix1.uottawa.ca/~geist/microsoft.htm (consulté le 01/05/2015).

convenus. Comme le souligne C. Bennett[1014], cette tendance est suivie dans la plupart des jugements américains qui voient la validité d'une clause comme étant une loi applicable tant au niveau de la compétence de juridiction que dans une clause compromissoire d'arbitrage effectué en ligne[1015].

816. Dans le consentement passif, c'est-à-dire que les clauses se situant dans les conditions d'utilisation d'un site web où normalement on indique à l'utilisateur du site web le consentement claire et formelle. À l'inverse du « *click-wrap* », l'internaute peut avoir omis les conditions d'utilisation. La tendance américaine vis-à-vis de cette forme, a souvent rejeté la validité de ces clauses car n'étant pas suffisamment visibles dans les conditions d'utilisation. Par exemple, dans l'affaire *Mendoza contre AOL*[1016], les clauses désignaient l'État de Virginie comme étant les tribunaux compétents et donc leurs lois applicables, mais le juge ne pris pas en considération cette forme dans les conditions d'utilisation qu'il a reconnue non valide.

817. Ces clauses étaient contenues aux *« Terms of service »*, ce pourquoi M. Mendoza souligne le fait qu'il ne les ait pas vues. Le juge a statué en sa faveur en disant que les clauses étaient « cachées » dans le contrat et ne participaient en rien au consentement du client. On peut remarquer que la protection du consommateur fluctue en fonction de l'État, ce pourquoi le juge doit considérer que des clauses de compétence de juridiction existent visant à établir des connexions avec les parties, ce qui suppose un non-respect de plusieurs règles[1017].

818. Notons que la tendance américaine ou canadienne peut changer selon les cas de figure, ce que nous pouvons retenir c'est que leurs jurisprudences mettent les contrats sur

---

[1014] C. S. BENNETT, « Crafting an enforceable click-wrap agreement », *New York Law Journal* 223, note 50, p.3.

[1015] Au niveau européenn, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé dans un arrêt du 21 mai 2015, dans le cadre d'une vente entre professionnels, que « *la technique d'acceptation par « clic » des conditions générales d'un contrat de vente, tel que celui en cause au principal, conclu par voie électronique, qui contiennent une convention attributive de juridiction, constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention, au sens de cette disposition, lorsque cette technique rend possible l'impression et la sauvegarde du texte de celles-ci avant la conclusion du contrat* ». [En ligne] http://www.legalis.net (consulté le 02/07/2015).

[1016] JUSTIA Us Law, *America Online Inc. v. Superior Court* (Mendoza), 2001. [En ligne] http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/90/1.html (consultée le 01/05/2015).

[1017] R. DUASO CALÃS, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations, P.U de Montréal, Canada, 2002, p.18.

papier à la même échelle que celui établi sur Internet. Parallèlement, la Directive 97/7 CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai avec son article 12[1018] protège le consommateur sur le consentement qu'il soit actif ou passif. Cet article mentionne que le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par son pays et que ces États doivent protéger les consommateurs tout en laissant libre le choix d'un tiers pays comme droit applicable à un contrat. Suite à cela, Rosario Duaso Calãs[1019] rappel qu'un « *click-wrap agreement* » serait une clause non valide, si elle désigne une loi qui prive les consommateurs de la protection assurée par la Directive cité plus haut.

819. Au niveau conventions internationales, nous notons que la convention internationale de Bruxelles de 1968 et du règlement 2001 sont restées muettes sur cette validité de consentement dans les clauses virtuelles, le nouveau règlement de Bruxelles de 2012 suscite un discours plus engagé dans ces questionnements. Bien qu'en Europe, la Directive sur le commerce électronique reste assez *floue*[1020]. Concernant le règlement de Bruxelles de 2012, elle introduit une nouvelle règle qui tente d'atténuer la validité des clauses attributives au fond tout en maximisant leur efficacité ce qui induit de donner une priorité au juge et sur sa propre compétence, de donner une loi applicable quant au fond de la clause attributive de juridiction.

820. Dans ce mouvement, cette règle met en lien le fond et la forme dans la clause attributive de juridiction, un lien dès lors resté discret par les diverses conventions internationales. Donc, lors d'un accord du au consentement, la clause attributive de juridiction doit satisfaire aux conditions générales de validité. Par exemple dans l'affaire *Elefantan Schuh GmbH v Pierre Jacqmain*[1021], l'avocat général Gordon Slynn avait touché

[1018] Eur-Lex, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, Article 12: Caractère contraignant des dispositions: « 1. Le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de la transposition en droit national de la présente directive. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente 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 d'un ou de plusieurs des États membres. » 1997.

[1019] R. DUASO CALÃS, *Ibid.*

[1020] Par floue, il faut se référer à l'article 10 alinéa 3 de cette Directive qui prévoit que : « Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et les reproduire ». Eur-Lex, 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 »), 2000. [En ligne] (consulté le 01/05/2015).

[1021] Eur-Lex, Elefanten Schuh GmbH contre Pierre Jacqmain, 24 juin 1981.

la question du consentement à travers les clauses attributives de juridiction pour témoigner d'une soumission du tribunal désigné en faveur du client, ce que n'a pas retenu la Cour de justice et qui remet en cause la validité et la vision du tribunal exclu, qui peut partager son opinion sur la compétence du tribunal. Par ailleurs, des lois peuvent intervenir si aucun argument décisif ne permet de trancher le litige tel que la loi d'autonomie, la loi du tribunal exclu et la loi du tribunal élu ou saisi. Même si, une fois de plus, dans la Convention de Rome du 19 juin 1980, les articles ne répondent pas aux attentes d'une tel question sur le consentement dans sa forme et son fond, surtout dans cette convention qui *exclut*[1022] d'emblée les conventions d'élection de for dans son schéma.

821. Par contre, souligne Johan Meeusen, le droit international commun français avec un arrêt de la Cour de cassation de Paris datant du 3 décembre 1991[1023] examine la validité de la clause « au regard de la loi française, la loi du tribunal saisi » (aussi en l'espèce le tribunal désigné) et constate que *« la clause n'était pas au surplus contraire à la loi du tribunal mauricien »* (tribunal exclu)[1024]. Johan Meeusen indique un autre exemple où la

---

[1022] Phénomène d'exclusion perçu entre autre dans l'article 1 alinéa 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980: *« 2. Elles ne s'appliquent pas :*
a) à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11 ;
b) aux obligations contractuelles concernant :
- les testaments et successions,
- les régimes matrimoniaux,
- les droits des devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes ;
c) aux obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable ;
d) aux conventions d'arbitrage et d'élection de for ;
e) aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale ;
f) à la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager, envers les tiers, cette société, association ou personne morale ;
g) à la constitution des trusts, aux relations qu'ils créent entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires ;
h) à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'article 14. » Eur-Lex, Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles - Journal officiel n° C 027 du 26/01/1998, pp.0034-0046, 1998.

[1023] Légifrance, *Cour de cassation chambre civile 1 : Audience publique du mardi 3 décembre 1991*, 1991. [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr (consulté le 01/05/2015).

[1024] J. MEEUSEN, Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I, Intersentianv, 2004. p.260.

première chambre civile de la Cour de cassation[1025] stipule que la « *lex fori* n'a pas vocation nécessaire ou exclusive à régir la validité de la clause, sans pour autant prendre parti sur la loi compétente ». En doctrine, P. Mayer[1026] proposa de son côté que la loi du tribunal désigné et la loi du tribunal exclut soient vérifiées pour une licéité de la clause bien que la validité de la clause repose sur la loi d'autonomie comme dans tout type de contrat.

822. Si on revient un instant sur le dernier règlement de Bruxelles de 2012, avec l'article 25, on peut voir qu'elle traite de la validité de la clause d'élection de for sur le fond. Elle introduit une règle de conflit de lois uniforme issue du premier alinéa : celle-ci prévoit qu'un juge d'un État membre désigné dans une clause attributive de juridiction est compétent *« sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entaché de nullité quant au fond selon le droit de l'État membre »*[1027]. Selon cet article, un accord d'élection de for ne peut se concevoir de manière unilatérale, il doit y avoir un accord des parties. L'existence du consentement relève normalement du droit de l'État du tribunal saisi avec ses règles de conflits de lois. La Convention de la Haye 2005[1028] revient sur ces questions mais uniquement s'il y a présence d'un accord d'élection de for ce qui induit une présence des conditions fortuit au consentement. Elle précise que s'il n'a pas cette présence, le tribunal aurait le droit de supposer que la Convention n'est pas exerçable, sans avoir à examiner le droit étranger.

823. Madame le professeur Catherine Kessedjian montre que désormais, dans le nouveau Règlement européen, la règle de conflit désigne le droit de l'État du tribunal élu pour conclure la validité de fond des élections de for. Selon elle, cela renforce la complexité d'une solution rapide même si le tribunal élu est prioritaire dans sa décision[1029].

823. De ce fait, l'appellation « *lex fori* » ou « loi du for » indique ce lieu élu par un

---

[1025] Cass. civ.1em. 3déc. 1991. R.C.D.I.P., 1992, p.340.
[1026] P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 11e éd., L.G.D.J, Paris, 2014 p.125. Egalement évoqué par H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *2002, Op. cit.,* p.111.
[1027] *Journal officiel de l'Union européenne,* Section 7 Article 25 : Prorogation de compétence, 2012. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 01/05/2015).
[1028] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, (HccH) Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, p.49.
[1029] C. KESSEDJIAN, « Much ado about... what? » in Le rè *Europe* n° 3, 2013, p. 3.

tribunal et touche la capacité des parties à conclure un accord d'élection de for. Pour Madame le professeur C. Kessedjian[1030], dans le droit international privé, la plupart des systèmes tolèrent une application de la loi personnelle pour des personnes physiques ou morales (*lex societatis*), sous réserve de sa forme, de son apparence. Cela étant, la Convention de La Haye de 2005 fait directement référence à cette « *lex fori* » mais dans le cas où il ne s'agit en rien du tribunal élu, c'est ce que veut montrer Kessedjian en la confondant à la Convention de Bruxelles I bis. En réalité, ainsi qu'il sera dit ci-dessous, le tribunal élu n'a pas le droit de vérifier la capacité d'agir des parties. Seul le tribunal saisi, autre que le tribunal élu, et le tribunal requis (donc saisi d'une demande de reconnaissance ou d'exécution d'une décision) ont le droit de vérifier la capacité des parties[1031], dont chacune applique sa propre « *lex fori* ». Dans ce champ, il y a une visée directe du droit international privé du tribunal, ce qui complique la détermination de la loi applicable par un mécanisme de renvoi des parties voulant mettre en évidence la capacité de tel ou tel tribunal à être appréciable sur l'accord de l'élection de for pour que la partie s'assure que cet accord soit tout à fait valide. Nous pouvons constater que dans ce débat lié aux vices du consentement, la Convention de La Haye de 2005 reste prudente voir absente.

824. Madame le professeur C. Kessedjian[1032] estime que cela devrait aussi dépendre du droit déclaré applicable dont le choix devrait se faire par l'entremise des règles de droit international privé. Ce qui revient à dire que les tribunaux saisis lors d'un litige, alors qu'il y a présence d'un accord d'élection de for mais dont celui-ci contient un vice de consentement, seraient en mesure d'en prononcer la nullité si la sanction est telle quelle

---

[1030] C. KESSEDJIAN : L'expression "Lex fori" est d'origine latine, elle signifie "la loi (lex) applicable au lieu où se trouve installé le tribunal (for) devant lequel l'affaire a été portée". In La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for, *Journal du droit international (Clunet)* n°3, Juillet 2006, doctr. 11, p.10.

[1031] L'article 6 de convention de La Haye sur les accords d'élection de for 2005 dispose que : « Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si : a) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État du tribunal saisi. Concernant l'article 9 (b) dispose que : La reconnaissance ou l'exécution peut être refusée si : b) l'une des parties n'avait pas la capacité de conclure l'accord en vertu du droit de l'État requis ». T. HARTLEY et M. DOGAUCHI M. *Op. cit*., p. 4.

[1032] En fait, la doctrine s'est interrogé sur le fait que l'approche des conventions internationales introduite par l'article 25 du règlement de Bruxelles portait sur le régime de la validité de la clause d'élection du for. Cette question a longtemps été discuté afin de savoir si le régime uniforme du Règlement épuisait la question de la validité ou s'il était au contraire permis d'apprécier la validité au fond d'une clause d'élection de for. voir : B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU*, Beck/Hart/Nomos, 2008, p. 91 s.

rédigée par le droit applicable à l'accord d'élection de for. Pour terminer, elle indique une possibilité de divergences dans la jurisprudence qui se développera sous l'égide du règlement de Bruxelles I bis.

825. On peut, pour exemple, citer l'affaire *F. Berghoefer GmbH & Co. KG v ASA SA*[1033] dont la Cour de justice a fait de nombreuses références à l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968, lequel indique que les clauses attributives de juridiction « *ont pour fonction d'assurer que le consentement des parties à une telle clause est effectivement établi et qu'il se manifeste d'une manière claire et précise* »[1034]. La Cour a estimé en premier lieu que le juge saisi devait explicitement montrer la présence d'un consentement des parties dans la clause. Dans une deuxième étape, elle a assoupli cette exigence en disant que :

> « *L'accord de volontés des parties contractantes sur une clause attributive de juridiction est présumé établi lorsqu'il existe à cet égard des usages commerciaux dans la branche considérée du commerce international, usages que ces mêmes parties connaissent ou sont censées connaître.*[1035] »

826. Un assouplissement qui ne devait se faire que dans un champ restreint : la clause d'élection de for conclue pour le commerce international. Reste à se poser la question des règles qui peuvent subvenir en cas de consentement des parties. Il y eut de nombreux débats, dont certains évoquaient une vision « maximaliste »[1036] dont le droit international était écarté ; tandis que d'autres évoquaient l' « interventionnisme » du régime européen en faisant appel dans certains cas à la loi d'un État membre. Si les lois nationales omettaient ces questions de détermination de juridiction, les débats eux accentuaient les propos sur ces absences. La forme et le fond des clauses d'élection de for sont entre deux extrémités avec

---

[1033] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 11 juillet 1985. - F. Berghoefer GmbH & Co. KG contre ASA SA. - Demande de décision préjudicielle: Bundesgerichtshof - Allemagne. - Convention de Bruxelles - Interprétation de l'article 17 - Validité d'une convention verbale de prorogation de compétence confirmée par écrit par une seule des parties. Affaire 221/84, 1985. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 01/05/2015).

[1034] *Ibid*. : « L'article 17 premier alinéa de la convention du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'il est satisfait à la condition de forme qu'il édicte lorsqu'il est établi que l'attribution de juridiction a fait l'objet d'une convention verbale portant expressément sur ce point, qu'une confirmation écrite de cette convention émanant de l'une quelconque des parties a été reçue par l'autre et que cette dernière n'a formulé aucune objection ».

[1035] *Ibid*.

[1036] Comme l'indique H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe. 2010, *Op. cit.*, p.140s.

les lois de l'État membre et les conventions internationales qui se veulent uniformes. C'est pourquoi l'article 25 du nouveau règlement de Bruxelles I bis montre de façon claire que le droit pertinent est le seul qui puisse être établi par l'État dont les juridictions ont été désignées. Patrick Wautelet nous dira que ces questions de validité opèrent aussi :

> « *Lorsque la question de la validité substantielle de la clause est posée à la juridiction élue par les parties, qu'à toute autre juridiction d'un État membre* ».

827. Il ajoute que :

> « *Dans ce dernier cas, il ne sera pas toujours aisé pour le tribunal saisi de déterminer le contenu du droit de l'État membre dont les juridictions avaient été désignées par les parties.*[1037] »

828. Nous pouvons soulever que la difficulté s'intensifie pour le juge lorsque la validité substantielle de la clause est mise en doute car il doit prendre compte des intendances données par la loi de l'État membre avec les juridictions élues. Comme dit précédemment, cet inconvénient se résorbe par la priorité donnée à la juridiction élue, mais cette solution (conjointe aux articles 5 alinéa 1 et 6 alinéa a de la Convention de La Haye)[1038] ne vise au final qu'à se concentrer sur la partie substantielle de la clause et se plie ainsi aux exigences formelles du droit européen.

829. Si nous revenons sur cet article 25 du règlement de Bruxelles I bis, on peut constater qu'elle ne fait en rien jointement avec la loi d'un État membre mais bien à son propre droit. Donc, si la validité substantielle est remise en cause, le tribunal convié peut appliquer ses règles de conflit de lois. De plus, la refonte de la règle de conflit de lois ne vise plus spécifiquement la question de la validité, elle est plus ouverte. Pour conclure ce paragraphe, P. Wautelet rajoute que :

[1037] P. WAUTELET, « Clauses d'élection de for et procédures concurrentes, les nouveautés du Règlement Bruxelles I bis ». *Op. cit.*, p.8, 15p. [En ligne] http://hdl.handle.net/2268/147054 (consulté le 09/04/2015)

[1038] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005 ; Article 5 : Compétence du tribunal élu : « 1. Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État. ». Article 6 : Obligations du tribunal non élu : « 1. Tout tribunal d'un État contractant autre que celui du tribunal élu sursoit à statuer ou se dessaisit lorsqu'il est saisi d'un litige auquel un accord exclusif d'élection de for s'applique, sauf si : a) l'accord est nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu (…) ».

« *L'interprétation de la clause d'élection de for échappe à cette règle. Selon la Cour de justice, l'interprétation d'une clause d'élection de for incombe à la juridiction nationale saisie du litige.*[1039] »

Paragraphe 2 : L'autonomie des clauses attributives du contrat

830. En réalité, les anciennes Conventions telles que Bruxelles en 1968 et même en 2001 n'ont pas reconnu le principe d'autonomie des clauses attributives du contrat. Il a fallu attendre le règlement de Bruxelles I bis de 2012 et à l'instar de celle de la Convention de La Haye de 2005 pour qu'il y ait un questionnement sur cette autonomie. Pour clarifier ce 2ème paragraphe, nous discuterons, dans le point A, de ce principe d'autonomie dont l'arrêt Benincasa de la Cour de justice européenne en est le parfait exemple. Ensuite, point B, il nous faudra voir si cette autonomisation donne plus d'efficacité ou d'indépendance aux clauses et voir en quoi avec cette autonomie elles répondent aux urgences liées à Internet. Ce que nous pouvons résumer par un renforcement de prévisibilité des clauses attributives dans les contrats virtuelles.

A. L'origine du principe Benincasa

831. Comme nous le savons, la difficulté majeure dans la validité des clauses, ce sont leurs conditions de formes et de fonds, qui sont soumises par des lois applicables dans n'importe quel contrat. La question qui reste en suspens est : Le respect de la forme nuit-il à la validité de la clause sur le fondement juridique du contrat ? Pour cela, la CJCE a eu une réponse : l'admission de l'autonomie de la clause attributive à l'image de l'arrêt *Benincasa*[1040] du 3 juillet 1997. Résumons l'affaire[1041] : M. Benincasa était italien et avait fondé une société florentine étant domicilié à Munich en vue d'y créer un magasin pour produire une activité commercial donc avec un contrat de franchise auquel il avait souscrit. Mais, n'ayant pas effectué d'activité commerciale, selon lui, celui-ci demanda une annulation à Munich lors de sa souscription tout en pensant que Munich pouvait le représenté.

[1039] P. WAUTELET, *Op. cit.,* p.9.
[1040] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 3 juillet 1997 : *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 1997. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 01/05/2015).
[1041] P. WAUTELET, *Op. cit.,* p.6.

832. Cependant, le contrat contenait une clause au détriment des juridictions italiennes. Ainsi, il voulait montrer que la clause était nulle en se référant à l'article 17, alinéa 3, de la Convention de Bruxelles de 1968. Seulement, même avec les références aux articles 13 et 14, le Landgericht München I déclara que la clause était bien valide et que de ce fait, elle ne pouvait être compétente pour représenter M. Benincasa[1042]. Tout en rappelant l'autonomie de chaque État sur ces articles, la CJCE a considéré que la clause était valable car issue des dispositions de formes strictes lié à la Convention de Bruxelles. Ainsi, l'autonomie matérielle de la clause attributive se dégage vis-à-vis du contrat principal, ce qui n'a pas empêché à la Cour d'omettre que la validité au fond pouvait être compromise sans qu'il n'y ait de lien direct avec la forme de cette clause attributive.

833. Selon la Cour de cassation[1043]:

> « *La nullité du contrat principal n'affecte pas la compétence du juge élu, mais cela empêche-t-il de contester la validité au fond de la clause attributive, pour d'autres raisons ?* »

834. Pour elle il faut dans un premier temps questionner les consentements établis au fond et dans un second temps leurs formes, ce qui renvoie directement à l'article 23 du règlement de Bruxelles. Pourquoi est-ce un premier pas vers l'autonomie ? En fait, l'autonomie dans cet arrêt se distingue entre la clause attributive de juridiction et la clause compromissoire. La Cour de justice, à plusieurs reprise (points 21 à 23 et point 25)[1044] mentionne que la clause était *« valablement conclue au regard des règles de la convention »* et affirme que cette clause *« est régie par les dispositions de la Convention »* tandis que les dispositions matérielles du contrat sont asservies par la *lex causae*[1045].

835. En effet, comme le rappelle la sixième chambre du 3 juillet 1997, la clause attributive de juridiction, qui a été conçue à des fins procédurales, est du coup régie par les dispositions issues de la convention, dont l'uniformité des règles de compétences judicaires internationales reste un enjeux crucial mais parfois trop important au vue du reste. Par

---

[1042] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 3 juillet 1997 : *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 1997.
[1043] Légifrance, Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 juillet 1998, 96-15.380, 1998.
[1044] *Ibid*.
[1045] Sur ce sujet, Cf. C. BLANCHIN, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, P.U. de Paris II - L.G.D.J, 1995.

contre, en ce qui concerne les dispositions matérielles du contrat principal, dans lequel vient se greffer la clause, et toute contestation portant sur la validité du contrat, elles sont déterminées par la *lex causae* issues du droit international privé de l'État du for[1046]. Comme le souligne Sandrine Sana-Chaillé De Néré[1047], la clause attributive de juridiction a une place *originale* dans le contrat dès lors qu'elle fait à la fois partie intégrante et partie autonome. La clause ne souffre d'aucune inefficacité alléguée du contrat même en étant incluse dans l'accord des parties. Son statut particulier lui confère la garantie de sa propre efficacité.

836. Nous pouvons relever que dans cette pratique lié à la clause attributive de juridiction, la Cour de justice tend à se calquer sur l'objectif des conventions, c'est-à-dire : uniformiser les règles de compétences des juridictions des divers États membres ou contractants tout en évitant la multiplication des chefs de compétences afin de ne pas créer de lois de conflits supplémentaires entre les juridictions. L'arrêt de C.J.C.E du 3 juillet 1997 montre bien le renforcement de la protection sur les personnes établies au sein de l'union européenne, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir, et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attrait[1048].

