CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

AFFAIRES GÉNÉRALES
GENERAL AFFAIRS

Doc. prél. No 17
Prel. Doc. No 17

février/February 2002

L'IMPACT D'INTERNET SUR LE PROJET SUR LES JUGEMENTS : NOUVELLES PISTES DE REFLEXION

établi par Avril D. Haines
pour le Bureau Permanent

* * *

THE IMPACT OF THE INTERNET ON THE JUDGMENTS PROJECT: THOUGHTS FOR THE FUTURE

submitted by Avril D. Haines
for the Permanent Bureau

Document préliminaire No 17 de février 2002
à l'intention de la Commission I
(Affaires générales et politique de la Conférence)
de la XIXe Session diplomatique - avril 2002

Preliminary Document No 17 of February 2002
for the attention of Commission I
(General Affairs and Policy of the Conference)
of the XIXth Diplomatic Session - April 2002

Bureau Permanent de la Conférence . Scheveningseweg 6 . 2517 KT La Haye . Pays-Bas
Permanent Bureau of the Conference . Scheveningseweg 6 . 2517 KT The Hague . Netherlands

L'impact d'Internet sur le projet sur les jugements : nouvelles pistes de réflexion

établi par Avril D. Haines
pour le Bureau Permanent

* * *

The Impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future

submitted by Avril D. Haines
for the Permanent Bureau

INTRODUCTION

1 La présente Note porte sur l'impact d'Internet dans le cadre de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements en matière civile et commerciale (ci-après « la Convention sur les jugements »). La croissance du commerce électronique et son importance sous-jacente pour la réussite de la Convention seront analysées en section I. Les autres sections tenteront de cerner les travaux restants afin d'appréhender Internet de manière adéquate dans le contexte de la Convention. Pour aller de l'avant, cette Note a identifié deux questions pendantes. Certaines orientations devront au préalable être déterminées quant à la compétence juridictionnelle liée à Internet. Elles seront présentées en détail en section II. Les orientations ayant été définies, il faudra aborder un certain nombre de problèmes de rédaction. La section III analysera brièvement les difficultés en ce domaine.

SECTION I

L'IMPACT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

2 L'importance du commerce électronique dans le contexte des opérations transfrontalières, et donc dans le cadre de la Convention sur les jugements, ne peut être surestimée. Si les estimations concernant l'Internet sont au mieux une science inexacte, toutes les études conviennent de ce que l'activité économique dans ce domaine continue de connaître une croissance phénoménale.[1] Le commerce par Internet devrait atteindre jusqu'à 7,64 trillions d'euros[2] en 2004 dans le monde entier,[3] ayant atteint 214 milliards d'euros[4] en 2000[5]. En outre, le nombre d'utilisateurs s'accroît rapidement, avec une augmentation correspondante du nombre d'achats effectués en ligne. Depuis 1992, le nombre d'ordinateurs disposant d'un accès à l'Internet est passé de 1,3 millions[6] à 625 millions en 2001,[7] 40 % environ de

---

[1] Des rapports ont signalé un ralentissement de cette croissance depuis les événements du 11 septembre 2001. Cependant, des études indiquent que le manque de confiance des consommateurs était temporaire et que l'industrie du commerce électronique poursuit sa croissance. Voir Keenan Vision Research, E-Merchant 2001: Accelerating Free Trade, 7 nov. 2001, à http:/www.keenanvision.com/doc/em01/em01-7.asp.

[2] Environ 6,8 trillions de dollars (USD); un trillion équivalant à 1,000 milliards.

[3] Prévision de Forrester Research, rapportée par Matthew R. Sanders, Global e-Commerce Approaches Hypergrowth, 18 avril 2000, disponible à http://www.forrester.com/ER/Research/Brief/Excerpt/0,1317,9229,00.html (dernière visite le 14 novembre 2001). Cette estimation comprend les opérations à la fois entre professionnels (« business to business ») et contrats entre professionnels et consommateurs (« business to consumers »). Il convient cependant de noter que les opérations entre professionnels représentent plus des quatre-cinquièmes de toutes les opérations réalisées en ligne. Voir Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), Business-to-consumer e-commerce statistics - an update, 14 (mars 2001) disponible à http://www.oecd.org/oecd/pages/home/displaygeneral/0,3380,FR-statistics-44-1-no-no-no-44--no-FF.html.