837. Pour un auteur, l'adoption des clauses d'élection de for est justifiée pour diverses occurrences : le souci de prévisibilité, la neutralité voir la plus grande compétence technique du juge. Quand il y a litigesp sur Internet, les parties recherchent ainsi les règles qui seront à même d'être efficaces et prévisibles[1049]. Mais, comme Benjamin Remy le souligne, lorsqu'il y a une recherche du régime s'adaptant le mieux aux clauses sur Internet, on voit une trop grande part de justifications qui se révèlent assez contrariantes. D'une part, cela est source d'ambiguïté, car les diverses questions que soulève la réglementation de ces clauses tant au niveau international que national font débats.

[1046] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 3 juillet 1997 : *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 1997.
[1047] S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Contrats internationaux. - Clause attributive de compétence. - Principe d'autonomie par rapport au contrat principal, *Journal du droit international (Clunet)*, n°1, 2011, p.3.
[1048] Arrêt de C.J.C.E., 3 juillet 1997 ou l'arrêt du 4 mars 1982, Effer, 38/81, Rec. p. 825, point 6, et du 13 juillet 1993, Mulox IBC, C-125/92, Rec. p. I-4075, point 11.
[1049] B. REMY, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *Journal du droit international* (Clunet) n°1, 2011, p.1.

Le choix des parties, qui permet d'apprécier la validité de ces clauses, reste toujours à vérifier et diffère d'une juridiction à une autre. Ce pourquoi des litiges existent rien que pour le choix de la compétence judiciaire. D'autre part, la doctrine, pointant du doigt le nombre excessif des justifications, n'a plus pris le temps de toutes les considérées. Ce qui n'empêche pas cette dernière d'utiliser des principes rhétoriques, dont Benjamin Remy[1050] nous dit qu'elle n'assure en rien une compatibilité avec ces justifications et en rien une solution raisonnablement justifiée.

B. Le renforcement de la prévisibilité et de l'efficacité des clauses attributives dans le contrat virtuel

838. Comme nous l'avons évoqué, dans ce phénomène d'autonomie, la clause et ses avantages sur la prévisibilité et la protection des parties sont renforcés dans le cas des contrats virtuels. C'est pourquoi, de tels avantages seront mis en application par les conventions internationales. Tout d'abord, la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for montre ainsi que dans son article 3*b*[1051], le principe d'autonomisation est présent en désignant que la validité d'une clause d'élection du for relève de la loi de l'État élu contrairement à la loi applicable au contrat sous-jacent.

839. Dans un autre exemple, avec l'arrêt *Deutsche Bank v Asia Pacific Broadband Wireless Communications*[1052] du 30 avril 2008, la Cour Suprême ou Hight Court de Londres a jugé que la validité des clauses d'élection de for conclues sous la régence de l'article 23 du Règlement 44/2001[1053] ne pouvait plus relever du droit national applicable

---

[1050] *Ibid*., p.2.

[1051] HccH, Convention sur les accords d'élection de for : Article 3 point b) : « un accord d'élection de for qui désigne les tribunaux d'un État contractant, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire ». 2005. [En ligne] http://www.hcch.net (consulté le 02/05/2015).

[1052] Bailii, Royal Court of Justice : *Deutsche Bank AG & Ors v Asia Pacific Broadband Wireless Communications Inc. & Anor* [2008] EWCA Civ 1091, Londres, 2008. [En ligne] http://www.bailii.org (consulté le 02/05/2015)

[1053] Eur-Lex, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023 : Règlement (CE) n° 44/2001, Article 23 : « 1. Si les parties, dont l'une au moins à son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. Cette convention attributive de juridiction est conclue:
a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou
b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou

au contrat sous-jacent et que le droit européen était en premier plan. Cette Hight Court fera référence à l'arrêt *Benincasa v Dentalkit*[1054] pour reconnaitre, tout comme la Convention de La Haye, que la clause d'élection de for et la clause d'arbitrage sont autonomes vis-à-vis du contrat principal.

840. De l'affaire *Deutsche Bank v Asia Pacific Broadband Wireless Communications* en ressort le résumé d'Edouard Bertrand[1055] qui souligne que la Cour d'appel a fait usage de l'article 23 du Règlement 44/2001 en mentionnant qu'il y avait un « écrit signé » des parties. Montrant que seule une nullité indépendante du contrat sous-jacent demandée par une partie pouvait obstruer la validité de la clause de juridiction. Si l'on se penche du côté de l'article 25 du règlement de Bruxelles I bis, nous ne pouvons que constater qu'elle a souligné ce principe d'autonomie confirmant et clarifiant par la suite la jurisprudence *Benincasa*. Par ailleurs, elle rappel, avec son point *5* tout comme avec l'article 3*d* de la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de *for*, que :

> « *la validité d'une clause attributive de juridiction ne peut être nulle ou contestée au seul motif que le contrat en entier n'est pas valide.*[1056] »

---

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

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

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

4. Le tribunal ou les tribunaux d'un État membre auxquels l'acte constitutif d'un trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit des relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust.

5. Les conventions attributives de juridiction ainsi que les stipulations similaires d'actes constitutifs de trust sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 22. » 2001. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 02/05/2015)

[1054] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 3 juillet 1997 : *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 1997. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu (consulté le 01/05/2015).

[1055] E. BERTRAND, Autonomie de la clause d'élection de for / Separability of juridiction clauses, Blog-avocat, 2009. [En ligne] http://www.blogavocat.fr (consulté le 02/05/2015).

[1056] Eur-Lex, Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 3 juillet 1997 : *Francesco Benincasa contre Dentalkit Srl*, 1997.

841. De plus, toujours dans l'article 25 mais dans le 1er aliéna, elle établit lisiblement une distinction la clause de juridiction et les autres formes disposées dans le contrat, laissant ainsi penser que la clause d'élection de for a une validité bien spécifique. Ce qui pouvait nuire à cette clause (les allégations de dol, l'absence de consentement ou les fraudes) sont désormais mises à part pour éviter une invalidité au stade du choix de la compétence judiciaire par exemple. Désormais, pour contester la validité de la clause de l'élection de for, il faudra isoler des causes spécifiques qui font lien avec cette clause. Compte tenu de ce qui précède, nous pouvons y joindre le rapport Hartley-Dougauchi qui indique qu'

> « *Il est donc possible pour le tribunal élu de juger que le contrat n'est pas valable sans priver de sa validité l'accord d'élection de for.*[1057] »

842. *A contrario,*

> « *il est aussi possible que le motif d'invalidité du contrat s'applique également à l'accord d'élection de for : tout dépend des circonstances et de la loi applicable.*[1058] »

843. Arnaud Nuyts[1059] révèle aussi qu'il peut y avoir inefficacité de la clause de juridiction de par sa forme qui compromet une des deux parties ou sur son fond, selon le droit du tribunal élu pour autant que le contrat principal n'en soit pas affecté au regard de la *lex contractus.* De plus, Patrick Wautelet rajoutera que le juge désigné par les parties est désormais le seul à montrer ou non que la clause est invalide sans tenir compte de l'éventuel invalidité du contrat en entier. Il y a une limitation de l'examen procédural que peut subir le juge lors de la prononciation de sa compétence, simplifiant ce procédé et scindant la question de validité en deux parties maintenant bien distinctes[1060]. On pourrait se risquer à dire que ce principe d'autonomie proviendrait du droit de l'arbitrage qui soutient l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat dans lequel il s'insère. Mais ce que l'on peut réellement observer, c'est la méthode de distinction, de

---

[1057] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, *Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005*, HccH, 2005, p. 53.
[1058] *Ibid*.
[1059] A. NUYTS (dir.), L.BARNICH, H. ENGLERT et R. JAFFERALI, *Actualité en droit international privé*, 1er édition Bruylant, Bruxelles, 2013. p. 105.
[1060] P. WAUTELET, « Clauses d'élection de for et procédures concurrentes, les nouveautés du Règlement Bruxelles I bis ». *Op. cit.*, p.7.

différenciation dans la validité de la clause, qu'applique aussi bien à la dernière Convention de La Hay que celle de Bruxelles I bis [1061]:

844. La validité formelle de la clause attributive de juridiction est déterminée de façon tout à fait uniforme, si on regarde la liste exhaustive de Bruxelles I bis sur les formes que peuvent prendre les clauses. Tandis que la validité substantielle dépend d'une règle de conflit uniforme issue de la loi du tribunal élu. Deux règles de validité qui doivent s'observées de manière distincte car en principe, la validité des autres clauses mentionnées dans le contrat relève, comme vu, de la loi d'autonomie *lex contractus* en référence à la Convention de Rome ou au Règlement de Rome[1062]. Suite à cela, la Cour de justice de l'UE à relever, dans ce prisme de la validité, une division en deux points qui caractérise l'autonomie d'un contrat, pour répondre aux attentes du commerce international[1063].

L'autonomie matérielle :

845. C'est l'autonomie qui est prise en compte dans les dernières conventions de Bruxelles et de La Haye. Mais, elle n'est pas encore complète, elle indique juste une survie de la clause par rapport à une nullité totale du contrat, ce qui ne montre en rien un pareil cas où cette clause serait caduque, résiliée ou expirée voire inexistante. Il est vrai que dans la plupart des situations, c'est la nullité totale du contrat qui met en péril l'existence même de la clause d'élection de for, ce qui montre bien que les dernières conventions s'y attardent mettant de côté les rares cas. Pour Catherine Kessedjian[1064], le travail avait bien débuté sur ces nouveaux points de ces articles mais s'ensuit un résultat inachevé alors que la survie de la clause ne semble pas créer de problème politico-juridique si ce contrat est caduc, résilié ou expiré. Par contre, sur le point concernant l'inexistence – le non aboutissement du contrat final dans lequel la clause est présente, Madame le professeur C. Kessedjian nous précise d'une urgence bien que ce cas de figure reste rare, il faudra néanmoins tenter une réponse future surtout dans les contrats issus d'Internet où la dématérialisation est à l'honneur.

[1061] C. KESSEDJIAN, La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for, *Journal du droit international* (Clunet) n°3, Juillet 2006, doctr. 11, p 10.
[1062] A. NUYTS. *Op. cit.*, , p.104
[1063] C. KESSEDJIAN, La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for. *Op. cit.*, p10.
[1064] *Ibid*.

L'autonomie juridique :

846. À l'inverse, cette autonomie ne figure pas dans les dernières conventions. C'est pour cela que certains critiquent l'aspect de ces conventions, n'ayant pas répondu à cette question de l'autonomie juridique. En fait l'autonomie juridique permet d'abstraire la validité de la clause du champ strict de la loi national pour se diriger vers une règle matérielle issu du droit procédural international. Catherine Kessedjian[1065] revient sur cette « oubli » des conventions, pour elle, la règle matérielle était assez aisée à élaborer car de nombreux travaux et questions ont été formulés à son égard pour que la Conférence de La Haye et le règlement de Bruxelles puissent en faire une synthèse. Selon elle, une telle règle aurait pu s'inscrire dans champs de la juridiction internationale et analogiquement dans un contexte contractuel propre aux contrats électroniques.

847. En résulterait, *in fine*, un système qualifié de complexe dans sa mise en œuvre qui ne s'appuie que sur des questions de validité dont les conventions estiment que les lois, les tribunaux restant à même de résoudre ces questions. Si on reprend l'article 5 point *1*[1066], sur l'application du propre droit du juge, il ne figure aucune hypothèse où le juge élu envisage de ne pas statuer quand celui-ci fait partie du tribunal saisi et du tribunal élu. En effet, le tribunal élu ne peut pas remettre en cause la capacité des parties à conclure l'accord d'élection de for contrairement au tribunal non élu[1067].

848. Pour Madame le professeur C. Kessedjian[1068], il aurait été préférable d'établir les règles matérielles qui auraient permis par la suite de forger les droits et devoirs des tribunaux élus et/ou saisis. Cependant, n'oublions pas que les règles matérielles ne requièrent pas une grande attention car elles ne concernent qu'une mésentente entre négociateurs en droit commercial international privé. Dans ce cas de figure, les procès-verbaux ne révèlent pas ou peu que les négociateurs ont essayé de se mettre d'accord sur ces dispositions matérielles.

[1065] *Ibid*.
[1066] HccH, Convention sur les accords d'élection de for Article 5 : Compétence du tribunal élu : « 1. Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État. ». 2005. [En ligne] http://www.hcch.net (consulté le 02/05/2015).
[1067] C. KESSEDJIAN, La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for. 2006, *Op. cit.,p.* 11.
[1068] *Ibid*.

849. Bien qu'il y ait des défauts, la Convention de La Haye de 2005 favorise l'autonomie des parties dans les opérations commerciales internationales, faisant accroitre la prévisibilité des solutions judiciaires et garantissant simultanément une sécurité juridique au niveau du jugement émis par un tribunal élu ou saisi dans des situations transfrontalières. En revanche, en ce qui concerne la limite de ces autonomies, il faut revenir dans l'arrêt *Dalico*[1069] de 1993 où la Cour de cassation montre que l'autonomie existe pour la clause compromissoire mais *« sous réserve des règles inhérentes au droit français et de l'ordre public international »* comme suit :

> « *En vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence, et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*. »

850. Ce qui montre bien une limite de cette autonomie car elle est et restera soumise aux lois de police et aux lois de l'ordre public international.

Section 2 : Atténuation de la qualité du rattachement

851. Comme nous le savons, le rattachement dans les règles de conflits de compétence internationale est souvent rigide et se montre figé par rapport aux contrats se réalisant dans le cyberespace. Pour justifier cette compétence, il faut, dans un premier temps, revenir sur la notion de « rattachement » qui inclut le principe de proximité. En fait, la proximité joue un rôle primordial pour déterminer la compétence du tribunal, surtout dans les litiges où la notion de proximité est très disparate. Le rattachement nous permet de comprendre, dans un premier paragraphe, la logique du principe même de proximité établie par les différentes conventions.

852. Nous avons déjà relevé que dans la tendance des conventions internationales, il n'y avait pas forcément de lien entre le litige et le tribunal élu, et que les parties ont le choix

[1069] Légifrance, *Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 décembre 1993, 91-16.828*, Paris, 1993. Voir aussi G. FLORIMOND, *L'autonomie de la clause compromissoire*, Valhalla.fr, 2006. [En ligne] http://www.valhalla.fr/2006/11/19/lautonomie-de-la-clause-compromissoire (consulté le 02/05/2015).

d'élire un tribunal compétent. C'est pourquoi, dans un second paragraphe, nous analyserons cette annulation du rôle complémentaire de la proximité envisagée par les conventions internationales.

Paragraphe 1 : La logique du principe de proximité dans les clauses attributives de juridiction

853. Le principe de la proximité introduit les liens les plus étroits entre des parties et le tribunal, il joue un rôle, négatif ou positif, important dans le choix des clauses attributives de juridiction. On dit qu'il est positif lorsque la proximité confère la compétence au tribunal étranger à celui du for élu. On dit qu'il est négatif lorsque le principe de proximité intervient pour cautionner une clause dont la compétence se situe dans un tribunal étranger. Pour mieux comprendre ce principe, nous parlerons dans le point A. de sa conception et dans le point B. de sa place dans les clauses attributives de juridiction.

A. La définition du rattachement de la proximité

854. Nous allons pour ce faire comparer différents points de vue, tout d'abord selon Paul Lagarde, le principe de proximité s'exprime comme étant :

> « *un rapport de droit qui est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, ou un rapport de droit est régi par le tribunal du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.*[1070] »

855. À quoi nous pouvons rajouter les propos de Savigny, identiques sauf pour ce qui est de l'abstraction de la règle de conflit. Bien que la notion de proximité fût en partie rejetée par les conventions internationales, ce rejet n'est pas total et la proximité peut intervenir dans certaines exceptions spéciales ou dans des lois de polices étrangères. Mais à l'encontre de Savigny, on peut citer David F. Cavers[1071], auteur américain, qui montre qu'il y a une hiérarchie mécanisée, en ce sens où chaque élément de rattachement comporte une

[1070] P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* ; Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1987, p.29.
[1071] D. FARQUHAR CAVERS, « Contemporary perspectives in Conflict of laws » in *Essays in honor of David F. Cavers*, Duke University School of Law, 1977, p.17.

loi applicable souvent choisie de façon confuse et parfois inadéquate à la situation. Il nomme ce mécanisme comme étant neutre et ne voulant pas se risquer à déterminer une loi applicable. Marie-Christine Meyzeaud-Garaud[1072] rétorque en disant de Cavers que son propre système est aux services de la politique car n'ayant plus ou peu de neutralité, la règle de conflit statue en faveur de, ce qui signifie pour elle que cette règle devient un instrument politico-juridique.

856. Pour Monsieur le professeur Paul Lagarde, ce principe de proximité connote avec l'idée du rattachement mettant en rapport directe l'ordre juridique et le litige impliquant les parties. Par contre, le professeur Tito Ballarino voit en cette définition quelque chose de tremblant, comme si une idée sous-jacente venait en surface. Pour lui, une telle définition vise à dégager les règles de solutions des conflits de lois d'un *« complexe normatif préexistant et axiomatique. »*. Il démontre que le droit positif peut contester de cette définition[1073].

857. Selon la doctrine, la fonction du principe de proximité est plutôt perçu comme étant un objectif dont le but est d'identifier les fins poursuivi par le législateur lors de l'édiction d'un règle de droit international privé qu'il s'agisse de conflits de lois ou de conflits de juridiction. Ainsi, nous pouvons voir si le principe de proximité s'établi aussi bien dans une règle qui utilise le terme de « liens étroits » ou dans d'autres règles utilisant des facteurs de localisation (résidence, domicile, lieu principal, siège, etc…) et dont le niveau de « rattachement » fait lien ou non avec le droit ou la demande en justice émanant de la situation des parties et du système juridique choisi. On peut observer une certaine hostilité du droit international privé quant au principe de proximité, par exemple dans son rejet pour les clauses d'exceptions générales[1074].

[1072] M-R. MEYZEAUD-GARAUD, *Op. cit.*, p.55s.

[1073] T. BALLARINO, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in Mélanges en l'honneur Paul Lagarde, *Le droit international privé esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p.39.

[1074] Comme exemple lié aux clauses d'exceptions générales, on peut citer l'article 15 du code civil suisse : « est une clause d'exception au sens strict, qui ne doit être appliquée qu'en cas de nécessité, la règle de conflit de lois étant impérative. Mais, en l'espèce, il est manifeste, au regard de l'ensemble des circonstances, que la cause n'a qu'un lien très lâche avec le droit étranger commun et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec le droit suisse. ». Code civile Suisse, Extrait de l'arrêt de la 2ème Cour civile du 27 janvier 1992 dans la cause W. contre dame W. (recours en réforme), 1992. [En ligne] http://relevancy.bger.ch (consulté le 03/05/2015).

858. Rappelons que le terme « générale » renvoie à la possibilité pour ces clauses de s'appliquer à toutes règles de conflits. L'avocat Jean-Yves Carlier[1075] montre que la clause d'exception générale peut provoquer un risque d'insécurité juridique et d'imprévisibilité de solutions pour les parties. *A contrario*, laisser libre choix de la loi applicable par un juge et sa juridiction peut amener celui-ci à être attirer de soumettre la *lex fori*, ce qui ne représente en rien une solution efficace. Donc, comme nous pouvons le déduire, il s'en dégage deux pans dans la législation suite aux règles de conflits :

- Les règles de conflits qui reposent sur le principe de proximité
- Les règles de conflits qui reposent sur le principe de souveraineté

859. Dans ce principe de souveraineté, les personnes et leurs biens peuvent être souverains d'un État qui impose sa loi aux institutions juridiques les concernant. La justification de cette souveraineté recèle de la soumission de la personne à être quitte avec la loi régie sur le plan national, et ainsi de bénéficier en contrepartie d'une protection ou d'une sanction sur ces biens mobiliers et immobiliers. Il peut y avoir, dans certains cas, une revendication unilatérale faite par un État lors de l'application d'une de ses lois. En somme, pour un État, peu importe l'application de la loi aux situations se trouvant hors de son champs de souveraineté[1076].

860. Pour Monsieur le professeur Paul Lagarde[1077], les règles de conflits qui reposent sur le principe de proximité diffèrent car elles recherchent une loi qui établit des liens étroits, elles ne font nullement la différence entre la proximité se rapprochant de la loi du for ou celle se rapprochant de l'État étranger. Il indique qu'elles sont de natures *bilatérales*, ce qui peut mener vers une proximité de la loi du for ou de celle de l'État étranger. Une sécurité juridique qui se renforce dans le cas où la situation du litige se fait avec l'étroitesse contribution de l'État le plus proche de ce litige. Bien entendu, il se peut que ce « rattachement » ne soit pas en adéquation avec la situation selon le litige en, cours, selon les règles adaptées ou prévues pour ce litige ou encore selon la qualité du juge. En pareil

[1075] J-Y. CARLIER, « Le code belge de droit international privé », in *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 19.
[1076] P. LAGARDE, *L'européanisation du droit international privé – Conflits de lois*, Académie de droit européen de Trèves, 1996, p.7. Extrait [En ligne] http://www.refj.eu. (consulté le 12/03/2014).
[1077] *Ibid*.

posture, la plupart des règlements européens ont prévu une clause d'exception qui édicte la règle suivante, selon Monsieur le professeur P. Lagarde :

> « *S'il résulte de toutes les circonstances que la situation présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux articles précédents, la loi de cet autre pays s'applique.*[1078] »

861. Il rajoute que ce « rattachement » peut aussi donner une plus grande protection de la partie faible ou le désavantager[1079].

862. Si nous revenons sur Savigny, on peut apercevoir une tentative de se démarquer des doctrines qui le précédaient. Les doctrines de son temps envisageaient les conflits de lois et les conflits de juridictions comme étant identiques à un conflit de souveraineté. Savigny s'intéressant tout particulièrement sur les conflits de lois, adopte une approche qui met le droit en étroit lien avec ses propres lois internes dont le pays a des contacts. Pour lui, avant d'aller voir les relations internationales, il faut déterminer une loi issue du pays où la situation a eu lieu et sera à même de résoudre le litige. La question pour Savigny réside dans la nature du droit, où il a un statut ? Quand celui-ci devient-il déterminant pour que la loi soit adéquate à la situation ? Ainsi, comme l'indique Sabrine Maya Bouyahia, chez Savigny :

> « *Le siège doit être identifié à partir de l'élément le plus caractéristique de la relation de droit.*[1080] »

863. Néanmoins, cette méthode de rattachement a prouvé ses limites dans un sens pratique en raison de la complexité des relations privées qui ne statuent en rien sur un siège. En effet, Paul Lagarde dit de sa méthode qu'elle éloigne la juridiction et la situation la plus proche du tribunal élu. Cependant, des solutions peuvent se dessiner par la doctrine américaine qui met en pratique la proximité entre le lieu de l'ordre juridique et la relation du droit. Dans ce débat, Paul Lagarde relève qu'il y a un élément d'extranéité dans la réglementation des litiges qui suppose un rattachement d'un rapport de droit et l'ordre

---

[1078] *Ibid.*, p. 8.
[1079] *Ibid*.
[1080] S. M. BOUYAHIA, *La proximité en droit international privé de la famille*, thèse en droit. P.U de Paris Panthéon II, 2012, p. 8.

juridique avec en parallèle la situation du litige qui oblige les parties à convenir d'un tribunal proche :

> « *Elle exprime en matière de compétence juridictionnelle, d'une part le « rattachement d'un litige aux tribunaux d'un État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit », et d'autre part « la subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise.*[1081] »

864. Un principe qui permet une action concrète de la localisation, parfois abstraite de la relation de droit, et qui tend à mettre de côté les postulats préexistants. Rappelant au passage que l'analyse de la situation se fait sur des bases concrètes et vérifiables qui vont ensuite *in abstracto* désigner un tribunal. Ce qui induit une zone de contact ne se limitant plus à la simple relation avec la localisation, permettant ainsi de toucher d'autres juridictions pouvant être mise en cause. Donc, la solution sera issue des faits de l'espèce, ce que Catherine Kessedjian affirme en désignant que cette solution ne dépend plus des critères préétablis dans l'application de l'ordre juridique faite par lien étroit avec le droit[1082]. Ce à quoi H. Gaudemet-Tallon répond dans sa thèse[1083] en montrant que ce principe de proximité est souvent utile pour renforcer la prévisibilité des parties, elle énonce que le droit international privé reste une forme juridique faite à l'usage des parties. Pour conclure ce point, il nous reste à mentionner ce que Paul Lagarde voulait admettre :

> « *[que] Le principe de proximité n'est pas plus proche de la vérité que le principe de souveraineté.*[1084] »

865. Ainsi, le juge étant proche de la vie, des conséquences ou des causes de celle-ci, il ne peut s'en défaire même si pureté il y a dans ses intentions ; la seul arme dont il dispose c'est la modestie et la mise en application de ces lois sans qu'elles ne lui soient attribuées par proximité ou souveraineté.

[1081] P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain , *Op. cit.*, p.25s.
[1082] C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », in Mélanges en l'honneur Paul Lagarde, *Le droit international privé esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p.509.
[1083] H. GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, *Op. cit.*, p.263.
[1084] P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain , *Op. cit.*, p.194.

B. La place de la proximité dans des clauses attributives de juridiction

866. En général, le principe de proximité est un élément constitutif de la règle de conflit de compétence internationale. Elle contribue à fixer la compétence internationale elle-même. Selon Monsieur le professeur Paul Lagarde[1085], il se peut que dans un pays donné, la règle de droit énumère certains chefs virtuels de compétence internationale, qui seront retenus au final selon des causes et effets qui s'actualisent et se complètent par la présence de liens étroits entre les parties et l'État du *for*. Il rajoute que c'est ce système qui contribue le plus à la réussite du principe de proximité en droit comparé pour la compétence d'un tribunal.

867. Ainsi, Monsieur le professeur Paul Lagarde développe cette théorie par trois points généraux, qui peuvent nous indiquer un certain mécanisme lié à la compétence internationale des tribunaux d'un État[1086] :Premièrement, la théorie de l'allégeance : la compétence est induite par l'existence d'un lien étroit entre le souverain et le sujet. Phénomène dit du *« roi fontaine de justice »*[1087], qui peut encore se voir à travers les articles 14 et 15 du Code civil français. En effet, ces articles montrent que si un français est en cause, c'est au tribunal français d'être compétent par liens d'allégeance. Deuxièmement, la théorie du pouvoir physique : selon P. Lagarde, elle est à la base de toute compétence internationale des pays issus du *Common Law*. Pour ce faire, il faut que l'État du for ait une prise réelle sur le défendeur. Le cas se présente si l'ordre de comparaître devant un tribunal est stipulé au défendeur qui se trouverait physiquement dans l'État du for dit *Jurisdiction in personam.* Le cas peut se présenter aussi quand le défendeur possède des biens qui sont impliqués dans une affaire contre lui dans cet État du for. Troisièmement, la théorie des considérations de convenance ou *fairness and justice* : cette théorie repose sur des facteurs de proximité entre les parties et le for, indépendamment de l'objet du litige, sur les liens d'aspect procéduraux entre le for et les parties, comme le coût de déplacement ou le coût des preuves, enfin, sur les liens du for avec le litige, pour que le for applique son propre droit le cas échéant.

[1085] *Ibid.*, p.134.
[1086] *Ibid.*, p. 128.
[1087] A. LEBIGRE, *La justice du roi : la vie judiciaire dans l'ancienne France,* Complexe, Bruxelles, Editions Albin Michel, 1995. p.24s.

868. Donc, en ce qui concerne la théorie de Monsieur le professeur Paul Lagarde[1088], nous pouvons voir que la règle de compétence internationale ne montre que la désignation de l'État du for sans consulter le cadre national. Les tribunaux en appel au principe de proximité quand il y a présence d'une nationalité entre les défendeurs et les tribunaux désignés comme il le souligne avec les articles 14 et 15 du Code civil français sans indiquer pour autant le tribunal territorial à même d'être compétent, effaçant ainsi le caractère national de la compétence juridique. Monsieur le professeur P. Lagarde[1089] émet une approche toute différente de celle de la proximité, celle de la subordination de la licéité de la clause attributive de juridiction quand il y a présence d'un lien étroit entre le litige et le tribunal choisi. Une volonté des parties qui ne peut réellement renforcer la compétence du tribunal élu. Pour H. Gaudemet-Tallon[1090], cette théorie priverait les parties d'élire un for neutre pour régler leurs litiges dans le cas d'un contrat international.

869. Nous pouvons dire qu'à travers le principe de proximité surgissent des points négatifs et positifs, par exemple dans l'article 23[1091] du règlement de Bruxelles de 2001, aussi bien les personnes physiques que morales issues d'un État membre ne peuvent désigner compétent un tribunal extérieur, faute de quoi le principe de rattachement serait bancal. Le principe de proximité n'a pas pour but en soi de renforcer le tribunal élu mais bien de justifier une dérogation à la compétence des tribunaux de for. Il est évident que si le défendeur et l'État membre par proximité était trop fort, il y aurait vice de procédure : l'impartialité serait présente à la vue de l'une des deux parties.

[1088] P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, *Op. cit.,* p.138.
[1089] *Ibíd*.
[1090] H. GAUDEMET-TALLON, La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, *Op. cit.,* p. 317.
[1091] H. BOULARBAH, A. NUYTS et N. WATTÉ, « Le règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » in *Journal des Tribunaux*, 2002. p.161s: « *Deux modifications sont apportées en ce qui concerne les clauses attributives de juridiction. Tout d'abord, l'article 23-1 précise que la compétence résultant de la clause est exclusive sauf convention contraire des parties. L'affirmation du caractère en principe exclusif de la compétence élue n'étonnera pas : la Cour de justice l'avait déjà consacré sous l'empire de la Convention de Bruxelles. L'innovation porte plutôt sur la possibilité qui est à présent donnée aux parties de déroger à l'exclusivité. C'est une modification réclamée depuis longtemps par les juristes de Common Law, qui reconnaissent aux parties la faculté de conclure une clause attributive de juridiction non exclusive, c'est-à-dire qui a pour effet de proroger la compétence du ou des tribunaux désignés, sans déroger à la compétence des autres tribunaux qui serait fondée sur les règles de compétence ordinaires du règlement*. »

870. Dans cette caractéristique double propre à la proximité, savoir la négativité et la positivité, Monsieur le professeur Paul Lagarde[1092] se situe entre les deux, en utilisant des termes vagues, assez peu confiant sur le critère de volonté des parties pour désigner un tribunal, d'où les mots « renforcer » et « satisfaire » pour donner un peu de crédit à cette volonté des parties dans l'élection du tribunal. Les exigences de forme de la clause attributive de juridiction ne donnent pas d'aspect positif sur ce principe de proximité, elle n'atténue en rien le point névralgique du litige même se trouvant dans un pays étranger du for élu, l'article 23 de ce règlement ne mentionne pas le critère de domicile dont des exigences formelles peuvent émanés de la loi d'un pays concerné.

871. On peut souligner que dans le droit français, le principe de proximité intervient aussi de manière négative, en ce sens que pour valider une clause attributive de juridiction d'un pays étranger le lien avec le France constitue dès lors un lien bien fragile. De plus, l'article 48 du Code civil français[1093] n'arrange pas les choses, avec la licéité des clauses attributives de compétence à un tribunal étranger principalement contenu dans le contrat de travail entre un employeur étranger et un salarié français[1094].

[1092] P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain , *Op. cit.*, p.140.

[1093] Légifrance, Code de procédure civile - Article 48 : « *Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée*. ». En vigueur depuis 1976. [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr. (consultée le 05/05/2015).

[1094] P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* , *Ibid*. Cette affaire qui a examiné par la cour de cassation française. Selon Paul Lagarde, la Cour avait décidé que la clause était valable si la compétence française à laquelle il était dérogé ne reposait sur aucun des cas prévus par le Code du travail, mais uniquement sur la nationalité française du salarié (Code civil, art. 14 et 15). Une hiérarchie s'était donc établie entre les fors objectifs de compétence (lieu d'exécution du travail, domicile du salarié, lieu de conclusion du contrat, établissement de l'employeur) et le for « exorbitant » fondé sur la nationalité, en ce sens que la dérogation était possible pour ce dernier, non pour les premiers. Un nouveau pas a été franchi par un arrêt de la chambre sociale du 8 juillet 1985, qui a admis la validité d'une clause attribuant compétence aux tribunaux colombiens, insérée dans un contrat de travail conclu en France entre un Français et une société colombienne pour être exécuté en Colombie. Pour Paul Lagarde, cette solution était une surprise, car la compétence française à laquelle il était dérogé par la clause pouvait être fondée autant sur la nationalité française du demandeur (compétence à laquelle la renonciation est indiscutablement licite) que sur le lieu de conclusion du contrat (compétence objective prévue par le Code du travail quand le travail, comme en l'espèce, s'exécute en dehors de tout établissement). Cet arrêt peut être interprété en ce sens qu'il permettrait de déroger non seulement aux articles 14 et 15 du Code civil, mais encore à des chefs objectifs de compétence de faible intensité, dès lors que le contrat serait localisé à l'étranger par son lieu d'exécution. Au contraire, si le lieu d'exécution était la France, la clause désignant un tribunal étranger devrait être annulée, en raison des liens prépondérants avec la France. Chambre mixte, 28 juin 1974, Rev. crit., 1975, p. 110, note P. L., Clunet, 1975, p. 82, première espèce, note D. Holleaux, 7CP, 1974,11, 17881, note G. Lyon-Caen, Droit social, 1975, p. 458, note Lucas, Rép. Commaille, 1975, p.413, obs. Droz. Cet arrêt a été cité par le professeur Paul LAGARDE.

872. Monsieur le professeur P. Lagarde[1095] mentionne aussi les conflits de lois qui surgissent vis-à-vis du principe de proximité et d'autonomie de la volonté. Selon lui, le pouvoir localisateur de l'autonomie de la volonté exclut sa correction par ce principe de proximité, ce qui exclut en même temps un lien possible entre le tribunal élu et le litige. Ainsi le litige doit suffisamment être distant du champ juridique du for pour ne plus être exposé par son impérativité. Il en conclut que le principe de proximité ou de rattachement ne joue qu'un rôle modeste dans l'élaboration des règles de conflit de compétence internationale. Il intervient de manière positive, pour activer en quelque sorte des règles latentes de compétence internationale, prédéfinies par le droit en vigueur, et de manière négative, pour valider des clauses dérogatoires à la compétence des tribunaux du for.

873. Pour Madame le professeur Catherine Kessedjian[1096], les droits nationaux ne semblent pas prêts à admettre que, au gré de leurs appréciations, les tribunaux étendent leur pouvoir de juridiction sur les litiges plurilocalisés au-delà des limites prévues par les règles en vigueur. Pour elle, une telle extension serait comme une atteinte à la sécurité juridique : l'abandon de la compétence d'un tribunal d'un État membre par un ordre juridique si celui-ci ne voit aucun lien de rattachement avec le litige encouru ou avec le for.

874. Dans le paragraphe suivant, il nous faudra voir si ce principe de proximité a sa place dans une virtualisation des clauses attributives de juridiction, dont le lieu d'origine soulève beaucoup de problème quant à sa délimitation ou sa situation concrète.

Paragraphe 2 : L'annulation du rôle complémentaire de la proximité

875. Nous avons déjà indiqué que, dans l'espace de l'Internet, il n'existe plus de point de contact géographique pertinent. La règle de conflit de compétence internationale doit être fondée sur une nécessité intellectuelle rationnelle d'une autre nature. Depuis l'émergence de l'Internet, les conventions internationales cherchent les moyens pour adopter ce nouvel événement, ce moyen se concrétise par la modification ou l'atténuation les dispositions des conventions internationales.

[1095] P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain , *Op. cit.*, p.142.
[1096] C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », Mélanges en l'honneur Paul Lagarde, *Le droit international privé esprit et méthodes*. p.516.

876. Il convient de noter que le principe de proximité, dans la Conventions de La Haye, et le règlement de Bruxelles, est plus souples et ne mentionnent plus un lien obligatoire entre le tribunal et le litige. Ce qui, dans le point A., se résumera à la désignation d'un tribunal compétant par les parties. Et nous verrons, dans le point B., que ces tribunaux peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire de refuser la compétence choisie par des parties.

A. La liberté des parties de désignation d'un tribunal compétent

877. Passons en premier à la vision de la doctrine, qui s'interroge sur ce choix de tribunal désigné par des parties en ce sens que le lien avec le litige pouvait ne plus être présent dans le nouveau contexte de l'ère virtuelle. Avec la Convention de Bruxelles de 1968 et son article 17[1097], la doctrine montre déjà que la compétence exclusive peut s'établir en dehors de tout rapport de connexité entre le litige et le tribunal désigné, notamment repris dans l'affaire *Benincasa* que nous avons évoqué précédemment. Une solution qui est intervenu dans de nombreux cas de figure tel que l'arrêt Zelger qui rappel au point 4 que l'article 17 point *c* édicte : *« fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné »*[1098].

878. Pour Madame le professeur H. Gaudemet-Tallon[1099], il y a désormais une neutralité dans le choix du tribunal compétant par rapport aux intérêts respectifs des parties. Dans le même sens, la Cour de justice des Communautés de l'UE a accordé crédit à cette tendance, donnant ainsi plein pouvoir sur la volonté aux parties de choisir un tribunal compétent.

878. Ainsi dans l'affaire Castelli l'article 17 refait surface :

[1097] Eur-Lex, « Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in *Journal officiel* n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 0023, 2001. Article 17 : « *Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:* 1) *postérieures à la naissance du différend, ou* 2) *qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou* 3) *qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.* » [En ligne] http://www.fcgb-bgwf.be (consulté le 05/05/2015).

[1098] Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 17 janvier 1980, *Siegfried Zelger contre Sebastiano Salinitri*, 1980.

[1099] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2002, p.110.

« *Des considérations relatives aux liens entre le tribunal désigné et le rapport litigieux, au bien-fondé de la clause et aux règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi sont étrangères aux exigences*.[1100] »

879. À quoi le professur Sylvette Guillemard fait directement écho dans son travail sur la juridiction en milieu du cyberespace, avec l'article 3148 du Code civil québécois[1101]. Tout comme la Convention de La Haye et le règlement de Bruxelles, la question de cette liberté de choix sera remise en question dans les débuts du 21ème siècle : les parties sont-elles à même de pouvoir choisir le tribunal qui répondra eux mieux à leur litige ? De plus, comment un tel choix peut-il s'établir dans un litige qui oppose deux parties situées sur des lieux très éloignés où l'une des parties ne pourra se calquer sur la juridiction de l'autre de par son langage ou de par ses coutumes voir du déplacement que cela peut occasionner ? La possibilité d'une neutralité est-elle envisageable ?

880. À ces questions, en plus des contentieux liés avec Internet, les Conventions doivent réagir pour combler les pertes d'une telle finance publique. En effet, comme le souligne Madame le professeur C. Kessedjian[1102], avec pour exemple l'article 19 de la Convention de La Haye de 2005[1103], il ne serait d'avantage toléré que l'État subvienne aux sommes nécessaires pour la conduite d'un litige qui se situerait à l'extérieur, ce qui ne peut se répercuter sur les parties situées sur ce territoire. Cela étant, de manière générale, il s'agit pourtant d'une activité économique comme une autre qui fait vivre des gens et des

---

[1100] Eur-Lex, Arrêt de la Cour du 16 mars 1999. Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contre Hugo Trumpy SpA, 1999.

[1101] S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial, Op. cit.,* p.60s. Et S. GUILLEMARD, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel » In *Electronica Journal of Comparative Law*, p.19. Où elle mentionne l'article 3148 du Code civil du Québec : 1. *Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;* 2. *Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;* 3. *Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;* 4. *Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;* 5. *Le défendeur a reconnu leur compétence. Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises. Donc, il laisse entière liberté aux parties dans le choix du for désigné*.

[1102] C. KESSEDJIAN, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for.*Op. cit.,* p.9.

[1103] HccH, 2005, Convention sur les accords d'élection de for, Article 19 : « *Un État peut déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige* ». [En ligne] http://www.hcch.net (consulté le 05/05/2015).

localités. Sur ce point, peu de débat peuvent aller à l'encontre de la Convention car elle semble n'être qu'un détail mineur. Cependant, des arguments contraires apparaissent :

- Puisque les Etas contractants sont autorisés à se déclarer incompétent en vue des litiges qui ne font pas liens avec leur territoire ;
- Puisque, dans cette exclusion du principe de proximité (cf. article 25 du règlement de Bruxelles I bis), la proximité n'est plus un élément déterminant dans la formation du contrat.

881. Monsieur le professeur Olivier Cachard nous dira que le principe de proximité oblige à rendre les choses sous un angle plus global dans la relation contractuelle, ce qui « marque l'abandon de la recherche d'une localisation du contrat lui-même»[1104]. Le centre de gravité du contrat n'étant plus vraiment percevable dans les contrats virtuels, pour le professur S. Guillemard, il faut réactualiser les lois dans cet espace car un grand nombre de contrats s'y développe à une vitesse fulgurante, ce qui lui donne en partie raison de dire que « il serait trop difficile de donné une localisation déterminé, perte de temps et créations d'autres conflits, dans un contexte où le support n'est plus présent »[1105].À titre d'exemple, Madame le professeur S. Guillemard, nous livre que, dans une vente de programmes informatiques faite entre un vendeur canadien et une entreprise américaine, l'exécution s'est faite uniquement par voie numérique comme dans le livre G. Ferrera et all. Cyberlaw : text and cases[1106].

882. Quant aux autres clauses insérées ou entourant le contrat, il est fort probable qu'ils jouent autant en faveur d'un pays que d'un autre, ce qui montrer bien que la « proper law of the contract » ne constitue nullement une solution adéquate. La théorie des liens étroits devait disparaitre car elle ne répond pas avec les attentes du consommateurs ou usager d'Internet[1107]. Pour Marc Fallon[1108], c'est l'arrêt Ingmar[1109] qui montre un premier pas vers

---

[1104] O. CACHARD, *Op. cit.*, p.22.
[1105] S. GUILLEMARD, le droit international privé face au contrat de vente Cyberspatial, *Op. cit.*, p.448.
[1106] G. FERRERA et al., *Cyberlaw: Text and cases*, West/Thomson Learning, Cincinnati, 2001:
« *If the American later sue for breach of contract, the factors that the court will consider in determining the law to apply may leave it unable to do so. The place of contract, the place of negotiation, and the place of performance are all in cyberspace* ». Traduction : « *Si la partie américaine poursuit ensuite en justice son partenaire pour bris de contrat, les éléments que le tribunal devra prendre en considération pour déterminer la loi applicable le mèneront peut-être à une impasse. Le lieu du contrat, le lieu de la négociation et le lieu d'exécution sont tous dans le cyberespace*. ». Extrait p.353.
[1107] S. GUILLEMARD, *Ibid.*

l'applicabilité dans un espace du droit communautaire mais dérivé. Même si dans cet arrêt l'enjeu se dévoile sur la protection de l'opérateur économique et non sur une pertinence de proximité ou de lien avec le droit international privé. La question qui peut se poser reste celle de la limite quant au choix effectué pour le tribunal d'un État tiers ou membre, même si cette liberté semble illimitée.

B. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal

Tout d'abord, la Convention de la Haye de 2005 sur l'accord d'élection de for a eu un rôle très important dans le développement des clauses attributives et elles n'ont eu de cesse d'évolué comme nous l'avons énoncé dans les chapitres précédents. Avec un premier rapport qui s'est effectué le 29 juin 2010[1110] sur l'exécution et la révision du Règlement de Bruxelles I de 2001. Le but était d'harmoniser la question de la prévisibilité et la fiabilité en matière de choix des parties quant à la compétence juridique élue. De manière générale, cette révision a permis de poser trois règles de bases dont chacune est soumises à certaines exceptions :

- Primo, le tribunal peut décliner la compétence avant d'être désigné ;
- Secundo, le tribunal désigné comme compétent peut s'exclure par discrétion judiciaire dans un cadre de forum qui lui parait non convenant ;
- Tertio, il peut reconnaître et exécuter les décisions données par un tribunal voisin ou étranger et ce sans examen du fond de l'affaire.

883. Schulz Andréa[1111], montre de cette révision qu'il y a deux principes de droit qui apparaissent sur le fondement selon lequel un tribunal pourrait octroyer un litige devant un autre État, dont un qui s'adresse à la *Common Law*. Dans son énoncé, il varie d'un pays à

[1108] M. FALLON, « le principe de proximité dans le droit de l'union Européenne », Mélanges en l'honneur Paul Lagarde, *Le droit international privé, esprits et méthodes*, Editions Dalloz, 2005, p.259.
[1109] Eur-Lex, L'arrêt Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc., 2000.
[1110] Parlement Européen, *Rapport du 29 juin 2010, La mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale,* 2010. [Source en ligne :] http://www.europarl.europa.eu. (Consulté le 06/05/2015).
[1111] A. SCHULZ, « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », in *Doc. Prél. N°18 du HccH*, 2003, p 1-36. [En ligne] http://www.hcch.net (consulté le 06/05/2015). J. FAWCETT (éd.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.

un autre, mais en général, ce principe permet à un tribunal compétent de surseoir à statuer ou de se dessaisir de l'instance s'il constate qu'un for serait plus approprié. Le second principe envisage un sursis ou un engagement discrétionnaire qui implique au préalable une évaluation de tous les facteurs pertinents du litige en cours, bien qu'il se puisse que la procédure ait été faite ultérieurement devant un autre tribunal, facteur qui devra être pris en compte comme le souligne le rapport de Hartley-Dogauchi[1112].