[4] Environ 190 milliards de dollars.

[5] Selon Keenan Vision, l'activité en matière de commerce électronique a doublé depuis 1999. Keenan Vision Research à http://www.keenanvision.com/doc/em01-4.asp (nov. 2001).

[6] *Towards Digital eQuality*, Groupe de travail de l'Administration des Etats-Unis sur le commerce électronique, 2e rapport annuel, 1999 (citant l'étude des domaines de l'Internet Software Consortium à http://www.isc.org).

[7] Computer Industry Almanac, communiqué de presse : *There will be 625 Million Computers in use Year End 2001*, juillet 2001 à http://www.c-i-a.com/200107cu.htm (dernière visite le 15 novembre 2001). Diverses études citent des chiffres différents, mais la tendance est claire. Par exemple, NUA Internet Surveys rapporte plus de 500 millions d'utilisateurs dans le monde entier en août 2001. NUA Internet Surveys, disponible à

tous les utilisateurs d'Internet ayant effectué au moins un achat en ligne.[8] Il apparaît progressivement que l'Internet révolutionne l'aspect du commerce, et que les litiges ayant trait à l'Internet vont représenter une part significative de ce qui relèverait du champ d'application du Projet sur les jugements.

3 De nombreux Etats, ayant reconnu l'énorme potentiel de ce nouveau médium,[9] ont fait de l'encouragement au développement du commerce électronique une priorité. Internet peut contribuer à créer de nouveaux emplois, de nouvelles opportunités dans le secteur industriel et les services, promouvoir le commerce international, attirer les investissements étrangers et, généralement, contribuer à la création et au partage des connaissances. En outre, Internet peut représenter une chance unique pour les pays en développement, en donnant à leurs industries un accès direct au marché mondial.[10] Il est donc essentiel que la Convention ne soit pas un frein à la poursuite de la croissance du secteur du commerce électronique, mais serve plutôt à nourrir son développement. Un cadre envisagé pour la compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers viendrait à l'appui d'un objectif politique de telle ampleur, à condition de tenir compte du nouvel environnement Internet.[11] Un tel cadre permettrait aux entreprises de gérer avec plus d'exactitude les risques et coûts associés aux contentieux devant les juridictions étrangères du fait de leur utilisation

---

http://www.nua.ie/surveys/how_many_online/.

[8] OCDE, Business-to-consumer e-commerce statistics - an update, 3 (mars 2001) disponible à http://www.oecd.org/oecd/pages/home/displaygeneral/0,3380,FR-statistics-44-1-no-no-no-44--no-FF.html (citant Angus Reid, 2000).

[9] Par exemple, le Parlement européen et le Conseil européen ont réitéré à de nombreuses reprises leur engagement pour le développement du commerce électronique, traduit dans la Directive CE/2000/31 du Parlement européen et du Conseil relatives à certains aspects de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, 2000 J.O. L 178/1 [ci-après la « Directive sur le commerce électronique »] du 8 juin 2000, déclarant que « [l]e développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il stimulera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet. » En avril 2001, le Secrétaire au Commerce des Etats-Unis a noté, dans un discours confirmant son engagement à soutenir la croissance du commerce électronique, que « [TRADUCTION] le Président Bush reconnaît, comme moi, que le commerce électronique va rester une des forces motrices de la croissance économique au 21e siècle. » Donald L. Evans, discours au Sommet sur le commerce électronique Amérique Latine/Caraïbes, 4 avril 2001. L'Australie et le Japon ont publié une déclaration commune sur le commerce électronique notant que « [TRADUCTION] le Gouvernement Australien et le Gouvernement du Japon reconnaissent que la croissance de l'économie de l'information est une évolution significative des relations économiques mondiales et profite aux deux pays, notamment dans la pratique des affaires internationales. Le commerce électronique, en particulier, permet l'accès à de nouveaux marchés, améliore la qualité des services, encourage l'innovation, et stimule l'efficacité de l'offre et de la distribution. » Ministère des Affaires étrangères du Japon, *Déclaration commune Australie/Japon sur le commerce électronique* (6 juillet 1999) à http://www.mofa.go.jp/policy/economy/e_commerce/statemt9907.html.