884. À cet égard, on retrouvera dans cette révision les termes *« peuvent refuser »,* une déclaration qui a un pouvoir discrétionnaire car dans les systèmes de droit, les tribunaux ont aussi une liberté de choix vis-à-vis de leur propre compétence tout comme elles peuvent mettre en doute la compétence établie. Inversement, dans les systèmes où le droit n'est pas identique, il sera possible pour les tribunaux de bénéficier de pouvoir discrétionnaire comme le mentionne l'article 19 de la Convention de La Haye de 2005 comme indiqué supra. Dans cette convention, la politique veut exclure les situations qui sont purement internes à son champ d'application comme l'indique l'article premier[1113]. Mais la politique qui sous-tend l'article 19 est inverse car l'article 5 de cette même convention, montre que le tribunal ne pourra se défaire de sa compétence aux affaires qui sont purement étrangères. L'article 5 indique un refus possible de connaitre les litiges provenant d'un accord d'élection de for de la part du tribunal saisi, quand celui-ci ne perçoit pas de liens entre l'État et les parties et/ou le litige[1114].

[1112] T. HARTLEY et M. DOGAUCHI, Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, HccH, 2005, p.119.

[1113] HccH, Convention sur les accords d'élection de for, Article 1 : « 1. *La présente Convention s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile ou commerciale*. 2. *Aux fins du chapitre II, une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État*. 3. *Aux fins du chapitre III, une situation est internationale lorsque la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger est requise* ».

[1114] HccH, Convention sur les accords d'élection de for, Article 5 : « 1. Le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant désignés dans un accord exclusif d'élection de for sont compétents pour connaître d'un litige auquel l'accord s'applique, sauf si celui-ci est nul selon le droit de cet État. 2. Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige. 3. Les paragraphes précédents n'affectent pas les règles relatives : a) à la compétence d'attribution ou à la compétence fondée sur le montant de la demande ; b) à la répartition interne de compétence parmi les tribunaux d'un État contractant. Toutefois, lorsque le tribunal élu dispose d'un pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire, le choix des parties est dûment pris en considération ».

885. Alors que certains pays sont favorables pour laisser un choix pertinent des parties sur la compétence juridique, d'autres y voient une charge injustifiée s'ajoutant à leur propre système juridique, montrant qu'il y a des défauts de compétence dans ce pays alors que rien n'est fondé, même si l'article 19 vient au final soulager cette dernière catégorie de pays. Cela étant, la disposition sous le terme « nullité » ne peut s'appliquer que sur des causes matérielles, visant principalement des motifs très généraux et très reconnus tel que l'erreur judiciaire ou humaine, la fraude, le dol, la violence et l'incapacité. Donc, par ce principe, elle n'émet aucune restriction aux exigences de forme de l'article 3*c*[1115] qui écarte le droit national sur la forme des clauses attributives de juridiction.

886. Ce qui porte à croire que le tribunal élu, sauf si l'accord est considéré comme nul, doit se saisir obligatoirement du litige, de par son exclusivité et de par une théorie immanente du *forum non conveniens* car l'attente des parties est tout à fait légitime en vue de leurs risques établis dans leurs choix. Mais des exceptions existent bien sans y rajouter tout le mécanisme complexe du *forum non conveniens*[1116].

887. Quant au stade du règlement de Bruxelles, il y a sur ce point une différence entre la Convention et le règlement de Bruxelles I. : la clause confère nécessairement *« une compétence exclusive au tribunal choisi »* ; en revanche dans ce règlement (art. 25-1°), il admet la possibilité d'une *« convention contraire des parties »*, ce qui, selon H. Gaudemet-Tallon, montre une concession aux juristes du *Common Law* qui *« ont toujours été réticents à admettre le caractère exclusif de l'attribution conventionnelle de compétence »*[1117]. Elle rajoute qu'en vertu de ce nouveau règlement, les parties pourront dorénavant manifester leur intention de ne pas faire produire à la clause un effet exclusif. De ce fait, si les parties n'utilisent pas cette faculté, la clause donnera une compétence qui deviendra exclusive au tribunal élu dès lors que cette convention est applicable. Gaudemet-Tallon nous dis enfin que :

[1115] HccH, Convention sur les accords d'élection de for, Article 3 c) : « un accord exclusif d'élection de for doit être conclu ou documenté : i) par écrit ; ou ii) par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement » 2005. [En ligne] http://www.hcch.net (consultée le 05/05/2015). Cf. Rapport Hartley-DOGAUCHI (HccH), *Op. cit.*,

[1116] L. MARTINET, O. AKYUREK, et les Cabinets J. DAYLA, « Théorie du forum non conveniens dans les pays du Common Law » In *Petites affiches n° 186-5*, 2006, p. 1. [En ligne] http://www.jonesday.com (Consultée 21/03/2015).

[1117] H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 2002, p.112.

> « *Le défendeur régulièrement assigné ne peut contester la compétence du tribunal ainsi choisi. Et si, au contraire, le demandeur l'assigne devant un autre tribunal, il lui suffira de soulever une exception d'incompétence fondée sur la clause pour que le tribunal saisi se déclarer incompétent*.[1118] »

888. S'en dégage in fine, dans cette question de l'exclusivité du choix des parties, deux hypothèses :

- Les parties choisissent un tribunal dans les États membres ;
- Les parties choisissent un tribunal hors des États membres.

889. Dans la première hypothèse, les parties peuvent, *a contrario* d'un choix spécifiquement dédié à la compétence, se contenter d'avoir une vision d'ensemble des lois de tel ou tel État. C'est alors à la loi de cet État d'élire un tribunal compétent avec ses règles internes. Dans la mesure où ses règles sont inutilisables, le litige n'ayant aucun lien avec cet État, il faudra consigner que le demandeur puisse opter pour une autre option dans cet État sans qu'il y ait de vices de compétence. Comme nous le révèle Madame le professeur H. Gaudemet-Tallon,

> « *Le respect de la volonté des parties ne permet pas de dire que la clause est inopérante au motif que les règles de compétence de l'État choisi ne désignent aucune juridiction de cet État*.[1119] »

890. Nous rappelons que la situation a changé, car la nouvelle version de la Convention de Bruxelles I bis n'exige pas le critère de domicile pour valider les clauses attributives.

890. Dans la deuxième hypothèse, la doctrine constate qu'il n'y a pas d'exclusivité du tribunal choisi lorsqu'aucune des parties ne résident sur le territoire d'un État membre où le règlement de Bruxelles de 2001 et son article 17 est de vigueur. Dans cette hypothèse, si le tribunal est saisi et qu'il rejette sa compétence, un autre tribunal de substitution pourra faire surface dans ce même État. *A contrario*, si le demandeur a saisi le tribunal d'un autre État communautaire, en contradiction de la clause établie, le tribunal pourra surseoir à statuer tant que celui-ci n'aura pas rejeté sa compétence. De plus, il y aura surement obligation de surseoir à statuer pour le juge saisi au mépris de la clause, dans le cas où celui-ci a été saisi par l'autre partie. En revanche, si le juge élu n'a pas été saisi par l'autre

[1118] *Ibid*.
[1119] *Ibid*, p.113.

partie, il semble peu probable que le juge effectivement saisi soit tenu de demander au juge élu s'il s'estimerait compétent au cas où il serait saisi, une indication que l'article 17 alinéa 2 et l'article 23 alinéa 3 éclaircit en faveur d'une meilleur désignation de compétence alors que le litige ne donne en rien de réel lien avec la Communauté[1120].

891. Pour conclure ce paragraphe, concernant l'effet de la clause effectué entre les parties dont une au moins réside sur le territoire de l'État membre, H. Gaudemet-Tallon[1121] nous signale que, au cas où un accord se fait pour limiter la portée de la clause, cette limitation devra être respectée sinon la clause attributive de juridiction relative aux litiges liés à l'interprétation et à l'exécution du contrat ne sera pas réalisable en vue d'une demande d'annulation du contrat.

[1120] *Ibid*.
[1121] *Ibid*.

Conclusion Titre 2

892. Le consentement électronique, en le rapprochant avec la notion d'écrit, a contribué à l'essor de la validité des clauses attributives. Les Conventions internationales ont eu pour objectif de rendre possible l'application de telles clauses dans le cyberespace. En effet, nous avons vu que l'autonomisation des parties avait, au fil du temps, pu se révéler être une bonne protection pour le consommateur.

893. Dans les articles des différentes Conventions entrevues, l'autonomie a permis une prévisibilité et une sécurité juridique aux parties, quand ces dernières étaient totalement déconnectées du support papier. En fait, les besoins des parties restent simples : savoir à l'avance et avec certitude l'endroit où la juridiction sera à même de pouvoir trancher un litige de manière impartiale. Dans cette perspective, on comprend mieux l'annulation du rôle de proximité ou de rattachement car ce rôle renforçait de façon quasi exclusive le tribunal le plus proche, ce qui sous-entendait qu'aucune dérogation n'était envisageable, plaçant ainsi les parties dans un postulat de souveraineté ou de soumissions étatiques. Par la suite, la Conventions de La Haye en 2005 ou le règlement Bruxelles en 2012), bien qu'il y ait toujours des divergences, ont adopté la position de ne plus prendre le domicile des parties pour mettre en lien la juridiction issues des États membre.

894. Donc, elles ont fixé leur choix vers une autonomie des parties dans le cadre de l'élection d'un tribunal compétent. Les parties ont également la possibilité de faire appel à un État qui pourra déterminer le tribunal compétent. Le résultat est que les parties sont capables d'identifier les lois qu'ils leurs seront favorables tout en intégrant la possibilité d'avoir recours à un État non membre. De ce point de vue, même si nous avons vu qu'il faisait débat, ce « choix » des parties semble satisfaire à la nature même d'Internet, c'est-à-dire, une possibilité sans frontière. De ce fait, l'espace juridique disparait un court instant pour limiter ou délimiter les règles qui leur seront adaptées. Désormais, ce sont les parties qui devront bien se renseigner sur la qualité des juridictions, des lois, des juges voir des États, sans compter sur les dépenses possibles et prévisibles si un tel choix s'avère utile.

895. Nous pouvons souligner que cette tendance a eu au moins le mérite de désigner ou qualifier les inégalités et les défauts en matière de conflits de lois, ce qui a amené de

surcroit une concurrence féroce entre les différentes juridictions qui tentent depuis lors à améliorer leurs règles pour se confronter au cas les plus difficiles.

896. Dans ce processus concurrentiel, nous observons donc une amélioration des lois au fil des années. Mais, il reste encore du chemin à parcourir, car s'il a fallu attendre 2005 voire 2012 pour enfin cibler plus correctement une règlementation visant Internet, il faudra que les conventions internationales s'intéresse davantage aux nouvelles technologies de communication et d'information (NTIC), afin de réduire le risque de lacunes et de mettre en péril un consommateur souvent peu réactif vis-à-vis des règles contractuelles. En plus des frontières géographiques, nous devons indiquer aujourd'hui que se sont les frontières sociales qui se sont résorbées. Par ailleurs, on distingue dans certaine situation une forntière entre patron et salarié, entre le consommateur et le professionnel, entre entreprise, professionnel et amateur. Bien d'autres phénomènes sociaux doivent être prise en compte par les différents États et leurs juridictions.

Conclusion de la seconde Partie

897. Dans cette seconde partie, nous avons vu que les conventions internationales se sont muées pour redéfinir la notion de l'extranéité par rapport aux différents enjeux visant Internet. La question principale était de déterminer la localisation de la conclusion et/ou de l'exécution d'un contrat virtuel. À travers les différentes démarches conventionnelles, plusieurs tentatives ont été retenues pour voir comment se construisait le réseau ou le contenu d'un réseau pour répondre aux différents aspects de formes et de fond. Autrement dit, en comprenant mieux le fonctionnement du réseau et des différents services issus du web 2.0 et des différents supports de communication, les conventions ont enfin su se mettre à jour par rapport à certaines nouvelles technologies. Nous pouvons donc conclure que le rôle des Conventions internationales est de développer des solutions juridiques pour améliorer la relation entre les règles de conflit de compétence et l'environnement qui évolue en dehors du cadre juridique intren.

CONCLUSION GÉNÉRALE

898. Après avoir réalisé ce travail d'immersion et de comparaison des multiples aspects des systèmes irakien, français et américain, nous nous devons de dresser un bilan. Très certainement, notre étude relative à l'encadrement juridique des règles de conflit de compétence internationale fait ressortir quelques points de divergence et convergence entre les trois systèmes que nous avons étudiés.

899. Il est pertinent de s'interroger sur le besoin de mettre en place de nouveaux principes et procédures juridictionnels face à l'essor international du commerce électronique. Notre thèse a montré que les règles irakiennes de conflit de compétence internationale ne sont pas aujourd'hui adaptées afin de résoudre efficacement certains conflits liés à la compétence dans les litiges contractuels sur Internet. En effet, elles présentent une série de lacunes et, de ce fait, laisse souvent dans le flou les parties qui sont à la recherche de points de repères. Autrement dit, les critères pour juger de la compétence ne sont donc plus en adéquation face aux enjeux et défis offerts par les contrats virtuels de plus en plus nombreux en Irak. Dès lors, lorsqu'il est confronté à une lacune des textes de loi et une absence de directives claires et précises, le législateur irakien renvoie aux principes généraux de droit international privé (justifiée par l'article 30 du Code civil irakien). La doctrine n'est alors pas suffisamment précise car elle laisse au juge la délicate tâche de trouver la règle de conflit adéquate à la lumière des principes généraux de droit international privé. Cette mission suppose la connaissance, à un degré élevé, du droit comparé. Ce dont on peut douter vu la situation actuelle des juridictions irakiennes en raison de la méconnaissance des langues étrangères et du défaut de formation à cette discipline. Par conséquent, dans le futur, le juge aura besoin d'être encadré par des textes et principes généraux, constituant ainsi des bornes et des normes renouvelées, dans la mesure où le droit irakien ne reconnaît pas, en général, à la jurisprudence un pouvoir créateur de règles juridiques[1122] .

[1122] H. AL DABBAGH, « Regard critique sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien », *Op. cit.*, p.921.

900. Bien que de nombreuses études, en droit interne et en droit international privé, aient déjà été réalisées sur une thématique de recherche identique à la nôtre, nous considérons que les débats sont loin d'être clos. Pour appuyer ce propos, il s'agit de regarder à quel point la jurisprudence en matière d'élection de for est féconde. Bien évidemment, cela signifie que de nombreuses difficultés liées à ce sujet particulier sont bel et bien présentes, tant d'un point de vue théorique que pratique. En réalité, les aspects qui posent le plus de problèmes correspondent à la détermination du tribunal compétent qui est applicable vis-à-vis des conventions d'élection de for, mais également à la protection de certaines parties considérées comme étant plus faibles. Au regard de cette situation et des réponses insatisfaisantes qui ont été apportées jusqu'ici, nous avons donc souhaité mener une recherche plus poussée sur ce sujet épineux.

901. Dans la première partie, nous avons mis en relief l'inadaptation des règles traditionnelles par rapport aux relations cyberspatiales. En fait, nous avons largement questionné ce sujet en examinant les approches proposées en France et aux États-Unis. Sur cette base, nous sommes en mesure d'affirmer qu'il existe un réel besoin d'adaptation de la norme. Pratiquement, nous suggérons qu'il est nécessaire de réconcilier l'encadrement législatif du cyberespace avec le contexte spécifique dans lequel il évolue. C'est pourquoi, une réforme juridique devrait être entamée. Cependant, les points de vue divergents quant à la mise en œuvre d'une telle réforme. En effet, d'un côté, certains considèrent que le cyberespace demande la création d'un ensemble de règles matérielles spécifiques qui se substituerait totalement à la méthodologie conflictuelle. De l'autre côté, la vision correspondrait plutôt à une adaptation des règles de conflits classiques, en élaborant d'autres critères plus adaptés aux relations commerciales sur Internet. De notre point de vue, bien que l'adaptation des règles classiques soit déjà considérée comme un pas en avant en comparaison à la situation actuelle, nous pensons qu'une démarche nettement plus fondamentale devrait être menée.

902. Il convient de se questionner sur les aspects élémentaires qui forment et caractérisent l'environnement global d'Internet, notamment sur le thème de la circulation des biens et de la transformation des moyens de communication. Ces deux éléments doivent impérativement faire l'objet d'une réflexion plus poussée afin de revenir aux racines d'Internet. Ce n'est qu'après avoir dégagé les particularismes du droit au regard des spécificités propres à Internet que nous pouvons ensuite recourir à une perspective

nettement plus large. le questionnement se porte alors sur l'équilibre délicat entre le changement normatif et le changement technique. Puisque le contexte social évolue, le droit tout comme les principes du droit international privé sont obligés de s'adapter. La question épineuse est donc de savoir comment une telle transformation doit se mettre en place.

903. En droit irakien, les critères d'attribution de la compétence du contrat sont liés au domicile du défendeur, parfois à celui du demandeur, ou encore au lieu de la conclusion et de l'exécution du contrat. Il faut garder à l'esprit, qu'il est très difficile de transposer les règles générales ou classiques du contrat car elles ne sont pas forcément adaptée au commerce électronique. En vérité, le droit du commerce est par essence relativement conservateur. Tandis que le droit du commerce électronique se caractérise par une certaine fluidité et volatilité, mais aussi immatérialité. Dès lors, les règles qui encadrent ce type de contrat se doivent d'être adaptées à ses spécificités différentes du contrat classique.

904. La fixation des règles devient vraiment plus difficile dans un environnement en constante transformation. une autre différence importante est à mettre en évidence, à savoir le caractère international que peut parfois avoir le contrat interne. Il est donc difficile de l'appréhender uniquement par la vision classique du traitement juridique du contrat.

905. En réalité, ces aspects dépassent le cadre des frontières de l'État, et même largement, mais ils sont automatiquement réglés par des principes issus du droit interne. Ainsi, bien que certains éléments des législations françaises et américaines furent adaptés pour répondre aux problématiques posées par Internet, il apparait néanmoins que les règles généralement appliquées soient encore insatisfaisantes au regard de la complexité de cet environnement. En plus, les règles de conflits de compétence internationale n'ont presque pas été modifiées, que ce soit dans le droit irakien, français ou américain. Sachant que les rapports internationaux qui se produisent sur Internet se transforment plus rapidement que les règles de conflit de compétence internationale, la distance entre la réalité et les règles appliquées ne fait que croitre.

906. Dans le droit irakien, le cadre actuel n'est plus suffisant dans ce domaine. En effet, de nombreuses insécurités apparaissent de plus en plus. De leur côté, les commerçants rencontrent de nombreuses difficultés pour déterminer le tribunal compétent, mais également pour comprendre les règles qui régissent leur litige. Au quotidien, les

responsables de sites de vente en ligne doivent savoir à quel système juridique ils auront affaire en cas de litige, devant quel tribunal ils seront jugés et quelles sont les mesures de protection des consommateurs sont applicables dans leurs cas.

907. Puisque les législations nationales sont inadaptées au cadre international des transactions en ligne et à l'essence même de ces transactions, à savoir l'immatérialité, nous considérons que l'homogénéisation des règles de compétence devrait revêtir un caractère flexible. D'autant plus, dans cet environnement hautement volatile et changeant, il convient d'appliquer des régimes juridiques qui peuvent plus facilement se transformer pour coller au plus près de la réalité et des évolutions rapides d'Internet en général et du commerce électronique en particulier. Du fait de la nature internationale en tant que caractéristique inhérente à Internet, les États peuvent s'appuyer sur des conventions internationales, que ce soit bilatérales ou multilatérales dans le domaine du droit international. Dans celle-ci, un des éléments essentiels correspond aux dispositions sur l'identification de la juridiction compétente lors de litiges relatifs aux contrats électroniques. Une des avancées importantes au niveau des conventions internationales a été le phénomène d'atténuation des règles de conflit de compétence internationales afin qu'elles soient applicables aux litiges découlant des transactions sur Internet. Tout particulièrement, nous mettons en avant la possible adoption de l'article 7 (1) (b) du Règlement de Bruxelles version 2012, qui encadre la définition du lieu d'exécution des contrats numériques. De même, l'article 17 de ce règlement concernant la protection du consomateur.

908. Au regard de la situation actuelle de la Convention arabe Riyad pour la Coopération judiciaire 1983, nous pensons qu'une convention devrait être adoptée afin de suivre au plus près l'évolution des nouvelles technologies de l'information et de la communication. De même, on encourage l'Etat irakien de ratifier la convention de la Haye sur les accords d'élection de for de 2015 et celle-ci convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux 2005 . Cette ratification va renforcer la coopération entre les autres pays afin d'unification des règles de droit international privé et des règles de conflit de compétence internationale, d'un part, dans un autre part, elle va renforcer la commerce électronique.

909. Cependant, tous les spécialistes du droit international ne s'accordent pas sur le principe même de légiférer de commun accord les contrats classiques et les contrats

électroniques. En fait, toute la difficulté de sécuriser les transactions en ligne au niveau international réside dans une harmonisation mondiale des règles juridiques en la matière. Dans une telle démarche, il convient de mettre en œuvre un travail assidu au niveau international, afin d'arriver à un encadrement satisfaisant des règles de conflit tout autant qu'en matière de contrat virtuel. Toutefois, ce n'est pas une tâche aisée à déployer tant les divergences entre les nations sont nombreuses et souvent entretenues. Pour ce faire, il est nécessaire d'œuvrer dans une parfaite coopération internationale, de se mettre d'accord sur un principe et des règles communes, ainsi que de déterminer précisément les procédures les plus justes pour le commerce électronique. Nous pensons qu'il faut valoriser et favoriser le dialogue international dans le domaine du droit informatique. La direction doit être générale ou généralisable et les solutions doivent être trouvées dans le droit international privé.

910. Revenons au cas particulier de l'Irak. Dans un premier temps, nous pensons que la démarche que le législateur devrait adopter est de mettre en place une loi spécifique encadrant le commerce électronique, mais également de déterminer précisément de nouvelles règles en matière de conflit de compétence internationale des contrats électroniques. Sachant que le développement du commerce électronique est bénéfique, tout autant pour les consommateurs que pour les commerçants, il est essentiel de redéfinir l'encadrement de ces transactions. Ainsi, pour favoriser le commerce électronique en Irak, il est impératif de maintenir un certain degré de confiance, tant de la part des consommateurs que des professionnels.

911. Nous le constatons dans cette thèse, les matières du droit international privé irakien se trouvent aujourd'hui dispersées entre le code civil (conflit de lois et conflit de juridictions), le code de procédure civile, la loi sur le statut personnel des étrangers n° 37 année 1931, la loi sur la nationalité (n°26 année 2006) et la loi sur l'exécution des jugements étrangers (n°30 année 1928). Dès lors, afin de soulager la tâche du législateur et des représentants de la justice, mais aussi pour faciliter l'appréhension de ces matières, nous suggérons au législateur irakien de rassembler, codifier et moderniser l'ensemble des éléments ayant pour dénominateur commun la réglementation de la vie privée internationale. Autrement dit, réunir tous ces textes en un seul code permettrait, d'une part, de faciliter la tâche du juge dans les conflits relatifs à la vie privée internationale et aiderait, d'autre part, à la clarté, à la concordance des textes et à la diminution des erreurs

d'interprétations. Prenons pour exemple concret les législations étrangères plus modernes, comme le droit international privé belge, en vigueur depuis le 1er octobre 2004, le droit international privé Suisse entré en vigueur en 1987, ou encore le droit tunisien en 1998[1123].

912. En considérant que l'élément d'extranéité est omniprésent dans le domaine des contrats électroniques et du caractère immatériel d'Internet en général, il nous parait important que le législateur se base sur des critères de rattachement qui ne soient pas trop rigides, tels que les liens territoriaux par exemple. C'est la raison pour laquelle nous suggérons d'adapter la vision de la doctrine française qui considère tous les litiges sur Internet comme de nature internationale, sauf preuve du contraire. Cette solution aura pour impact de renforcer la prévisibilité des parties.

913. Une des solutions envisagées est de développer plus amplement la détermination du tribunal compétent par les parties elles-mêmes. Dans ce cas, les règles seraient alors basées sur le principe de la liberté contractuelle afin de résoudre le problème d'inefficacité du critère de localisation. Cependant, au regard du faible développement des clauses de juridictions stipulées dans un contrat virtuel, il convient d'abord de communiquer sur l'importance de telles clauses et surtout sur la sécurité juridique qu'elles génèrent pour les deux parties, tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Aussi, en se détachant du critère lié à la localisation et en se rapprochant des critères basés sur la liberté contractuelle, le législateur irakien tend vers une plus grande prévisibilité. Ce qui n'est pas négligeable car cette démarche évitera l'apparition de nombreux conflits. Finalement, nous considérons, à l'instar de Michel Vivant, que cette liberté contractuelle n'est certainement pas une « coquetterie »[1124], mais plutôt un réel moyen de rendre les règles de conflit de compétence internationale plus efficaces.

914. Comme nous l'avons déjà évoqué, c'est la nature même d'Internet qui produit cet effet, reste à savoir comment résorber les effets pour éviter les lacunes futures. Remettant ainsi les notions de territoires, de limites, de domiciles, de frontières, dans son contexte contemporain et non coutumier, ce qui a pour conséquence de renouveler la formulation du texte juridique en prenant en compte l'évolution des technologies. Mêmes si les normes

[1123] Cette proposition a déjà été soumise par la doctrine irakienne, *Cf.* H. AL DABBAGH, « Regard critique sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien », *Op. cit.*, p.923s.
[1124] M. VIVANT, *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999, p. 86.

personnelles semblent offrir plus de souplesse (elles ne sont pas limitées aux frontières) et plus d'adéquation avec Internet, il faut rester prudent sur cette disparité territoriale, qui met en exergue un temps procédural décuplé par le manque d'information quant aux origines territoriales du litige et permettant ainsi a certain pays de se déresponsabiliser du litige en cours.

915. Nous l'avons démontré, le principe de la proximité introduit les liens les plus étroits entre les parties et le tribunal. Il joue un rôle négatif ou positif dans le choix des clauses attributives de juridiction. Ainsi, nous invitions le législateur irakien à annuler ou atténuer le principe de la proximité, comme un élément dans la constriction des clauses attributives du contrat à l'instar des conventions internationales. En ce sens, d'une part, nous estimons que ce principe ne correspond pas à la nature des litiges sur Internet, et d'autre part, la proximité n'est plus un élément déterminant dans la formation du contrat. L'objectif est alors d'éviter de se focaliser sur ce principe afin de considérer d'autres éléments des litiges pouvant faciliter les procédures et respecter l'intérêt des parties. Le principe de la proximité n'est donc pas un principe « sacré ». Dans ce contexte, pour favoriser la mise en place de cet objectif l'État peut aider les parties à la récolte des sommes nécessaires pour la conduite d'un litige se situant à l'extérieur du territoire. Les parties auront de ce fait la liberté de choisir la juridiction la plus appropriée qu'il soit, sans se référer obligatoirement au principe de la proximité. Cette annulation ou atténuation de ce concept va à la fois renforcer les clauses attributives du contrat et encourager la bonne tenue du commerce électronique. Enfin, elle va aussi mener à la suppression de certains privilèges en la matière des tribunaux nationaux.

916. Nous constatons que le développement du commerce sur Internet et les nombreux actes qui y prennent ont un réel impact sur le concept du contrat classique. L'un des effets est d'élargir son champ d'action et de complexifier sa nature. Dès lors, afin de faciliter l'adaptation de législation à ce type du contrat, il est préférable selon nous de distinguer automatiquement le vocabulaire utilisé, en parlant de contrat dit « virtuel », pour le différencier du contrat classique. Pour des raisons techniques et juridiques, cela nous donne un indice que le contact physique n'a pas obligatoirement eu lieu lors de l'exécution ou de la conclusion du contrat dit « virtuel ». Ainsi, l'utilisation de ce terme permet d'être plus souple et en adéquation avec les multiples évolutions que connait actuellement la sphère digitale qui impacte inévitablement la nature du contrat sur Internet. Face à ce besoin, nous

souhaitons voir le législateur irakien mettre en œuvre une théorie complète au sujet de ce contrat « virtuel ».

917. En fait, l'efficacité ne peut se résoudre que par la volonté de l'État et des parties à être limpides sur leurs localisations et leur compétence, ce qui toutefois occasionnera de la concurrence (déjà mise en place par nos frontières). Mais l'efficacité obtenue sur terrain physique n'aura pas le même résultat que sur un terrain virtuel car il n'existe toujours pas de juridiction de l'espace web. Il convient alors de rechercher de nouveaux critères de rattachement qui tiennent compte de l'évolution technologique. Madame le professeur Sylvette Guillemard est de cet avis :

> « *Les facteurs de rattachement se doivent d'évoluer en phase avec les moyens techniques. De ceux utilisés traditionnellement, les plus appropriés sont ceux qui reposent sur les éléments matériels propres aux contractants. Ce qui fait réellement (…) le lien entre le monde virtuel et la terre, et dont la matérialité ne fait aucun doute, ce sont les acteurs, les parties au contrat cyberspatial*.[1125] »

918. Par ailleurs, nous avons également constaté que l'efficacité des règles en droit international privé se base sur deux grands principes, notamment en ce qui concerne l'efficacité des règles de conflit de compétence internationale. Premièrement, avec le principe de prévisibilité, les parties ont la capacité de savoir quel sera le tribunal compétent pour résoudre leur litige. Elles y gagnent en clarté et en temps. Deuxièmement, il faut prendre en compte le principe de la neutralité d'Internet (à l'origine c'est un principe technique qui selon nous doit devenir un principe de droit) et l'intégrer aux règles droit international privé irakien qui seraient harmonisées aux normes internationales. L'impartialité de ces règles est tout aussi primordiale pour éviter de privilégier les parties nationales des parties étrangères. Aussi, il est important de prendre en considération la nature des litiges internationaux, qui ne peuvent être traités comme des litiges internes. C'est une nouvelle fois la raison pour laquelle nous proposons au législateur irakien d'harmoniser, de codifier ou de modifier les règles de conflit de compétence internationales au regard des différents aspects abordés, afin qu'elles soient davantage efficaces et claires pour le juge, et pour les parties.

[1125] S. GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, *Op. cit.*, p.493.

919. Nous devons trouver un instrument capable de faire le lien entre l'espace virtuel et les éléments des règles de conflits de compétences internationale. Il se devrait alors de faciliter le respect de la souveraineté et des valeurs des Etats, ou encore, de créer des règles qui renforcent le commerce électronique et protègent des parties du litige. *In fine*, force est de déduire que les transactions à distance se multiplient et qu'on ne peut plus se satisfaire des critères traditionnels pour résoudre les litiges électroniques. Le droit international privé seul ne peut les résoudre efficacement. On doit rechercher d'autres règles qui correspondent à la fois à Internet mais surtout aux attentes des citoyens.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages

ABDUL GHANI (H.A.D), L''interprétation de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises, Dar Al-Nihda, 2001.

AL-BAKRI (A. B), *L'introduction au droit et la loi islamique – partie 1* [titre traduit de l'arabe], Publication de l'Arts de Najaf, 1972.

AL-FADHLI (J.), *Brève des contrats civils, vente, contrat de bail* [titre traduit de l'arabe]. Baghdâd, publications de l'Alatk. Deuxième édition. 1999.

AL-FAKHRIE (A. M.), *Etude comparative en droit international privé* [titre traduit de l'arabe], Baghdâd, 2007.

AL-QUDAH (M.), L'exécution de contrat de vente international de marchandises, P.U. de Reims Champagne-Ardenne, 2007.

ALLAND (D.), et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F, Paris, 2003.

AHMED (M), « *Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité* », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol.337, 2009.

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4e éd., Dalloz, Paris, 2001.

ARNAUD (A.-J.), Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État, L.G.D.J. « Droit et Société », Paris, 1998.

ARNAUD (A.-J.), *Repenser un droit pour l'époque post-moderne*, Le courrier du CNRS, 1990.

AUBERT (J.-L.), *Le consommateur et ses contrats*, Editions Juris-classeur, Paris, 1999.

BALDAWI (A. A.), La stipulation pour autrui : étude historique et analytique, spécialement en droit suisse et français, [S.l.] : [s.n.], Genève, 1954.

BATTIFOL (H.) ET LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, tome 1, 8e éd., L.G.D.J., Paris, 1995.

BAUMGARTNER (S.), The proposed Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments: Transatlantic Law Making for Transnational Litigation, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, 13e éd., 2012.

BENYEKHLEF (K.), Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation, Éditions Thémis, Montréal, 2008.

BITAN (H.), Droit des contrats informatiques et pratique expertale, Wolters Kluwer France, Paris, 2007.

BLANCHIN (C.), L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, P.U. de Paris II, L.G.D.J., 1995.

BLIBECH (K.), *L'horodatage sécurisé des documents électroniques*, Thèse de doctorat en Informatique, 2006.

BOCHUBERG (L.), *Internet et commerce électronique*, 2ème édition Delmas, Paris, 2003.

BOCQUET (C.), *La traduction juridique : fondement et méthode*, De Boeck Supérieur, Bruxelles, 2008.

BOELE-WOELKI (K.) et KESSEDJIAN (C.) (dir), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies?*, Kluwer Law International, 1998.

BONELL (M. J.), An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

BORILLO (A.), VETTERS (C.) et VUILLAUME (M.), *Regards sur l'aspect*, Rodopi, 1998.

BORN (G.) International civil litigation in United States courts: commentary & materials, Boston: Kluwer Law International, 3rd, 1996.

BOTIVEAU (B.), *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman*, Aix-en-Provence, Karthala, 1993.

BOUVERESSE (A.), *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, De Boeck, Bruxelles, 2010.

BRAUDO (S.), *Dictionnaire de droit privé*, [En ligne] http://www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php, 1996.

BREESE (P.), Guide juridique du commerce électronique, Vuibert, 2000.

BUCHER (A.), *La dimension sociale du droit international privé*, Académie de droit international de La Haye. 2011.

CACHARD (O.), La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J., 2002.

CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, 2e éd., L.G.D.J. 2011.

CACHARD (O.), *Droit international privé*, Paradigme, 2010.

CADIET (L.), et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 7e éd., LexisNexis, 2011.

CAPRIOLI (E.), Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, LexisNexis, 2002.

CAPRIOLI (E.), Sécurité et confiance dans le commerce électronique : signature numérique et autorité de certification, J.C.P.G., n° 14, 1998.

CAPRIOLI (E.), Variations sur le thème de l'archivage dans le commerce électronique, Petites Affiches, 1999.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, tome 4 : Les obligations*, P.U.F, coll. « Thémis », Paris, 1992.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 27e éd., 2002.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, tome 1 : Les Personnes*, P.U.F., coll. « Themis », 21e éd, 2000, n°51.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, L.G.D.J. 10ème Edition Lextenso, 2001.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, « Pour une sociologie du droit sans rigueur », 8éme éd., L.G.D.J., 1995.

CARLIER (P.), L'utilisation de la Lex Fori dans la résolution des conflits de lois, Thèse de doctorat, P.U. de Lille, 2008.

CASAD (R.) et RICHMAN, (R.), Compétence dans les affaires civiles: base territoriale et limites du procédé sur la compétence de l'État fédéral et des tribunaux, vol. 1 & 2, 3e éd., Charlottes-Tesville, 1998.

CASTEL (J.-G.), Les approches des systèmes de droit international privé et les conventions internationales. Internalisation du droit, internalisation de la justice, 2010. Internalisation du droit, internalisation de la justice 21-23 juin 2010 Cour suprême du Canada Ottawa. [En ligne] http://www.ahjucaf.org.

CATALAN (J.-F.) et GREISCH (J.), *Le Droit*, Beauchesne, 1984.

CHATILLON (S.), *Le contrat international*, 4e éd., Paris, Vuibert, 2011.

CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.), *Droit des affaires*, Editions Bréal, Paris, 2007.

CHARBONIER (M. N.), *La formation et l'exécution du contrat électronique*, thèse sous la direction du professeur Jérôme Huet, Paris II, octobre 2003.

CNUDCI, Annuaire de la Commission Du Droit International, United Nations Publications, 2001.

COIPEL (M.), *Quelle réflexion sur droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale*, dans Gouvernance de la société de l'information, Bruylant, P.U. de Namur, 2002.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, 4e éd., Montchrestien, 1999. Commission des Nations Unies pour le droit Commercial International, 2001.

CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, P.U. d'Aix-Marseille, Marseille, 2004.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., P.U.F., Paris, 2004.

DAMETTE (E.), *Didactique du français juridique*, L'Harmattan, 2007.

DAOUDI (G.) et D. HADOUIE (H.), *Droit international privé* [titre traduit de l'arabe], deuxième livre, 1ère éd., 1988, Bagdad.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), La compétence internationale de l'état en matière de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1997.

DELLEBEKE (M.), Copyright in Cyberspace: Copyright and the Global Information Infrastructure: Amsterdam, 4-9 June 1996, Editions Otto Cramwinckel Uitgever, 1997.

DESTEXHE (C.), Le contrat de vente international : pour les exportateurs non-juristes, Article 3 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, Edipro, 2005.

DI MANNO, Th. (dir.), *Le recours au droit comparé par les juges*. Colloque organisé par la faculté de droit de Toulon le 15/05/2012. 5e Journée d'études de l'UMR 7318 du CNRS Droit public comparé, droit international, droit européen. Bruylant, 2014.

DI MEO (G.) (dir.), *Les territoires du quotidien*, Editions L'Harmattan, Paris, 1996.

DONGOIS (N.) et KILLIAS (M.), *L'américanisation des droits Suisse et continentaux*, Zürich Schulthess Verlag, 2006.

DOUCHY-OUDOT (M.) & GUINCHARD (E.), *La justice civile européenne en Marche*, Editions Dalloz, Paris, 2012.

DUFOUR (A.), *Internet*, Paris, P. U. F., 1996.

FABRIES-LECEA (E.), Le règlement "insolvabilité": Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne, Thèse de doctorat, Bruylant, 2013.

FARQUHAR CAVERS (D.), Contemporary perspectives in Conflict of laws: essays in honor of David F. Cavers, Duke University School of Law, 1977.

FAUVARQUE-COSSON (B.), Libre disponibilité des droits et conflits de lois, L.G.D.J., 1996.

FLORIMOND (G.), *L'autonomie de la clause compromissoire*, Valhalla.fr, 2006. [En ligne] http://www.valhalla.fr.

GARY (B.) et RUTLEDGE, PETER (B.), International Civil Litigation in United States Courts, 4th ed., Wolter Kluwers, 2007.

GAUDEMET-TALLON (H.), Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement no 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3e éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2002.

GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5e éd., L.G.D.J., Paris, 2015.

GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3e éd., L.G.D.L., Paris, 2002.

GAUDEMET-TALLON (H.), *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1965.

GAUTRAIS (V.), Neutralité technologique, réaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, Thémis, 2012. [En ligne :] http://droitdu.net.

GAUTRAIS (V.), *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques*, Fondation du Barreau Québec, 2005. [En ligne] http://www.fondationdubarreau.com

GAUTRAIS (V.), *Le contrat électronique international*, Academia/Bruylant, Bruxelles, 2002.

GAUTRAIS (V.)_, Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques, Thémis, 2012.

GEORGES (R.), *Ancient Iraq 201*, Penguin Books, 3d ed., 2002.

GHESTIN (J.), *Les obligations - le contrat : formation*, L.G.D.J, Paris, 1988.
GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, 4e éd., L.G.D.J., 2013.
GILLIARD (F.), L'Expérience juridique : esquisse d'une dialectique, Editions Droz, 1979.
GOTHOT (P.) et HOLLEUX (D.), La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE, Jupiter, Paris, 1985.
GUEZ (P.), L'élection de for en droit international privé, P.U.F., Paris, 1992.
GUILLAUMÉ (J.), L'affaiblissement de l'état non nation et le droit international privé, L.G.D.J., Paris, 2011.
GUILLEMARD (S.), Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, P.U. de Laval, Canada, 2003.
GUINCHARD (E.) (dir.), Le nouveau règlement Bruxelles I bis: Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles, 2014.
HAFEZ (M. A. K.), Droit international privé, conformément à la loi irakienne et comparative, publication liberté House, Bagdad, 1977.
HAFIDA (M. H.) *Le droit international privé*, deuxième livre, publications des droits de l'homme Halbi, 2002.
HAFTEL (B.), *Droit international privé immatériel*. L'immatériel Journée parisienne, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 2014. [En ligne] http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France_2.pdf
HANOTIAU (B.), *Le droit international privé Américain*, 1979. Bruylant, 1979.
HARTLEY T. (C.), La Reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis, 1 vol, 1987.
HARTLEY T. (C.), *Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique*, Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, 2000.
HARTLEY T. (C.), Internet, which court decides, which law applies? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique? Utrecht, 1997 - The Hague: Kluwer Law International. 1998.
HASSLER (T.), Preuve de l'existence d'un contrat et Internet : Brèves observations à propos d'une proposition de loi, Petites Affiches, 1999.
HERRERA (C-M.), La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction, Presses Université Laval, 2004.
HOUDE. (L.), *Internet et le paradigme juridictionnel*, P.U. de Montréal, Québec, 2002.
HOUDE. (L.), *Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique*, Dalloz, Paris, 2000.
HUET (A.) et BOUCHE (N.), *Les contrats informatiques*, LexisNexis, Paris, 2011.
INGOLD (T.), *Une brève histoire des lignes*, Zones Sensibles, Paris, 2011.

JACQUET (J.-M.), *Le contrat international*, 2e éd., Dalloz, 1999.

KAMINSKI (D.), *La flexibilité des sanctions: XXIes journées juridiques Jean Dabin*, Bruylant, 2012. [En ligne] http://fr.bruylant.larciergroup.com.

KAMTO (M.), *La volonté de l'État en droit internationale*, R.C.A.D.I., tome 310, Editions Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2004.

KDHIR (M.), Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice, Bruylant, 2000.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduit en français par EISENMANN (C.), Bruylant, L.G.D.J., 1999.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.

KESSEDJIAN (C.), Compétence Juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, 1997.

KESSEDJIAN (C.), La Reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-Unis, Economica, Paris, 1987.

LACOSTE (Y.), Vive la nation : Destin d'une idée géopolitique, Fayard, Paris, 1998.

LAGARDE (P.) et HOFFMAN (B.), *L'européanisation du droit international privé – Conflits de lois*, Académie de droit européen de Trèves, 1996.

LAURENT (J.-P.), *L'Ordonnance de Villers-Cotterêts 1539 et la conversion des notaires à l'usage exclusif du français en pays d'Oc*, Le Gnomon, 1982. [En ligne] http://www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/Edit_Villers-Cotterets-complt.htm.

LEBIGRE (A.), La justice du roi: la vie judiciaire dans l'ancienne France, Complexe, Editions Albin Michel.1995.

LEQUETTE (Y.), *L'abandon de la jurisprudence*, Bisbal, RCDIP, 1989.

LEVY (P.), *World Philosophie*, Odile Jacob, Paris, 2000.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit international privé*, 8e éd., Dalloz, 2004.

LOWENFELD (F. A.), « *Compétence des tribunaux* », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. L'Académie de droit international de La Haye. 1994.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique, Les Petites Affiches, Paris, 1996.

MARCUS (R. L.) REDISH (H. M.), *Civil Procedure, a Modern Approach*, 3th ed., 2000.

MARTIN (D. R.), *La stipulation de contrat pour autrui*, Dalloz, Paris, 1994.

MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, 11e éd., L.G.D.J., Paris, 2014.

MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.), *Droit international privé*, Editions Bréal, 2008.

MOHAMED (H.) et GHALEB DAOUDI (A.), Le droit international privé, les conflits de lois et de conflits de juridiction et d'exécution des jugements étrangers [titre traduit de l'arabe], 2nde partie, 4e éd., Alatk Caire, 2011.

MONEGER (F.), *Droit international privé*, 6e éd., LexisNexis, 2012.

MONTEYNARD (G.), *Cour de Cassation - Le libre choix du juge par les commerçants*, 2001. [En ligne] https://www.courdecassation.fr

MOUGENOT (D.), *Principes de droit judiciaire privé*, Editions Larcier, 2009.

N.C., *Esquisse du Système Judiciaire Américain*, Bureau international de l'information, Département d'État des États-Unis d'Amérique.

NASSIF (I.), Les contrats internationaux - contrat électronique, Thèse 1, Liban-Beyrouth, 2009,

NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, 4e éd., L.G.D. J. 2013.

NIBOYET (J.-P), Traité de droit international privé français. Le conflit des autorités. Le conflit des juridictions, t. VI, Sirey, Paris, 1949.

NIBOYET (M.-L.), *Droit international privé*, 4e éd., L.G.D.J., 2013.