[10] Beaucoup de choses ont été écrites sur la question. Voir généralement Peter Cukor & Lee McKnight, *Knowledge Networks, the Internet, and Development*, 25 FLETCHER F. WORLD AFFAIRS 43 (hiver 2001) (décrivant les implications des technologies du commerce électronique pour les pays en développement d'Afrique, d'Asie, d'Europe Orientale et d'Amérique Latine); Robert Kossick, *The Internet in Latin America : New Opportunities, Developments and Challenges*, 13 FLA. J. INT'L L., 263, 275 (été 2001) (notant que « [TRADUCTION] Internet représente l'une des occasions de développement les plus importantes pour l'Amérique Latine »); Onelia Collazo, *E-tailing*, LatinFinance, juin 1999, p.48. (décrivant l'impact d'Internet sur le commerce électronique comme ayant nivelé le champ d'intervention des grandes et petites entreprises).

[11] Voir, par exemple, Henry H. Perritt, Jr., *Economic and Other Barriers to Electronic Commerce*, 21 U. PA. J. INT'L ECON. L. 563, 563 (2000) (notant que « [TRADUCTION] l'expérience a effacé la plupart des doutes concernant la valeur d'Internet comme nouveau marché et arène politique mondiaux. Ce nouveau marché comporte de faibles barrières économiques à l'entrée, mais l'insécurité quant aux recours lorsque les affaires électroniques tournent mal peut gêner la réalisation intégrale du potentiel d'Internet »).

d'Internet, et renforcerait la confiance des consommateurs.

4 L'insécurité juridique en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution de jugements peut avoir deux conséquences. D'une part, les sociétés traitant par Internet pourront limiter leurs offres de produits afin d'essayer de limiter le risque d'être traînées devant les tribunaux dans divers ressorts, ou décider de ne pas traiter du tout par Internet, ce qui pourrait, en retour, frustrer des consommateurs qui préféreraient avoir accès aux biens et services à un prix plus concurrentiel que celui qu'ils peuvent obtenir normalement. D'autre part, les consommateurs pourront se méfier d'achats de biens et services par Internet sur des sites établis hors de leur ressort, du fait d'un manque de certitude quant à leurs possibilités de recours en cas de problème.

5 Néanmoins, les négociations du mois de juin ont illustré les difficultés inhérentes à la rédaction d'un projet qui soit à la fois largement acceptable et praticable dans l'environnement Internet.[12] Des experts et groupes internationaux représentant les intérêts du secteur privé dans le domaine du commerce électronique ont exprimé des craintes considérables. Leurs observations ont régulièrement exprimé le souci que la Convention, dans sa rédaction actuelle, serait préjudiciable plutôt que bénéfique à la croissance du secteur du commerce électronique.[13] Si certaines de ces préoccupations sont peut-être exagérées, il n'en demeure pas moins que l'énorme croissance d'Internet a donné lieu à de nouvelles questions dont les tenants et aboutissants doivent tous être considérés et qui doivent être résolues prudemment, afin d'éviter de créer une Convention qui servirait à saper l'objectif d'encouragement du secteur naissant du commerce électronique. Il demeure qu'en dépit des nombreuses difficultés que présente Internet, lors de la première réunion d'experts organisée par le Gouvernement du Canada avec la participation de la Conférence de la Haye pour examiner l'impact du commerce électronique sur le projet de Convention, aucun des experts réunis n'a estimé qu'il serait approprié, afin de progresser, d'exclure le commerce électronique du champ d'application du projet.[14]

---

[12] Le Texte provisoire produit lors de la Session Diplomatique de juin 2001 tenue à La Haye est disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse : http://www.hcch.net