NUYTS (A.) (dir.), BARNICH (L.), ENGLERT (H.) et JAFFERALI (R.), *Actualité en droit international privé*, 1ère éd., Bruylant, Bruxelles, 2013.

NUYTS (A.), *Actualités en droit international privé*, Barreau de Bruxelles, Larcier ULB, Bruxelles, 2013.

OKACHA (M. A. A.), Les procédures commerciales internationales et l'exécution des jugements étrangers, Publications Universitaires de l'Etranger, Alexandrie, 2007.

OPPETIT (B), *Le droit international privé, droit savant*, Recueil des cours, Tome III, 1992.

ORTIGUES (E), *La révélation et le droit* précédé de *Lettre à Rome*, Editions Beauchesne, 2007.

PARIENTE-BUTTERLIN (I.), *Le droit, la norme et le réel*, P.U.F, Paris, 2005.

PERELMAN (C.). (dir.), *Les problèmes des lacunes en droit*, Editions Bruylant, Bruxelles, 1968.

PHILLIPS (M.), *La preuve électronique au Québec*, LexisNexis, Canada Inc., 2010.

PICAVET (E.), *La revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Bibliothèque de la pensée juridique : Classiques Garnier, Paris, 2011.

PIETTE-COUDOL (T.), Echanges électroniques, Certification et sécurité, Litec, Paris, 2000.

PUTMAN (E.), *Le temps et le droit*, Editions Droit & Patrimoine, Paris, 2000.

RAMMELOO (S), Corporations in private international law: An European perspective. Oxford University Press, 2001.

RANGEON (F.), *Réflexion sur l'effectivité du droit: Les usages sociaux du droit*, P.U.F, Paris, 1989. [En ligne] https://www.u-picardie.fr

RAYNARD (J.), Signature électronique, valeur probante, cryptologie et tiers certificateur, RTD Civ., 2000.

RIAD (F.A.M.), La valeur internationale des jugements en droit comparé, Sirey, Paris, 1955.

RIAD F.A.M., et SAMIA RASHID (D.), *Droit international privé, les conflits de lois*, Dar Al Nihda, 1996.

RICHEZ-PONS (A.), *La résidence en droit international privé*, thèse de doctorat. 2004.

ROUBIER (P), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005.

ROUCHAUD-JOET (A.-M.), Règles de compétence juridictionnelle en matière de contrats conclus par les consommateurs, 2002.

ROUVILLOIS (F), *L'efficacité des normes – Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, Fondation pour l'innovation politique working paper, Novembre 2006 F.I.P., 2006.

SALAMA (A. K. A), *La jurisprudence de la procédure civile internationale*, Publishing House Al Nahda, Le Caire, 2000.

SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

SASSEN (S.), Territory, authority, Rights: from medieval to Global Assemblages, 2e éd., 2006.

SCHNITZER (A.), *Les contrats en droit international privé suisse*, t.1, RCADI, Académie de droit international. Recueil des cours, 123, 1968-I.

SCHOLSEM (J.-C.), « La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives » in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, La Charte, Bruxelles, 2006.

SENECAL (F.), *L'écrit électronique*, Yvon Blais, Montréal, 2012.

SEYVET (J), « Le cadre juridique international du commerce électronique : les questions à traiter pour assurer son développement » in DUASO CALÃS R., *La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation. Lex Electronica*, vol. 8 n°1, 2002.

SHANDI (Y.), *La formation du contrat à distance par voie électronique*, P.U. Rober Schuman de Strasbourg III, 2005.

SILBERMAN (L.), Enforcement and Recognition of foreign Country Jugements in the U.S., 2004.

SIORAT (L.), Le problème des lacunes en droit international (Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire), L.G.D.J., Paris, 1959.

SLACHMUYLDERS (D.) et BATARDY (F.), *La notification interne à l'entreprise, la certification et la signature électronique*, 2000. [En ligne] http://users.skynet.

SORNET (J.), HENGOAT (O.), et LE GALLO (N.), *DCG 8 - Systèmes d'information de gestion*, 3e éd., Dunod, 2014.

STEPHENS (O.), SCHEB (J.M.). *American constitutional law*, volume II. 5e ed., Belmont, 2012.

SVANTESSON (D. J), *Droit international privé et Internet*, 2e éd., Aspen Publishers, Frederick (Maryland), 2012.

TAHRI (C.), *Procédure civile*, Editions Bréal, 2007.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit – Livre 3, titre 1*, 4ème Editions Dalloz, Paris, 2000.

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 11e éd, Dalloz, Paris, 2013.

TIDMARSH (J.), *Litiges complexe et le système adversatif*, New York, Fondation de la presse, 1998. [En ligne] http://supreme.justia.com/cases/federal/us/284/421/case.html.

VAN LITH (H.), International Jurisdiction and Commercial Litigation. T.M.C. Asser Press, 2009.

VERBIEST (T.) et WERY (E.), Le droit de l'Internet et de la société de l'information: droits européen, belge et français, Larcier, 2001.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, 2000.

VIGNAL (T.), *Droit international privé*, Dalloz, 1ère éd., 2005.

WANG (F), *Les juridictions et Internet: pratiques juridiques aux États-Unis, en Europe et en Chine* [titre traduit de l'anglais]. Première publication, Presses de l'université de Cambridge, 2010.

WEIL (P.), Ecrits de droit international, P.U.F., 2000.

WILLIAM (L. R.), WILLIAM (M. R.), The full faith and credit clause: a reference guide to the United States Constitution, Westport, Conn.: Praeger Publishers, 2005.

2. Articles et communications

ABEL (O.), RICOEUR (P.), ELLUL (J.), CARBONNIER (J.) et CHAUNU (P.), « Dialogues » in Jean Carbonnier : *Le droit au non-droit*, Editions Labor et Fides, Paris, 2012.

ABU ENEIN (M.), « Introduction à résoudre les conflits, le commerce électronique dans les pays arabes », in Conférence sur les aspects juridiques du commerce électronique et les tendances dans les moyens modernes de règlement des différends, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, 2010.

AL DABBAGH (H,), « Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien ». In: *Revue internationale de droit comparé*, vol.58 n°3, 2006, édition de 2013. [En ligne] http://www.lexisnexis.fr.

ALRIC (C.), « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », in *Legal News Affaires internationales (Doctrine)*, 2003. [En ligne] http://www.legalnews.fr.

ANCEL (M.). « Les buts actuels de la recherche comparative », in *Mélanges de droit comparé en l'honneur du Doyen Ake Malmstrôme*, Acta-Instituti Upsaliensis Iurisprudentiae Comparativae, Sub auspiciis Ordinis Iurisperitorum Upsaliensis ad hoc edidit Stig Strömholm, XIV, Stockholm, P. A. Norstedt & Sönersförlag 1972.

AUDIT (V. B.), « Droit International privé », *Economique*, n° 172. 1991.

BALLARINO (T.), « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in Mélanges en l'honneur Paul Lagarde, *Le droit international privé esprit et méthodes*, Dalloz, 2005.

BARBERIS (J.), « Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international », *Annuaire français de droit international*, vol.45, Paris, 1999.

BARBERIS (J.), « Droit international » in *Contrats et Conventions, n° 9*, Encyclopédie Dalloz, 1972.

BARBERIS (J.), « Contrats et conventions », *Encyclopédie Dalloz Droit international*, n° 9.

BATIFFOL (H.), « Les contrats en droit international privé comparé », in Revue internationale de droit comparé. Vol. 34 N°2, Avril-juin 1982.

BENYEKHLEF (K.), « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridiction dans le cyberespace », dans GAUTRAIS (V) (dir.), *Droit du commerce électronique*, Éditions Thémis, 2002. KESSEDJIAN (C), « Commentaire de la refonte du règlement n°44/2001 », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011.

BELLINGER B. (J.), & ANDERSON (R. R.), Tort Tourism: The Case for a Federal Law on Foreign Judgment Recognition, *Virginia Journal of international Law*, vol. 54:3.

BERAUDO (J.-P.), « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » In *vol. 4, J.D.I.,* 2001.

BERGE (J.-S.), « La résolution des conflits de loi », in *Colloque sur Le droit International de l'Internet*, Paris, 2001. [En ligne] http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/.pdf.

BERTRAND (E.), « Autonomie de la clause d'élection de for / Separability of juridiction clauses », Blog-avocat, 2009.

BLUTMAN (L.), In the trap of a legal metaphor international soft law, in *I.C.L.Q*, vol.59, 2010.

BODEN (D.) « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Phil. Droit* 49, 2005.

BOGDAN, (M.) « Compétence » in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*. L'Académie de droit international de La Haye. 1988.

BORN (G), « Réflexion sur la compétence judiciaire dans les affaires internationales », in *Géorgie* (revue de droit international et comparé) vol.17, 1987.

BOSTANJI (S.), « A la recherche de l'internationalité des contrats entièrement intégrés dans l'espace virtuel ». Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor. Centre de Publications Universitaires, 2005. [En ligne] http://www.urdri.fdspt.rnu.tn

BOTTINI (R), « Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international », in *Recueil des travaux offerts à Monsieur SORTAIS J-P*., Bruylant, Bruxelles, 2000.

BOULARBAH (H.), NUYTS (A) .et WATTÉ (N), « Le règlement « Bruxelles I » sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », in *Journal des Tribunaux*, 2002.

BUCHER (A.), « La convention de la Haye sur les accords d'élection de for » in *Revue Suisse de droit international et droit européen*, Schulthess, 2006.

BURNSTEIN (M.), A global network in a compartmentalised legal environment, in BOELE-WOELKI K. ET KESSEDJIAN C. (dir.), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?* Kluwer Law International, 1998.

CACHARD (O.), « La validité des conventions électroniques d'arbitrage en droit des États Unies ». United States District Court of Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 mai 2000, Lieschke, Jackson & Simon C/ Real networks Inc», *Rev. Arb.*, n°1, 2002.

CAPRIOLI (E.) et CHOUKRI (I.), « Réflexions et perspectives autour de l'arbitrage international et du commerce électronique : vers une nouvelle gouvernance du contentieux ? » *In Journal du droit comparé du Pacifique*, 2014.

CARLIER (J.-Y.), « Le code belge de droit international privé », in *Revue critique de droit international privé*, pp.11-45, 2005.

CASAD (R.), Jurisdiction in civil Actions at the end of the Twentieth Century : Forum Conveniens and Forum Non Conveniens, in *Abuse of procedural Right: Comparative Standards of Procedural Fairness*, International Association of procedural Law international Colloquium, 27-30 October 1998, Tulane Law School, 1999.

CATALA (P.) et GAUTIER (P.-Y.), « L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libéralisation de la preuve contractuelle », Editions JCP, Paris, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - 4 Juin 1998 - n° 23. 1998.

CHEVALLIER (J), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* n°659, Paris, 1998.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Efficacité et énoncé de la norme » in *L'efficacité de l'acte normatif, nouvelle norme, nouvelles normativités*, Hammje L., Janicot L. et Nadal S. (dir.), 2013.

CROMWELL, (T. A.), « La coopération et les cours nationales » in *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, Cour suprême du Canada Ottawa, 3èm. 2010. [En ligne] http://www.ahjucaf.org.

DEFLEM (M), « La notion de droit dans la théorie de l'AGIR COMMUNICATIONNEL de Jürgen Habermas », in *Déviance et société*, n°18, 1994. n°1.

DELAUME (G), « What is An International Contract? An American and Gallic Dilemna » dans *C.L.Q.*, 1979.

DELMAS-MARTY (M), « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », dans *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2004, n°1.

DEMOULIN (M.) et MONTERO (E.), « La conclusion des contrats par voie électronique » in FONTAINE M. (dir.), *Le processus de formation du contrat, note 973*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

DROZ (G. A. L.), « Regards sur le droit international privé comparé », *Collected Courses of the Hague Académie of International Law* Vol.229, 1991.

DROZ (G. A. L.), « Pour une réforme des articles 14 et 15 du code civil », *Revue critique DIP*, 1975.

DROZ (G. A. L.), « Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, vol.24, n°3, 1972.

DUASO CALÃS (R.), « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommations », *Lex Electronica*, vol. 8 n°1, P.U. de Montréal, Canada, 2002.

ELHOUEISS (J.-L.), « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *Journal du droit international* n° 01, 2003.

ESSA (T. Y.), « Une étude juridique dans les règles des conflits de compétence internationale, de relation des règles de compétence internationales à l'ordre public », in *Journal de l'université de Damas pour les sciences économiques et juridiques*, vol.25, 2009.

EZZEDINE (A.), « La philosophie du législateur égyptien en matière de conflit de lois », *Egypte contemporaine* n°340, 1970.

EZZEDINE (A.), « La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle » dans *Travaux comité Fr. DIP* 1981-1982.

EZZEDINE (A.), « L'échange de consentement dans le cyberespace » dans *Conférence à l'Université de Montréal*, 1998.

FALLON (M.), « Le principe de proximité dans le droit de l'union Européenne, mélanges en l'honneur Paul Lagarde » in *Le droit international privé, esprits et méthodes*, Dalloz, 2005.

FALLON (M.) et MEEUSEN (J.) « Le commerce électronique », in *La directive 2000/31 /CE et le droit international privé, revue n°91*, Revue critique D.I.P, 2002.

FERRERA (G) al., « Cyberlaw: Text and cases West», *Thomson Learning*, Cincinnati, 2001.

FIELD (M. A.), The Uncertain Nature of Federal Jurisdiction, 1981. [En ligne] http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi.

FOYER (J.), « La jurisprudence en droit international privé entre création et adoption de la règle de droit », *Arch. Phil. Droit.* 50, 2006.

FRAGISTAS (N.), « La compétence internationale en droit privé », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 104, 1961.

FRANCQ (S.), ÁLVAREZ ARMAS (E.). et DESCHAMPS (M.), « L'actualité de l'article 5.1 du Règlement Bruxelles I - L'évaluation des premiers arrêts portant sur la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle », 2011.

FRANCQ, (S), « Les clauses d'élection de for » in *Le Nouveau Règlement de Bruxelles 1 bis*, Emmanuel GUINCHARD (dir.), Bruylant, Paris, 2014.

GALANTER (M), *the Turn against Law: The Recoil against Expanding Accountability*, Vol. 81 Issue 1, Tex. L. Rev. 285, 285-87 (2002).

GAUDEMET-TALLON (H), « La compétence Internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile: aménagement ou bouleversement ? », dans *Rev. crit. D.I.P.*, 1977.

GAUDET (S), KOURI (R. P), « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? » In *R.D.U.S, note n°1027*.

GAUTRAIS (V.), « La formation des contrats en ligne », in POULIN Daniel et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Thémis, Montréal, 2003.

GAUTRAIS (V.), « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois ». In *LCCJTI- Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Québec, 2008. [En ligne] http://ancien.gautrais.com

GAUTRAIS (V.), « La formation des contrats par télécopieur », in *Revue Thémis*, vol. 29, n°2. 1993.

GAUTRAIS (V.), « La couleur du consentement électronique » in *Cahiers de la propriété intellectuelle* 16, no. 1, 2003.vol. 16, n°1, 2003.

GAUTRAIS (V.), « Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique », *Revue Thémis*, vol.36, Québec, 2002.

GAUTRAIS (V.) et MACKAAY (E.), « Les contrats informatiques » in LAMONTAGNE (D.-C.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2001.

GAUTRAIS (V.), LEFEBVRE (G.) et BENYEKHLEF (K.), « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de Lex electronica », *Revue de droit des affaires internationales*, vol.547, 1997.

GANNAGE (P.), La réception des principes du droit international privé dans les systèmes juridiques proche-orientaux, 2008.

GEIST (M), Is there a there there? Toward a greater certainty for Internet jurisdiction, *Berkeley Technology Law Journal*, Issue 3, 16:1345, 2001. [En ligne] http://www.aix1.uottawa.ca/-geist/frameset.htm.

GEIST (M), « Y a-t-il un « là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, 2001.

GUILLEMARD (S), « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.2, Québec, 2004.

GUTMANN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens - Les ressources du langage juridique », *Archives de Philosophie du Droit* 43, pp.65-78, Paris, 1999.

HÄBERLING (W.) et SCULZ (H.), « Les changements clés du Règlement I de Bruxelles révisé », in *MII-Legal*, mai 2013.

AL DABBAGH (H,), La *réception du modèle juridique français par le Code civil irakien*, In Revue internationale de droit comparé, vol. 57 n°2, 2005.

HARTLEY T. (C.), « Juridiction » dans Recueil des cours de l'Académie de droit internationale de La Haye. 2006.

HARTLEY (T.) et DOGAUCHI (M.), (HccH), Rapport explicatif sur la Convention sur les accords d'élection de for de 2005, édité par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, 2005. [En ligne] http://www.hcch.net/upload/expl37f.pdf.

HAYASHI (M), Utility of International Law of Pre-Internet Era for Cyberspace, *Conférence de Lucerne*, 2005.

HESS (B.), PFEIFFER (T.) et SCHLOSSER (P.), The Brussels I Regulation 44/2001. *Application and Enforcement in the EU, Beck/Hart/Nomos*, 2008.

HO DINH, (A.-M.), « Le « vide juridique » et le « besoin de loi » Etude d'un enjeu politique, juridique et social », in *L'année sociologique* 57, P.U.F, Paris, 2007.

HONNOLD (J.), Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations in *Kluwer Law Intl*, note 5, art. 43, 1989.

HOUDE. (L.), « Le consentement échangé avec la machine », in L*'échange des consentements*, Colloque organisé à Deauville par l'association Droit et commerce, *RJ com.*, n° spécial, pp.135-199, 1995.

HUET (A.), « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux » dans *Juris Classeur Droit international*, 2011.

HUET (J.), « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale » in *LPA*, 1997.

JAFFERALI (R.), « Le règlement Bruxelles I dans la jurisprudence des cours suprêmes (2010-2012) : Allemagne, Belgique, France, Pays-Bas et Royaume-Uni ». *Revue de droit commercial belge*, 2013.

JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé, bilan et perspective », *R.I.D.C.*, vol. 1, 2005.

JOHNSON R. (D.) et POST (D.), « Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace » *Stanford law review*, vol. 48, n°5,1996.

JWAIDEH (Z- E), The New Civil Code of Iraq, 22 GEO. *Washington Law Review* 176, 176-77, 1953.

KACZOROWSKA (A), « L'internationalité du contrat », in *Revue de droit international et de droit comparé*, n°3, 1995.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « Internet: mondialisation de la communication, mondialisation de la résolution des litiges », in BOELE-WOLSKI (dir.) *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?* The Hague: Kluwer Law International. 1998.

KESSEDJIAN (C.), La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for, *Journal du droit international* (Clunet) n°3, 2006, doctr.

KESSEDJIAN (C.), « Règlement Bruxelles I révisé » in *Le Journal officiel de l'Union européenne*, 20 décembre 2012. [En ligne] http://eur-lex.europa.eu.

KESSEDJIAN (C.), « Le principe de proximité vingt ans après », mélanges en l'honneur Paul Lagarde, *Le droit international privé esprit et méthodes*, Dalloz, 2005.

KESSEDJIAN (C.), « Internet et le Règlement des différends », in GROSHEIDE F.W. et BOELE WOELKI K. (dir.), *Molengrafica*, Koninklijde Vermande, Lelystad, 2000.

KESSEDJIAN (C.), « Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique », Conférence de La Haye de droit international privé, doc. Prél. n°7, 2002.

KESSEDJIAN (C.), « Vers une Convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers », *Revue de droit uniforme* vol.2, n°4, 1997.

KESSEDJIAN (C.), Conférence de La Haye : Rapport de synthèse des travaux de la commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, *Doc. n°7*, Bureau Permanant de la Conférence, La Haye, 1997.

KIDD Jr. (D. L.) et DAUGTHREY (W. H.), Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions, in *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, LJ n°215, University of Virginia, 2000. [En ligne] http://cyber.law.harvard.edu.

LACASSE (N.), « Le champ d'application de la convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », in *Acte du Colloque sur la vente internationale* avec PERRET L. et LACASSE N., Editions Wilson & Lafleur, Montréal.

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », in *Cours général de droit international privé* 196 Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1986.

LAGARDE (P), « Approche critique de la lex mercatoria », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1982.

LARRIEU (J), « Internationalité et Internet. L'internationalité, bilan et perspectives », in *Revue Lamy Droit des Affaires* n°46, 2002.

LASCOUMES (P.) et SEMEIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Revue Droit et Société* n° 2, 1986.

LASCOUMES (P.), "Effectivité" in AMAUD (A. J.) et al, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J et Story-scientia, 1988.

LAURENT (J-P), *L'Ordonnance de Villers-Cotterêts 1539 et la conversion des notaires à l'usage exclusif du français en pays d'Oc*, Le Gnomon, 1982. [En ligne] http://www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/Edit_Villers-Cotterets-complt.htm.

LASCOUMES (P.) et SEMEIN (E.), « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit » dans *Revue Droit et Société*, n° 2, 1986.

LE TOURNEAU (P.), « Théorie et pratique des contrats informatiques », in *Revue internationale de droit comparé*, vol.52, n°4, 2000.

LE TOURNEAU (P.), Supplément au Journal judiciaire quotidien, contenant la jurisprudence et la législation publiées dans le Journal quotidien et le recueil mensuel des sommaires, *La Gazette du Palais* vol.105, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlemens, avis du Conseil-d'État, v. 1-108, n.s. v. Paris, 1985.

LE TOURNEAU (P.), « Supplément au Journal judiciaire quotidien, contenant la jurisprudence et la législation » in *Le Journal quotidien et le recueil mensuel des sommaires*, vol.105, La Gazette du Palais, Paris, 1985.

LOWENFELD (F. A.), « Compétence des tribunaux », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, La Haye, 1994.

MAGGI B (B), « Critique de la notion de flexibilité » dans *Revue française de Gestion*, n°162, 2006.

MAGNON (X.), « L'approche *normativiste* : la différenciation hiérarchique du droit », in *Revue française de droit constitutionnel*, Numéros 57 à 60, P.U.F, Paris, 2004.

MAHIOU (A.), « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 337, 2008.

MARCHADIER (F), « La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ? », *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013.

MARCHADIER (F), « La suppression de l'exequatur affaiblit-elle la protection des droits fondamentaux dans l'espace judiciaire européen ? » in *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2013.

MARTINET (L.) et AKYUREK (O.) et les Cabinet DAYLA Jones, « Théorie du forum non conveniens dans les pays du Common Law », in *Petites affiches* n° 186-5, 2006.

MARTINET (L.) et AKYUREK (O), « La théorie du forum non conveniens dans les pays de Common Law », in *Petites affiches, Doctrine du Droit International*, 2006, n°186.

MAYER (V. P.), « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage internationale ? » in *Revue de l'arbitrage* n°2, 2005.