[13] De nombreuses déclarations formelles ont été présentées par des organisations représentant le secteur privé, suggérant que le Projet sur les Jugements pourrait, en l'état, nuire à la croissance du commerce électronique plutôt que favoriser l'industrie. Voir, par exemple, la déclaration d'Internet Law and Policy Forum, Document de travail No 15, pour la Dix-neuvième Session, indiquant que « [TRADUCTION] soumettre les commerçants en ligne à une compétence mondiale aura pour effet de geler la croissance du commerce électronique. Nous devons prendre soin de ne pas adopter un cadre de compétence qui sera extrêmement difficile à modifier avant de comprendre toutes ses implications pour ce nouveau médium. » Voir également les observations de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) sur le projet de Convention sur la compétence et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale le 7 décembre 2001 (notant que « [traduction] les règles juridictionnelles relatives à Internet et au commerce électronique sont en pleine évolution au sein de nombre des Etats engagés dans la négociation. Nos membres croient qu'il serait peu sage, dans de nombreux cas, d'ignorer l'évolution actuelle des principes juridiques au sein de nombreux Etats engagés dans la négociation et d'établir par l'intermédiaire d'une convention internationale, de manière prématurée des règles qui risquent d'être ineffectives» En outre, un certain nombre d'articles ont été rédigés sur la question. Voir, par exemple, Paul Hofheinz, *EU Notebook - Cross-Border E-Commerce Continues to Raise Concerns*, WALL ST. J., 16 août 2001; Jovi Tanada Yam, *Global treaty tames the Web*, BUSINESS WORLD, 16 août 2001.

[14] Voir le *Résumé des discussions sur le commerce électronique et la compétence juridictionnelle internationale*, préparé par Catherine Kessedjian avec la coopération de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada, Document préliminaire No 12 d'août 2000, à l'attention de la Dix-neuvième Session, [ci-après « RAPPORT D'OTTAWA »], p. 11, indiquant « qu'à aucun moment, lors des discussions du groupe de travail d'Ottawa, il n'a été suggéré que le commerce électronique devrait être exclu du projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers. Au contraire, de nombreux experts ont déclaré qu'il convenait de tout faire pour que la Convention soit adaptée aux besoins du commerce électronique. A cet égard, il a été rappelé, comme d'ailleurs au cours de toutes les réunions

6 Le processus d'adaptation du cadre de la Convention aux besoins d'Internet comporte essentiellement deux étapes. La première implique une décision quant à l'équilibre idoine eu égard à la compétence applicable aux utilisateurs d'Internet et aux entreprises. Cela est essentiellement une décision politique relevant des Etats. La seconde étape implique la rédaction de cet équilibre convenu, de façon à assurer clarté et prévisibilité à la mise en oeuvre. L'explication de certains des problèmes rencontrés au cours de ces deux étapes pourrait être utile en vue de faire avancer la discussion des solutions possibles entre les délégués.

SECTION II

QUESTIONS DE POLITIQUE ET D'ORIENTATION

7 En général, les débats internationaux et nationaux relatifs aux questions de compétence applicable aux utilisateurs d'Internet se sont concentrés sur la question d'adopter ou non une démarche de « pays d'origine » ou de « pays de destination ». Dans une démarche de « pays d'origine », la compétence ne peut être exercée que par les juridictions du pays où est située la source de la transmission.[15] Dans une démarche de « pays de destination », la compétence peut être exercée partout où les informations et/ou biens et/ou services sont reçus.[16] On trouve, d'une part, une opposition entre entreprises et consommateurs, chaque groupe parvenant à des conclusions opposées quant à la démarche qui, en définitive, soutiendra le commerce électronique. D'autre part, et non sans lien, figurent les préoccupations d'ordre public liées à la diffusion d'informations par l'intermédiaire d'Internet. Ces questions surviennent en matière d'application de lois des Etats traitant de domaines tels que la propriété intellectuelle, la diffamation, l'obscénité, la protection de la vie privée, le racisme et la liberté d'expression. Le projet d'octobre 1999 de la Convention adopte une démarche de « pays de destination » à l'égard des contrats entre professionnels,[17] contrats entre professionnels et consommateurs,[18] et des délits.[19] Le

---

auxquelles il nous a été donné de participer depuis, que ce dont le commerce électronique a besoin, c'est de certitude et de prévisibilité. »

[15] L'expression est également utilisée en matière de conflit de lois, et en ce cas la loi du pays d'où la transmission est émise s'applique.

[16] L'expression est également utilisée en matière de conflit de lois, et en ce cas la loi du ou des pays de destination est applicable.

[17] Dans le cas de contrats entre professionnels (« *business to business* ») ne comportant pas de clause attributive de compétence valable, l'Article 6 prévoit une compétence en liste blanche partout où « en matière de fourniture d'objets mobiliers corporels, ceux-ci ont été fournies en tout ou en partie » ou « en matière de prestation de services, les services ont été rendus en tout ou en partie ». Dans le contexte d'Internet des difficultés peuvent survenir pour identifier le lieu où l'exécution électronique du contrat a eu lieu. Voir RAPPORT D'OTTAWA, pp.4-6. Le problème résulte du fait que nombre de contrats en ligne traitent de marchandises et services électroniques, dans le cadre desquels l'exécution est réalisée par un télédéchargement de logiciel sur l'ordinateur de l'acheteur. En notre époque d'ordinateurs portables et d'utilisateurs d'Internet mobile (« m-commerce »), cette exécution peut avoir lieu n'importe où. Les sociétés fournissant de l'information en contrepartie d'un abonnement à leur service par l'intermédiaire d'Internet sont un autre exemple d'industrie qui aurait du mal à gérer les risques liés à cette démarche. Il serait impossible à une société vendant, par exemple, des renseignements statistiques par l'intermédiaire d'Internet de définir ou de limiter où ses clients télédéchargent des renseignements, et si l'entreprise cherchait à limiter par contrat le nombre d'endroits où l'acheteur pourrait y accéder, cela réduirait clairement l'utilité du service. Lors de la Table Ronde de Genève sur les questions de droit international privé posées par les opérations de commerce électronique et Internet, le problème a été discuté et le groupe est convenu de ce que « si l'exécution a lieu en ligne, le lieu d'exécution n'est plus approprié comme facteur de rattachement. » Voir Conférence de la Haye de droit international privé et Université de Genève, Table Ronde de Genève, *Communiqué de presse: Table Ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé (1999)* accessible sur

Texte provisoire de 2001 a cependant atténué cette démarche en incluant une formulation indiquant qu'un défendeur ne sera pas soumis à la compétence en liste blanche s'il prend des « mesures raisonnables » pour éviter cette compétence.[20] Aucun consensus ne s'est dégagé au sujet de cette dernière suggestion, que certains ont jugée ambiguë et inefficace. En somme, aucun accord n'a été obtenu concernant la démarche appropriée. La présente Note décrit brièvement les différentes positions prises lors de ces discussions, afin de circonscrire le champ du débat.

Entreprises et consommateurs

---

http://www.hcch.net/e/events/press01f.html. Aucun accord n'a cependant été trouvé sur un fondement de compétence de remplacement. En outre, même si l'exécution en ligne devrait être présumée avoir eu lieu là où se trouve l'acheteur lors de la conclusion du contrat, il n'est pas toujours facile de déterminer la situation de l'acheteur. En ce qui concerne la détermination du lieu de l'acheteur, voir les observations présentées par la *Software & Information Industry Association* à l'Office américain des brevets et marques le 12 janvier 2001 (indiquant que « [TRADUCTION] dans de nombreux cas, il sera impossible à un vendeur de définir où l'acheteur ou l'utilisateur d'un produit numérisé est situé au moment de la vente, ou le lieu d'exécution électronique du contrat [...]. Par exemple, si un Fournisseur de Logiciels Internet (FLI) met ses produits ou services à la disposition d'utilisateurs par l'intermédiaire d'un modèle économique de Fournisseur de Services d'Application (FSA), le FLI n'aura probablement aucune idée de l'identité des utilisateurs ou de leur localisation. En outre, dans le modèle FSA, les utilisateurs de ces logiciels pourraient indiquer une adresse comme adresse de facturation, puis accéder aux produits ou services logiciels depuis tout lieu dans le monde où ils peuvent accéder à Internet. Ce ressort, qui n'est jamais indiqué au vendeur, pourrait devenir le lieu du contentieux. En bref, les FLI et autres fournisseurs de logiciels et de contenu pourraient se voir poursuivre partout où leurs produits et services peuvent être trouvés ou atteints. »). Voir également Chambre de Commerce Internationale, *La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique* (6 juin 2001), accessible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/French_translations/competence_et_loi _applicable.asp (indiquant que « [l]a complexité de l'application du principe du « pays de destination » est encore accrue lorsque les consommateurs passent par des « infomédiaires » ou par d'autres techniques interposées pour acheter des biens ou des services transmis numériquement, et payés par monnaie numérique ou par tout autre moyen de paiement ne permettant pas d'identifier l'acheteur. Dans ce cas, l'entreprise ne saura jamais à quelle loi et à quels tribunaux elle se soumet, car l'« infomédiaire » l'empêche de connaître l'identité et le lieu de résidence localisation du consommateur final. »).