MC CUSKEY (E. Y.), Clarity and Clarification: Grable Federal Questions in the Eyes of Their Beholders, *Nebraska Law Review* 91, 2013. [En ligne] http://digitalcommons.unl.edu

MEEUSEN (J.), Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence Between Brussels I and Rome I, *Intersentia* nv, 2004.MARMISSE (A.), « Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe » in RAYNARD J. (dir.), *Les premières journées internationales du droit de commerce électronique*, L.I.T.E.C, 2000.

MEHREN von (A. T.), « L'apport du droit comparé à la théorie et la pratique du droit international privé », *Revue internationale de droit comparé* 29, n°3, 1977.

MEHREN von (A. T.), « Theory and Practice of Adjudicatory Authority » dans *Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems*, American Society of Comparative Law, Incorporated, 2004.

MERCADAL (B.), « Règle dite du " Forum non conveniens " dans les pays de Common Law » dans *Human reproduction,* 2005.

MEZGHNANI (A.), « Droit international privé », in *Journal du Droit International*, vol. 3, n° 286, 2003.

MOREAU (M. A.) et TRUDEAU (G.), « Les normes du droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional », *JDI*, 2000, 91.

MOURRE (A.), LAHLOU (Y.), « Chronique de droit international privé appliqué aux affaires », *Revue de droit des affaires internationales*, 2001.

MUIR WATT (H.), « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », Texte d'une conférence donnée dans le cadre des « Journées de Droit International Privé » à l'Université Carlos III à Madrid, *Arch. phil. Droit* 45, 2001. [En ligne] http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/168.pdf.

MUSA (M.), « La réglementation juridique du contrat via Internet », in *Le livre juridique d'Egypte*, 2010.

NASSEF (H. F), « Le domicile en droit international privé » dans *Journal of Law and Economics*, juillet 1994.

NIBOYET (M.-L.), La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, *Gaz. Pal.*, n°163, 2001.

LEGEAIS, (M. R.), « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 46, n°2, Avril-juin 1994. pp. 347-358.

PARISIEN (S.), « Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique », *Lex Electronica* 2:1, 1996. Ce texte a été présenté lors du colloque Les autoroutes de l'information: enjeux et défis, dans le cadre des Entretiens Jacques-Cartier, Lyon, 6-8 décembre 1995. [En ligne] http://www.lex-electronica.org.

PASSA (J.), « Le contrat électronique international: conflits de lois et de juridictions », in *Communication Commerce électronique* n°5, 2005. [En ligne] www.lexisnexis.com.

PELICHET (M.), La vente internationale de marchandises et le conflit de loi, l'Article C-1, C-2 et C-3 de la Conférence diplomatique de La Haye d'octobre 1985, Kluwer Academic Publishers, Canada, 1988.

PERTEGAS SENDER (M.), « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », *Journal des tribunaux*, 17 février 2001, n°6000, disponible en ligne sur www.larcier.be.

PFERSMANN (O.), « Le droit comparé et comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.* n°2. 2001.

PISANI (C.), « L'acte dématérialisé », *Arch. Phil. Droit* 43, (1999).

POMMIER (J.-C.), « Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel », *Economica* n°139, Paris, 1992.

REMY (B.), « De la profusion à la confusion: réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, 2011.

ROSENBER (G.), SMIT (H.) et KORN (H.), Elements of Civil Procedure, Smit Hans (éd.) / *Les conflits de juridiction en procédure civile*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42, n°3, Juillet-septembre 1990.

ROSENBERG (M.), Let's Everybody Litigate ?, *Tex. L. Rev.* 50,1972.

ROSETT (A.), « Réflexions critiques sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises », in *Ohio State Law Journal*, 1984.

ROSS (A.), Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law, *Revue Juridique de Buenos Aires*, vol. IV, 1961. Traduit en français dans MILLARD E. et MATZNER E., *Alf Ross – Introduction à l'empirisme juridique*, L.G.D.J., Paris, 2002.

SACHDEVA (A. M.), International Jurisdiction in Cyberspace: a Comparative Perspective, in *CTRL*, vol. 8, 2007.

SARAT (A.), The Litigation Explosion, Access to Justice, and Court Reform: Examining the Critical Assumptions, *Rutgers Law Review* 37, 1985.

SALMON (J.), « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », pp.313-337. Dans C. PERELMAN (dir.), Les problèmes des lacunes en droit, Editions Bruylant, Bruxelles, [1955] 1968.

SCHNEIDER (B.), « Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droit écossais, anglais et américain) », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 27, n°3, 1975.

SCHULZ (A.), « Mécanismes de renvoi des affaires au sein de systèmes fédéraux », in *Doc. Prél. N°18 du HccH,* 2003. [En ligne] http://www.hcch.net

SCHULTZ (T.), "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface", *The European Journal of International Law* Vol.19, n°4, 2008.

SCHULZ (H.) et HABERLING (W.), « Les changements clés du Règlement I de Bruxelles révisé » dans *MII-Legal,* Edition mai 2013.

SEFFAR (K.) et BENYEKHLEF (K.), « Commerce électronique et normativités alternatives », Université d'Ottawa, *Law & Technologie Journal*, 2006. [En ligne] http://www.uoltj.ca.

SIRINELLI (P.), « L'adéquation entre le village virtuel et la création normative- Remise en cause du rôle de l'État ? », *Law and Electronic Commerce*, 5, Kluwer Law International, 1998.

SMIT (H.), « Les conflits de juridiction en procédure civile », dans *Revue Internationale de droit comparé*, Vol. 42, n°3 1990.

STRASSER (P.), « Force probante de la date d'un acte sous seing privé », *J. Cl. Civ. Fasc.* 142, 1991, note n°5.

STUCKEY (K.), Internet and Online Law, in *Law Journal Press*, 1966. Ou via *L'American Law Institute*, vol. 1, American Law Institute Publisher, St Paul, Minnesota, 1981.

SVANTESSON D. (J. B), The Characteristics Making Internet Communication Challenge Traditional Models of Regulation – What Every International Jurist Should Know, in *Int. J. Law Info Tech* 13 : 1, Spring 2005.

SZYCHOWSKA (K.), Actualité. Cour de justice de l'Union européenne 25 février 2010 et 11 mars 2010, R.D.C.T.B.H., 2010.

TAGARAS (H.), La révision et communautarisation de la convention de Bruxelles par le règlement 44/2001, *Revue Cahiers de droit européen*, 2003.

TAYLOR (A. V), « L'apport du droit comparé à la théorie et la pratique du droit international privé », in *Revue internationale de droit comparé* vol. 29, n°3, Juillet-septembre 1977.

TAYLOR (A. V.), « Theory and Practice of Adjudicatory Authority » in *Private International Law: a Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil- Law Systems*, American Society of Comparative Law, Incorporated, 2004.

TERRÉ (D.), « Le pluralisme et le droit », *Arch. Phil. Droit* 49 (2005).

TREVOR (H. C), « Juridiction », in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2006.

TRUDEL (P.), « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : éléments de méthode », in POULIN D. et al., *Guide juridique du commerçant électronique*, Thémis, Montréal, 2003.

TRUDEL (P.), « Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace ? », *Revue Sociologie et sociétés* vol.32, n°2, automne, Paris. 2000.

TRUDEL (P.), « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : Éléments de méthode », in *Le guide juridique du commerçant électronique*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2004.

TRUDEL (P.), *Quel droit et quelle régulation dans le cyberespace?*, Revue Sociologie et sociétés, Volume 32, numéro 2, automne, Paris. 2000.

URNSTEIN (M.), A global network in a compartmentalised legal environment in BOELE-WOELKI (K.) et KESSEDJIAN (C.) (dir), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?* Kluwer Law International, 1998.

VANDEVELDE (B.) et VERBIEST (T.), « Achetez en ligne sans avaler l'hameçon », in *La Revue L'Echo*, 2008. [En ligne] http://www.droit-technologie.org

VAN OVERSTRAETEN (T.), « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet », *Revue de droits des affaires internationales* (RDAI), 1998.

VAN HOOGSTRATEN, (V. M. H.) La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye: RCADI 1967-III, t.122.

WANG (F. F), « Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction: A Comparative Analysis of the EU and US laws », *Journal of International Commercial Law and Technology* vol. 3, Issue 4, 2008.

WARUSFEL (B.), « Aspects juridiques de dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », in *Les Petites Affiches*, n° 27-6, 2004.

WATTE (N.) et NUYTS (A.), « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale – La théorie à l'épreuve de la pratique », in Journal du Droit International, 2003.

WAUTELET (P.), *Clauses d'élection de for et procédures concurrentes - Les innovations du Règlement 1215/2012*, P.U de l'ULG, 2013. [En ligne] http://orbi.ulg.ac.

WAUTELET (P.), *Clauses d'élection de for et procédures concurrentes, les nouveautés du Règlement Bruxelles I bis*, 2012. Colloques et congrès scientifiques En ligne : http://hdl.handle.net/2268/147054**.**

WENGLER (W.), « Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits », in *Revue critique du droit international privé*, 1952.

WEINSTEIN (J.), « The federal common law origins of judicial jurisdiction: implications for modern doctrine », dans *Virginia Law Review*, 2004.

WILLIAM (M. R.), Jurisdiction in civil Action, *California Law Review* vol.1. p.1346. http://scholarship.law.berkeley.edu.

WYLER (E.) et PAPAUX (A.), « Extranéité de valeurs et de système en droit international privé et en droit international public » in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, 1999.

3. Conventions Internationales

Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for

Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005).

Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises 1980

Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Règlement (CE) no44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

La convention de Riyad pour l'exécution des jugements étrangers 1983

Convention de Vienne, 1969.

Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

4. Codes et Législation

Iraq

Code civil irakien N° 40 de 1952

Code procédure civil irakien N° 83 de 1969

La nouvelle loi de la signature et les transactions électroniques Irakienne N ° (78) de 2012.

Code de la preuve N° 107 de 1979

La loi de famille des étrangers n ° 78 de 1931

La loi d'exécution des jugements étrangers n ° 28 de 1930

France

Code civil 1804

Code de procédure civile 1975

Code de l'organisation judiciaire

Code de la consommation

Autres

Code civil du Bas-Canada

Code civil du Québec

Code de procédure civile (1965)

Code de procédure civile (1992)
Loi sur la protection du consommateur
Uniform Commercial Code (U.C.C).
La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique.
Droit international privé tunisie1998
Droit international privé suisse 1987
Droit international privé belge 2004

5. Jurisprudence

C.C.A., Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 1993. [En ligne] http://www.clauses-abusives.fr/txt/dir9313cee.htm
C.C.F. Cass. 1ère Civ., 11 octobre 1989, Bomar Oil, (1990) 1 Rev. Arb. 134, (note C. KESSEDJIAN)
C.C.F. Cass. 1ère Civ, 98 décembre 2003, Roeda, bull.civ.2003.
C.C.F. Cass. 1ère Civ., 17 décembre 1985, Cie de signaux électriques c. Sorelec, [En ligne] http://www.legifrance.gouv.fr.
C.C.F. Cass. 1ère Civ. 3déc. 1991. R.C.D.I.P., 1992.
C.C.F. Cass. Com., 19 décembre 1978, Société Europa Carton, (1979). [Source en ligne] http://www.legifrance.gouv.fr/
C.C.F. Cass.com, BATTIFOL H., « note » in *Revue Critique de Droit International Privé (R.C.D.I.P)*, 1976, p. 503.
Cour de cassation chambre civile 1 : Audience publique du mardi 17 décembre 1985.
Cour de cassation chambre civile 1 : Audience publique du mardi 3 décembre 1991. [En ligne :] http://www.legifrance.gouv.fr.
C.C.F. Cour de Cassation civil, vol. I, Editions Sirey, 1934. Cour de cassation irakienne. [En ligne :] http://www.iraqld.iq.
C.C.F. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 juillet 1998, 96-15.380. [En ligne :] http://legifrance.gouv.fr.
C.C.F. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 décembre 1993, 91-16.828, Paris, 1993. [En ligne :] http://www.legifrance.gouv.fr.
TGI de Paris .5 mars 2015. 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état. Frédéric X. / Facebook Inc. [En ligne :] http://www.legalis.net.

Cour d'appel de Pau. 23 mars 2012. 1ère chambre. Sébastien R. / Facebook http://www.legalis.net.

Cour d'appel de Paris, 7 MARS 2001. Affaire Free Surf contre Francis F. [En ligne :] http://www.juritel.com.

L'arrêt du 21 mai 2015, dans le cadre d'une vente entre professionnels. [En ligne :] http://www.legalis.net. Consulté le 02/07/2015.

C.C.F. Cass.civ., 1958-1959, p.361.11-

C.C.F. Cass.civ., Editions Sirey, 1933, vol. I p. 41. Et Clunet, 1931, pp.124-126.

Union Européenne

C.J.C.E. affaire C-159/97. Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA et Hugo Trumpy SpA. [En ligne :] http://curia.europa.eu.

SpA c. Hugo Trumpy SpA. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E, Falco Privatstiftung et Gisèla Weller-Lindhorst, C-533L07, 2009, *Journal officiel de l'union européenne*, 14 au 20 juin 2009.

C.J.C.E. Soc.Jahol Handte, c-26/91, 1992, Rec CE. 3697 (motif n°14) rev.int.DIP, 1992, p. 726, note Hèlène –Gaudemet-TALLON, JDI, 1993, 169 (obs. Jean Marc Bischoff).

C.J.C.E Bailii, Royal Court of Justice : Deutsche Bank AG & Ors v Asia Pacific Broadband Wireless Communications Inc. & Anor EWCA Civ 1091, Londres, 2008. [En ligne :] http://www.bailii.org/ew/cases.html.

C.J.C.E. Andrew Owusu contre N. B. Jackson, agissant sous le nom commercial « Villa Holidays Bal-Inn Villas ». [En ligne :] http://curia.europa.eu.

C.J.C.E, 6 octobre 1976, Industrie Tessili Italiana Como contre Dunlop AG. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu/legal-content.

C.J.C.E. 14 décembre 1976, aff. 24/76, *Estasis Salotti* c. *Rüwa*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E., 14 décembre 1976, aff. 25/76, *Galeries Segoura*. [En ligne :] http://europa.eu.int.

C.J.C.E. 21 juin 1978. Bertrand contre Paul Ott KG. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E., 17 janvier 1980, aff. 56/79, *Siegfried Zelger* c. *Sebastiano Salinitri*. [En ligne :] http://europa.eu.int.

C.J.C.E. 24 juin 1981. Elefanten Schuh GmbH contre Pierre Jacqmain. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E 24 juin 1981 – Affaire 150/80. [En ligne :] http://curia.europa.eu/juris/show.

C.J.C.E. 11 juillet 1985. F. Berghoefer GmbH & Co. KG contre ASA SA. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E., 11 juillet 1985, aff. 221/84, *Berghoefer GmbH*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E. 19 janvier 1993. Shearson Lehmann Hutton Inc. contre TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH. Les motifs 18 à 22 montrent une définition du consommateur par rapport à l'article 13 de la Convention de Bruxelles de 1968. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E. 20 février 1997. Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) contre Les Gravières Rhénanes SARL. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E., 27 février 1997, aff. C-106/95, *Les Gravières Rhénanes SARL*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E., 16 mars 1997, aff. C-159/97, Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali

C.J.C.E., 3 juillet 1997, aff. C-269/95, *Francesco Benincasa* c. *Dentalkit Srl*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E., 3 juillet 1997 ou l'arrêt du 4 mars 1982, Effer, 38/81, Rec. p. 825, point 6, et du 13 juillet 1993, Mulox IBC, C-125/92, Rec. p. I-4075, point 11.

C.J.C.E., 16 juillet 1998, aff. C-210/96, *Gut Springenheide GmbH*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E 16 mars 1999. Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contre Hugo Trumpy SpA, 1999. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E. 5 octobre 1999. Leathertex Divisione Sintetici SpA contre Bodetex BVBA. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu/legal-content.

C.J.C.E., 13 janvier 2000, aff. C-220/98, *Estée Lauder*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. Jointes C-240/98 à C-244/98, *Oceano*. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E., 13 juillet 2000, Group Josi Reinsurance Company S.A. c. Universal General Insurance Company. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E. 9 novembre 2000. Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E. 9 novembre 2000. Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies Inc. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.C.E. 9 novembre 2000, Coreck Maritime GmbH et Handelsvee BV e.a. [En ligne :] http://curia.eu.int.

C.J.C.E., 19 février 2002, aff. C-256/00, *Besix*. [En ligne :] http://curia.eu.int

C.J.C.E. 20 janvier 2005. Affaire C-464/01. Johann Gruber contre Bay Wa AG. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.U.E. 3 mai 2007. Color Drack GmbH contre Lexx International Vertriebs GmbH. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.U.E. 25 février 2010. Car Trim GmbH contre KeySafety Systems Srl. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.U.E. 7 décembre 2010. Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG ET Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Helier. [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

C.J.U.E 7 décembre 2010. Affaires jointes C-585/08 et C-144/09 [En ligne :] http://eur-lex.europa.eu.

Canada

C.S.O. (Cour supérieure de l'Ontario), le 4 Octobre, 1999. Michael Rudder et Mark La Rochelle, demandeurs v. Microsoft Corporation. [En ligne :] http://aix1.uottawa.ca.

C.S.Q. 31 janvier 2005. Aspencer1.com Inc. c Paysystem Corp. [En ligne :] http://www.canlii.org.

C.S.C. 13- 07-2007. Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs [En ligne :] https://scc-csc.lexum.com.

États-Unis

C.S.U.S. 1878. Pennoyer v. Neff: 95 U.S. 714 (1878). [En ligne :] http://www.lawnix.com.

C.S.U.S. D'Arcy v. Ketchum, 52 U.S. 11 How. 165 165 (1850). [En ligne :] https://supreme.justia.com/cases.

C.S.U.S. 15 février 1932. Blackmer v. United States 284 U.S. 421. [En ligne :] https://supreme.justia.com.

C.S.U.S. 3 décembre 1945. International Shoe v. State of Washington: 326 U.S. 310. [En ligne :] https://supreme.justia.com.

C.S.U.S. 25 juin 1962. Brown Shoe Co., Inc. c. États-Unis 370 US 294. [En ligne :] https://supreme.justia.com/cases

C.S.U.S. 12 juin 1972 . l'affaire / The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. [En ligne :] https://supreme.justia.com».

C.S.U.S. 24 juin 1977. Shaffer v. Heitner: 433 U.S. 186. [En ligne :] https://supreme.justia.com.

C.S.U.S. 20 juin 1979. Smith v. Smith: Cour suprême de la Californie. [En ligne :] http://law.justia.com.

C.S.U.S. 21 janvier 1980World-Wide Volkwagen Corp. v. Woodson: 444 U.S. 286. [En ligne :] https://supreme.justia.com».

C.S.U.S. 26 juin 1985. affaire Phillips Petroleum v. Shutts. [En ligne :] https://supreme.justia.com/cases/federal/us.

C.S. C (Court de Suprême de Californie). 24 février 1987. Asahi Metal Indus. v. Superior Court : 480. [En ligne :] https://supreme.justia.com.

C.F.S. (Cour fédéral suisse). 27 janvier 1992. l'arrêt de la 2ème Cour civile. W. contre dame W. [En ligne :] http://relevancy.bger

C.S.M. (Cour du district du Massachusetts). Le 12 mars 1997. L'affaire Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. [En ligne :] http://law.justia.com».

C.S.U.S. 10. Sept. 1997. Bensusan Restaurant Corp. v. King. [En ligne :] « http://law.justia.com».

C.S.U.S. 2001. America Online c. Super.Ct. (In re Mendoza),108 Cal .Rptr.2d 699. [En ligne :] http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/90/1.html.

C.S.U.S. America Online c Booker, (Fla.Dist.Ct.App.Feb.7, 2001) No.3D00-2020, 2001 WL 98614 En ligne: http://www.licra.org/fr.

C.A.N.K. (Cour d'appel de New-York). Le deuxième Circuit. January 23, 2004. Register.com Inc., Plaintiff-appellee v. Verio Inc., [En ligne :] http://law.justia.com/cases.

C.A.C. La Cour d'Appel du District de Californie. 23 août 2004. L'affaire Yahoo.

C.S. ILL. (Court of Illinois), 08/12/05.Hubbert v. Dell Corp. [En ligne :] http://law.justia.com.

C.S. P. (Court for the eastern district of Pennsylvania), civil action n°06-2540: Lawrence Feldman v. Google Inc., 2007. [En ligne :] http://www.paed.uscourts.gov.

ANNEXES

Code civil, 1951

L'article 1

1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre (*lafz*) ou l'esprit (*fahwa*) de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman les plus conformes aux textes de cette loi sans se limiter à une école particulière. A défaut de ces principes, le juge aura recours aux règles de l'équité.

3) Les tribunaux s'inspireront dans tous ces cas des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence tant en Irak que dans les pays dont les lois sont proches des lois irakiennes.

L'article 14

Un irakien doit être jugé devant les tribunaux irakiens en respect des droits qu'il possède et même ceux qui ont été créés à l'étranger.

L'article 15

L'étranger ne peut être jugé devant les tribunaux de l'Irak dans les cas suivants :

(a) quand il est en Irak ;

(b) lorsque le litige est à l'égard d'un droit sur un bien immobilier existant en Irak ou un mobile qui existait en Irak au moment de l'ouverture de la procédure ;

(c) où l'objet du litige est un contrat conclu en irak ou il a été exécuté ou doit être exécuté en Irak ou lorsque le litige porte sur un événement qui a eu lieu en Irak.

« *Les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées* ».

L'article 42

1) Le domicile est le lieu où la personne réside d'une manière habituelle, une personne peut avoir en même temps plus d'un domicile.

L'article 44

Le lieu où la personne exerce son commerce ou sa profession est considéré comme un domicile spécial pour les affaires qui se rapportent à ce commerce ou à cette profession.

L’article 45

1) On peut élire un domicile spécial pour l'exécution d'un acte juridique déterminé.

2) Le domicile élu pour l'exécution d'un acte juridique sera considéré comme domicile pour tout ce qui se rattache à cet acte, y compris la procédure de l'exécution forcée, à moins que l'élection ne soit expressément limitée à certains actes déterminés, à l'exclusion des autres.

3) L'élection de domicile doit être prouvée par écrit.

L’article 73

Un contrat est l'union d'une offre faite par la partie contractante avec l'acceptation d'une autre partie d'une manière qui établit les effets donc dans l'objet du contrat.

L’article 77

1) L'offre et l'acceptation sont deux expressions utilisées régulièrement lors de la création d'un contrat; selon l'expression, l'offre est faite en premier, puis vient l'acceptation (de cette offre).

2) L'offre et l'acceptation s'écrivent au passé ou parfois au futur, voire sous la forme d'un ordre pour lequel l'exécution immédiate est prévue.