[18] Dans le cas des contrats entre professionnels et consommateurs, l'Article 7 prévoit une compétence en liste blanche devant les tribunaux de l'Etat où le consommateur a sa résidence habituelle (qu'il y ait ou non une clause attributive de compétence dans le contrat, conclu avant la survenance du litige, à supposer 1) que l'entreprise ait exercé une activité professionnelle, « en particulier en sollicitant des affaires par des moyens de publicité » au lieu de la résidence du consommateur ou a dirigé ses activités vers cet Etat ; 2) que cette activité est liée à la conclusion du contrat en cause; et 3) que le consommateur a accompli « les démarches nécessaires à la conclusion du contrat [...] dans cet Etat. » Dans le cas d'un contrat conclu en ligne par un consommateur, les deux premières conditions seront toujours réunies et comme l'a fait remarquer le groupe d'experts à Ottawa, à l'égard de la troisième condition, « les moyens actuels de télécommunication permettent au consommateur de conclure le contrat dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle sans que cette occurrence ait une véritable implication pour les questions de compétence juridictionnelle », RAPPORT D'OTTAWA, p.6. Cette compétence, bien entendu, s'ajoute à tout motif de compétence disponible au consommateur en application de l'Article 6 si le contrat ne comporte pas de clause attributive de compétence, et a donc pour effet d'élargir le champ de la compétence en liste blanche à laquelle le vendeur serait soumis en application de la Convention.

[19] L'article 10, traitant de la compétence pour les litiges ayant trait aux délits, permet à un demandeur d'engager une procédure en responsabilité délictuelle devant les tribunaux de l'Etat où le dommage a pris naissance. En ce qui concerne Internet, un dommage pourra « prendre naissance » dans le cas de délits tels que la diffamation, l'atteinte aux droits d'auteurs, la captation de nom de domaine, contrefaçon par imitation, concurrence déloyale, appel à la haine et l'obscénité partout où les informations incriminées apparaissent sur un écran d'ordinateur. Il faut noter que la lettre a de l'article 10 adopte une approche de « pays d'origine » mais, lorsque combinée à la lettre b, aboutit à une approche de « pays de destination » avec l'option supplémentaire de pouvoir entamer des poursuites là où « l 'acte ou l'omission à l'origine du dommage a eu lieu ».

[20] Cette formulation a été initialement proposée pour les contrats entre professionnels et consommateurs et a depuis été intégrée aux propositions pour les articles 6 et 10 également.

8 Une démarche de « pays d'origine » a généralement les faveurs de l'industrie et autres utilisateurs d'Internet, préoccupés du risque de devoir se défendre contre des procédures dans un grand nombre de ressorts sans possibilité de restreindre le champ de ces prétentions à une compétence étendue, car un site Internet est diffusé mondialement et il est quasiment impossible de déterminer avec certitude où est situé un consommateur.[21] La préoccupation selon laquelle chaque ressort appliquera ses propres règles de conflit de lois sans coordination est étroitement liée à ce problème. Dans une grande partie des cas, cela donnera lieu à l'application du droit matériel du for, soumettant ainsi les entreprises de commerce électronique et les utilisateurs d'Internet à un nombre considérable de régimes juridiques potentiellement incompatibles.[22] Cette situation est rendue plus difficile à la lumière de la notable inflation législative relative à Internet dans différents pays et la récente élaboration de nouvelles doctrines juridiques particulières à ce domaine.[23] En d'autres termes, c'est