L'article 79

Comme l'offre et l'acceptation peut, par voie orale, ils peuvent être par correspondance qui est dans l'usage commun, ainsi que par échange réelle désignant l'acceptation mutuelle et par toute autre méthode dont les circonstances laissent aucun doute quant à l'acceptation indiquer l'acceptation mutuelle et par quelque méthode les circonstances qui ne laissent aucun doute à indiquer l'acceptation mutuelle.

L’article 82

Les parties contractantes ont une option après l'offre jusqu'à la fin de la session ; où l'initiateur a retiré son offre avant l'acceptation a été exprimé ou lorsque chaque partie contractante profère une parole ou fait un acte qui indique le rejet de l'offre sera annulée et toute acceptation il prononcé après seront écartées.

L’article 87

(1) Sauf convention ou disposition contraire, le contrat entre absents est réputé conclu dans le lieu et au moment où l'auteur de l'offre a pris connaissance de l'acceptation.

(2) il sera supposé que l'initiateur a avait pris conscience de l'acceptation de la place au moment de son arrivée à celui-ci.

L’article 88

Le contractant (par téléphone) ou tout autre moyen semblable comme ayant été parmi les présences concernant le temps et parmi des absents par rapport à l'endroit.

L’article 106

La majorité est fixée à 18 ans révolus, d'après le calendrier grégorien.

L’article 396

1 -si l'objet d'une obligation de livrer une chose ayant de la valeur et du poids tels que les choses qui sont mesurées par le volume ou le poids des matières premières et des choses semblables et si le contrat est absolu ne précisant pas un endroit pour la livraison la chose sera livrée à l'endroit où il se trouvait au moment du contrat.

2 - En ce qui concerne les autres obligations, la décharge aura lieu au domicile du débiteur au moment de l'échéance ou à l'endroit où se trouve ses locaux commerciaux si l'obligation est liée à cette activité, sauf si il y a un accord contraire.

L’article 541

1 -la simple question du contrat nécessite la livraison de la chose vendue à l'endroit où il se trouve au moment de la conception du contrat : si la chose vendue est un objet mobile dont l'emplacement n'a pas été désigné, il sera considéré comme se situant au lieu de la résidence du vendeur.

2 - si le contrat stipulait que le vendeur doit délivrer la chose vendue en un lieu déterminé, la livraison doit être effectuée à cet endroit.

Code procédure civil irakien 1969

L’article 30

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Code du droit de la famille irakien

L’article 7 du Code du droit de la famille irakien, stipulant que « le déclinatoire de la juridiction de la cour en raison d'incompétence ou en raison du type de procès ou sa valeur par le tribunal en soi même, et peut être évoqué à tout moment du procès ».

La loi d'exécution des jugements étrangers en Irak n° 30 de 1928

L’article 7 de cette loi prévoit que un tribunal étranger compétent estimait que si l'une des conditions suivantes:

(…)

5- le tribunal étranger est compétent s'il est approuvé par les parties du procès.

6 - ou le défendeur avait assité au procès à son choix

Loi sur la signature et les transactions électronique de 2012 irakienne

L’article 18 alinéa 1 prévoit que

Il est possible de valider l'offre et l'acceptation du contrat par voie électronique.

L’article 21, alinéa 1er prévoit que :

1. Les documents électroniques sont envoyés à partir de l'endroit où le siège réside (site Internet inclus) et sont reçus à l'endroit du domicile ou le siège du travail du destinataire. Sauf convention contraire entre l’expéditeur et le destinataire sur l’endroit de la réception.

2. Si le site ou le destinataire a plus d'un lieu d'affaires doivent être jugées lien plus proche de la transaction est le lieu de la transmission ou de la réception et si on ne peu pas déterminer le siège du travail spécifiquement donc, le siège principal est le lieu de la transmission ou de la réception.

INDEX

A

Atténuation d'extranéité, 216

Autonomie des parties, 363, 381

C

Caractère constitutionnel, 52

Clauses, 16, 40, 62, 96, 102, 105, 109, 150, 157, 213, 218, 233, 280, 293-296, 298, 301-303, 305, 306, 309, 317, 318, 320, 325, 328-330, 332, 335-338, 341-350, 353, 355, 357-359, 361, 364-366, 369-371, 372, 375, 376, 378, 379, 381, 389

Compétence fédérale, 42, 48-50

Conclusion du contrat, 22, 97, 98, 123, 124, 139, 145, 146, 149, 150, 151, 152, 155, 214, 227, 230, 231, 232, 278, 279, 282, 283, 287, 289, 323, 348, 371, 373, 390

Conception du contrat, 157, 256, 266

Conditions de fond, 101, 107, 294

Conditions de forme, 101, 294, 302

Conflit de compétence, 7, 14, 17-19, 22, 25, 26, 31, 32, 34, 36-40, 44, 52, 62, 63, 65, 82, 83, 88, 116, 117, 135, 164, 172, 175, 179, 188, 191, 195, 202, 208, 210, 211, 214, 232, 243, 266, 331, 372, 383, 384, 386-389

Contrat virtuel, 26, 31, 34, 36, 118-120, 128,-130, 135, 137-139, 141-145, 147, 153, 155, 158, 207, 208, 213, 214-216, 218, 226, 254, 255, 258, 261, 266, 276, 292, 295, 338, 340, 358, 383

Conventions internationales, 13, 18, 20, 24, 26, 31, 32, 54, 176, 201, 211-217, 223, 225, 237, 243, 245-247, 251, 252, 256, 266, 278, 283, 284, 288, 289, 292-297, 299, 301, 303, 322, 328, 330, 331, 336, 338, 347, 349, 352, 354, 358, 363, 364, 372, 382, 383, 387

Critère de la nationalité, 23, 57, 82, 84, 88, 178, 226

Critère d'intégrité, 313

Critère économique, 122, 124, 263, 292

Critère juridique, 121, 124, 217, 292

D

Déni de compétence, 329, 333, 334

Domicile, 22, 35, 37, 40, 48, 56, 66, 70, 76, 81, 85, 86, 88-93, 98, 100, 122, 123, 125, 128, 129, 133, 145, 148, 154-156, 159, 161, 162, 196, 202, 205-208, 253, 257, 258, 264, 266, 270, 276, 279, 282, 283, 285, 287, 288, 289-291, 296, 320-332, 358, 359, 365, 371, 373, 374, 379, 381

E

Effectivité, 174, 175, 188-190, 192-194, 201, 259, 290, 329

Efficacité, 15, 23, 27, 33, 85, 91, 117, 164, 184, 188-193, 195, 198, 201, 203, 208, 214, 349, 355, 357, 358, 363, 368, 391

Exclusion, 11, 89, 221, 227, 232, 235, 288, 289, 300, 328, 334, 350, 375

Exécution du contrat, 34, 98, 118, 122, 144, 145, 150, 157-159, 162, 206, 208, 225, 232, 235, 236, 265, 268, 283, 288, 289, 380, 386

Exécution virtuelle, 156

Extranéité, 22, 25, 29, 35, 38, 57, 61, 84, 91, 118-137, 142, 210, 211, 213, 215-218, 225-228, 230, 232, 234-237, 239, 240, 250, 252, 292, 367, 383

Extranéité virtuelle, 126, 127, 129, 131, 135

F

Flexibilité, 18, 26, 38-40, 61, 65, 66, 82, 85, 116, 186, 187, 235, 250, 296

Forum non conveniens, 37, 47, 60, 61, 64-67, 79, 80, 108, 262, 378

H

Harmonisation, 15, 17, 20, 21, 32, 34, 71, 113, 175, 176, 218, 238, 330, 388

I

Internationalité du contrat, 124, 131, 132

L

Lacunes, 25, 31, 117, 121, 163-173, 175, 177-179, 182, 183, 185-187, 189, 204, 208, 210, 214, 290, 342, 382, 389

Liberté des parties, 108, 110, 373

Liens minimums, 73, 76, 78-80

Livraison, 22, 96, 119, 127, 128, 150, 157, 158, 159, 160, 201, 221, 237, 238, 261, 262, 263, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 275, 346

Localisation, 24, 27, 36, 88, 118, 119, 122, 123, 129, 135-138, 144, 156, 159, 160, 161, 179, 196, 200-203, 206-208, 210, 213-216, 232, 254, 255, 258, 263, 265, 266, 268, 269, 275, 276, 282, 287, 291, 292, 322-324, 326, 331, 332, 365, 368, 375, 383, 389

Long Arm, 30, 39, 51, 56, 57, 59, 60, 69-73

N

Nature du réseau, 195, 198

Normes étrangères, 110

P

Pouvoir discrétionnaire, 62, 65, 66, 193, 236, 246, 262, 346, 373, 376, 377

Présence du défendeur, 73, 84, 88

Proximité, 365, 370-373

R

Rattachement, 31, 38, 46, 47, 60, 62, 67, 83, 84, 97, 99, 101, 118, 120, 121, 127, 133, 135, 161, 162, 188, 195, 201-204, 207, 214, 237, 266, 322-324, 334, 335, 344, 363-370, 372, 374, 381, 391

Recours au droit comparé, 29, 100, 111, 112, 114, 115, 122

Reformulation du texte juridique, 183

Règles conventionnelles, 212, 213

Rigidité, 18, 22, 38-40, 82-84, 88, 95, 97, 98, 100, 102, 118, 120, 162, 184, 186, 190, 191, 204, 209, 210, 217, 255, 323, 324, 363

S

Séparation des clauses attributives, 328, 329

Signature électronique, 148, 157, 306, 312, 317, 327

Soumission volontaire, 100, 101, 103-105

T

Tentative d'atténuation, 100

V

Validité formelle, 3, 294, 295, 316, 361

Virtualité des règles conventionnelles, 266

TABLES DES MATIÈRES

DÉDICACES **1**
REMERCIEMENTS **2**
SOMMAIRE **3**
RÉSUMÉ **5**
ABSTRACT **6**
INTRODUCTION **7**

Genèse du droit civil irakien 7
Introduction générale 12
Méthodologie 19
Le choix des pays de comparaison 19
Intérêt de la recherche comparative 20
L'objet de la recherche 22
Originalité et spécificité de l'étude 26
La méthode comparative de la recherche 28
Plan de l'étude 31

1ÈRE PARTIE : L'ABSENCE D'HARMONISATION ENTRE LA NATURE DES RÈGLES DE CONFLIT DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE ET LES PRATIQUES SUR INTERNET **33**

TITRE 1 : LA NATURE TECHNIQUE DES REGLES DE CONFLIT DE COMPETENCE INTERNATIONALE EN DROIT IRAKIEN ET COMPARE 37

Chapitre 1 : Les aspects de la rigidité et de la flexibilité des règles de conflit de compétence en droit américain *39*

Section 1 : Les caractéristiques des règles de conflits de compétence internationale américaines 41
Paragraphe 1 : L'influence de la régulation des tribunaux sur des règles de conflit 41
A. Des systèmes judiciaires non unifiés 42
B. La compétence fédérale 48
Paragraphe 2 : La constitutionnalisation de la compétence internationale des règles de conflit américaines 52
A. Le caractère constitutionnel des règles de conflits de compétence internationale américaines 52
B. L'affirmation et la limitation du principe constitutionnel par la Cour Suprême 57
Section 2 : La compétence basée sur un rattachement flexible 60
Paragraphe 1 : Le *forum non conveniens* 60
A. Le développement du principe du forum non conveniens 61
B. La flexibilité du forum non conveniens 65
Paragraphe 2 : Les lois de type *Long Arm* 69
A. L'origine et le contenu des lois de type Long Arm 70
B. Les liens minimums 73

Chapitre 2 : Les aspects de la rigidité et de la flexibilité des règles de conflit en droit irakien et français 82
Section 1 : L'approche rigide 83
Paragraphe 1 : L'approche rigide basée sur des personnes 84
A. Le critère de la nationalité du défendeur 84
B. La présence du défendeur étranger sur le territoire de l'état 88
Paragraphe 2 : L'approche rigide basée sur le lieu d'exécution des obligations 95
A. L'adoption du critère d'exécution des obligations dans le droit irakien et comparé 95
B. La rigidité du critère du lieu d'exécution des obligations 97
Section 2 : La tentative d'atténuation de l'approche rigide 100
Paragraphe 1 : La soumission volontaire à la compétence du tribunal 101
A. Les conditions de forme 101
B. Les conditions de fond 107
Paragraphe 2 : L'atténuation par le recours des juges à des normes étrangères 110
A. La philosophie de recours au droit comparé par les juges 111
B. Les conditions de recours au droit comparé 114
Conclusion Titre 1 116
TITRE 2 : L'IMMIXTION DE LA SPHERE VIRTUELLE DANS DES REGLES DE CONFLIT DE COMPETENCE INTERNATIONALE ... 117
Chapitre 1 : La problématique de la localisation du contrat virtuel en droit irakien 119
Section 1 : L'élément d'extranéité du contrat virtuel 120
Paragraphe 1 : La définition de l'élément d'extranéité 120
Le critère juridique 121
Le critère économique 124
Paragraphe 2 : La confusion dans le concept d'extranéité 125
A. L'extranéité virtuelle par essence 126
B. Le refus de l'extranéité virtuelle par essence 131
Section 2 : Les difficultés à déterminer le tribunal compétent du contrat virtuel 137
Paragraphe 1 : La nature virtuelle du contrat 138
A. La définition du contrat virtuel 139
B. La formation partielle ou intégrale du contrat 143
Paragraphe 2 : La détermination du moment de conclusion et d'exécution du contrat virtuel 144
A : Le moment de conclusion du contrat virtuel 145
B. L'exécution virtuelle du contrat 156
Chapitre 2 : Les conséquences de l'immixtion de la sphère virtuelle 163
Section 1 : La thèse des lacunes dans les règles de conflit de compétence 164
Paragraphe 1 : Définition de la lacune juridique et ses causes 165
A. La lacune juridique : tentative de définition 165
B. Les causes de la lacune juridique 171
Paragraphe 2 : La nature des lacunes juridiques dans les règles de conflit de compétence internationale 172
A : Le recours aux principes généraux comme preuve de la lacune juridique 172
B. La reformulation du texte juridique 183

Section 2 : La thèse de l'inefficacité des règles de conflit de compétence 188
Paragraphe 1 : La détermination de principe de l'inefficacité 188
A. L'effectivité et l'ineffectivité du droit 188
B. L'effectivité du droit et l'efficience du droit 192
Paragraphe 2 : Le défaut du rattachement comme conséquence de l'inefficacité des règles des conflits 195
A. La nature du réseau Internet 195
B. Le défaut de localisation du rattachement virtuel 201
Conclusion Titre 2 208
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 209
2ÈME PARTIE : LES INSTRUMENTS PERMETTANT DE DEPASSER LES OBSTACLES DE LA SPHERE VIRTUELLE 211
TITRE 1 : L'EVOLUTION DE L'ATTRIBUTION CONVENTIONNELLE DU CONTRAT VIRTUEL 214
Chapitre 1 : L'atténuation de l'élément d'extranéité 216
Section 1 : L'absence d'exigence de l'élément d'extranéité par les conventions internationales 217
Paragraphe 1 : Les dispositions générales de la convention sur les communications électroniques . 218
A. Définition de l'utilisation du commerce électronique 218
B. Le rapport entre la convention et les règles de droit international privé 222
Paragraphe 2 : L'adoption du critère de l'établissement 224
A. Définition du critère de l'établissement 225
B. Établissements multiples et absence d'établissement 230
Section 2 : L'identité entre le conflit international et interne 239
Paragraphe 1 : Le principe 239
A. La concordance de notion de conflit avec la forme de l'État 239
B. La provenance de conflits entre les unités fédérales 243
Paragraphe 2 : La limitation à l'application du principe 246
A. L'application partielle ou intégrale des dispositions des conventions internationales 247
B. L'absence de déclaration de limitation du principe 249
Chapitre 2 : Les traits du développement de localisation du contrat virtuel 254
Section 1 : Le développement de la conception du contrat 256
Paragraphe 1 : Le développement du critère d'exécution de l'obligation 256
A. L'atténuation technique du critère d'exécution des obligations 256
B : Un avancement insuffisant 262
Paragraphe 2 : La virtualité des règles conventionnelles 266
A. L'expansion de la conception du contrat par les conventions internationales 266
B. La distinction entre le contrat de vente de marchandises et de fourniture de services 269
Section 2 : L'atténuation de la localisation du contrat virtuel en faveur du consommateur 276
Paragraphe 1 : L'essor de la notion de consommateur en droit conventionnel 276
A. Conception étroite 277
B. Conception dynamique 279
Paragraphe 2 : Les aspects de l'évolution de la localisation du contrat consommateur 282

A. Le recours au critère des activités dirigée vers 283
B. L'exclusion du lieu de conclusion et l'exécution du contrat 288
Conclusion titre 1 ..... *292*
TITRE 2 : L'ESSOR DES CLAUSES ATTRIBUTIVES DANS LES CONVENTIONS INTERNATIONALES 293
Chapitre 1 : Les caractéristiques de l'évolution : la validité formelle des clauses attributives *295*
Section 1 : L'élargissement des notions de l'écrit par les conventions internationales 296
Paragraphe 1 : Une convention écrite ou verbale confirmée par écrit 297
A. Une forme conforme aux habitudes des parties, l'atténuation personnelle 297
B. La souplesse de la conception matérialiste de l'écriture 301
Paragraphe 2 : Une convention écrite virtuellement 305
A. La notion de durabilité à travers la conservation et la datation 305
B. Le critère d'intégrité 313
Section 2 : L'abandon du critère de domicile 320
Paragraphe 1 : Le domicile comme critère de la validation formelle 320
A. L'hésitation entre le critère de domicile et la résidence 321
B. La difficulté d'application du critère de domiciliation 325
Paragraphe 2 : L'exclusion d'un lien technique entre le critère du domicile et les clauses attributives 328
A. La séparation entre le domicile et les clauses attributives 329
B. Le déni d'une compétence absolue des tribunaux des États Parties et le phénomène d'internationalisation 333
Chapitre 2 : L'évolution de la validité au fond des clauses attributives *336*
Section 1 : L'essor de la notion de consentement et l'autonomie des clauses attributives du contrat 337
Paragraphe 1 : L'essor de la notion du consentement 337
A. Le consentement par un toucher ou un clic sur une icône 338
B. Le rôle des conventions internationales dans l'évaluation de la validité de l'exigence du consentement 347
Paragraphe 2 : L'autonomie des clauses attributives du contrat 355
A. L'origine du principe Benincasa 355
B. Le renforcement de la prévisibilité et de l'efficacité des clauses attributives dans le contrat virtuel 358
Section 2 : Atténuation de la qualité du rattachement 363
Paragraphe 1 : La logique du principe de proximité dans les clauses attributives de juridiction 364
A. La définition du rattachement de la proximité 364
B. La place de la proximité dans des clauses attributives de juridiction 369
Paragraphe 2 : L'annulation du rôle complémentaire de la proximité 372
A. La liberté des parties de désignation d'un tribunal compétent 373
B. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal 376
Conclusion Titre 2 ..... *381*
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 383
CONCLUSION GÉNÉRALE 384

BIBLIOGRAPHIE **393**

1. OUVRAGES 393
2. ARTICLES ET COMMUNICATIONS 402
3. CONVENTIONS INTERNATIONALES 413
4. CODES ET LEGISLATION 414

Iraq *414*

France *414*

Autres *414*

5. JURISPRUDENCE 415

Union Européenne *416*

Canada *418*

États-Unis *418*

ANNEXES **420**

Code civil, 1951 ..... *420*

INDEX **425**

TABLES DES MATIÈRES **427**

Les effets de l'Internet sur les règles de conflit de compétence internationale

Résumé en français

La législation irakienne définit le contrat comme étant l'union d'une offre faite par la partie contractante avec l'acceptation d'une autre partie et ce de manière à établir les effets dans l'objet du contrat. Ainsi, la place occupée par le contrat de vente en droit irakien est importante. Lorsque les parties relèvent d'ordres juridiques différents, leurs rapports sont régis par le droit international privé, qui détermine le tribunal apte à trancher le litige.

Cette thèse de doctorat vise alors à vérifier la capacité à appliquer les règles de conflit de compétence internationale en droit irakien sur des contrats « virtuels » ou dématérialisés. Comme nous le verrons, dans ce domaine, « virtuel » ne veut pas pour autant dire que ce contrat n'est pas réel, comme le spécifie très clairement la loi irakienne. Il reste rattaché au territoire. Le problème est que le droit irakien, en ignorant les notions de frontière et de territorialité, ne reconnaît pas sa propre « immatérialité ». Cette réalité dans les textes et la pratique implique que les opérations qui se produisent sur Internet ne sont pas prises en compte par les règles de conflits de compétence internationale. C'est la raison pour laquelle nous avons souhaité vérifier et comprendre la capacité et l'effectivité des règles de conflit de compétence internationale dans le cadre de litiges sur Internet.

Ce faisant, nous espérons mettre en lumière les règles les plus appropriées, qui correspondent le mieux à la nature du contrat virtuel, à savoir son immatérialité. Pour ce faire, nous entreverrons quelques développements sur les litiges de l'Internet. Ainsi nous disposons de deux domaines de recherche : un premier au niveau de la législation nationale, comme le droit français et le droit américain ; un deuxième au niveau des conventions internationales, comme les conventions des Nations-Unies en 2005, la convention de la Haye en 2005, la convention de Bruxelles en 1968 ou encore les règlements de Bruxelles 2000 et 2012.

Mot clés : conflit de compétence internationale, litiges sur Internet, immixtion.

Impacts of Internet on the international rules of conflict of jurisdiction

Résumé en anglais

Iraqi law defines the contract as the union of an offer made by the contracting party with the acceptance of another party and that in order to establish the effects in the contract. The place of the sales contract under Iraqi law is important. When the parties come from different legal orders, their relations are governed by the private international law which determines the court will decide. This thesis research aims to test the ability to apply the international rules of conflict of jurisdiction under Iraqi law on the virtual contract, which is paperless. We shall see, this is not to mean however that the contract is not real, as clearly specifies Iraqi law. It remains attached to the territory. In contrast, the Iraqi law does not recognize its immaterial that meanwhile ignores borders and notions of territoriality.

This reality in the texts and practices therefore makes transactions that occur on the Internet are not taken into account by the rules of international jurisdiction conflicts. That is why, we wanted to check and understand the capacity and effectiveness of international jurisdiction conflict rules in the context of Internet disputes.

So we will try to find the most appropriate rules, consistent with the nature of the virtual contract, namely its immateriality. This search will reveal developments in litigation of the Internet. Thus, it takes two directions: first at the national legislation, such as French and US law. Second, at the stage of international conventions such as the United Nations Conventions 2005, Hague Convention, the Brussels Convention 1968 and the 2000 and 2012 regulations.

Keywords : international rules of conflict of jurisdiction, Internet disputes, interference.