---

[21] Voir par exemple Chambre de Commerce Internationale, *La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique* (6 Juin 2001), accessible sur http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2001/French_translations/competence_et_loi_applicable.asp (indiquant que la démarche de « pays de destination » adoptée par certains gouvernements (notamment l'Europe en application du Règlement de Bruxelles) limite sévèrement l'extension du choix pour le consommateur et les prix plus favorables sur l'Internet parce que les entreprises ont réagi en limitant l'utilisation de leurs sites Internet au moyen de systèmes clos avec des partenaires établis ou de ventes aux résidents des territoires où les sociétés sont déjà établies).

[22] Le nombre de conflits possibles que l'on peut imaginer est immense. Considérons, par exemple, les litiges en matière de marques. Le magazine Playboy a obtenu aux Etats-Unis une ordonnance à l'encontre d'un magazine italien intitulé « Playmen ». La publication du magazine en Italie était cependant licite. L'éditeur italien a alors mis le magazine à disposition sur Internet, à partir d'un serveur situé en Italie. Un tribunal fédéral de district des Etats-Unis a jugé que l'éditeur avait enfreint l'ordonnance et a imposé au défendeur « [TRADUCTION] soit de fermer PLAYMEN LITE entièrement soit d'interdire aux usagers des Etats-Unis d'accéder au site à l'avenir. » *Playboy Enterprises Inc*. c. *Chuckleberry Publishing Inc*., 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y, 16 juillet 1996). Malheureusement, les techniques de filtrage sont très imparfaites et il n'est pas possible à un site Internet d'interdire efficacement à tous les utilisateurs d'un ressort particulier de télédécharger des informations, notamment en ce qui concerne l'Internet mobile. Voir par exemple Online Policy Group, *Why Blocking Technology Can't Work* (dernière visite le 3 décembre 2001) à http://www.onlinepolicy.org/outreach/blockcantwork.htm (indiquant que les techniques de filtrage sont à la fois excessives et insuffisantes, ne permettent pas de contrôle local sans grande difficulté, sont subjectives, affectées de fréquentes erreurs, facilement contournées et causent des problèmes aux ordinateurs lors de l'installation, l'entretien, la mise à niveau et la désinstallation). Voir également les observations d'une représentante de Commercial Internet Exchange lors de la Session Diplomatique de juin 2001 qui a « [TRADUCTION] attiré l'attention sur l'impact de mesures provisoires sur les Fournisseurs d'Accès à l'Internet (FAI). Les ordonnances d'interdiction en particulier pourraient créer des problèmes graves. Elle a expliqué qu'il était techniquement difficile de limiter l'exécution d'une ordonnance à un seul pays. Par conséquent, un tribunal national pourrait bloquer les activités d'une société dans le monde entier ». Procès-verbal, No 14, Commission II, Dix-neuvième Session (14 juin 2001). Voir également John T. Delacourt, The International Impact of Internet Regulation, 38 HARV. INT'L L. J. 207, 213 (1997).

On peut aussi citer comme exemple la divergence entre les cadres juridiques existant en matière de protection de la vie privée entre l'Europe Occidentale et les Etats-Unis. En application des règles de protection des données de l'Union européenne, les données à caractère personnel ne doivent pas être transmises hors de l'Union vers un pays ne disposant pas d'une protection suffisante de la vie privée. Voir Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, J.O. L. 281 23/11/1995, art. 25, disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1995/fr_395L0046.html. Par contre, les Etats-Unis ont évité la promulgation de lois générales de protection de la vie privée et les occasions de conflit entre les Directives de l'Union Européenne et les diverses lois des Etats-Unis sont considérables. Voir F. LAWRENCE STREET & MARK GRANT, LAW OF THE INTERNET 252 (2001). Pour un examen plus détaillé, voir Julia Gladstone, THE U.S. PRIVACY BALANCE AND THE EUROPEAN PRIVACY DIRECTIVE REFLECTIONS ON THE UNITED STATES PRIVACY POLICY, 7 WILLIAMETTE LAW REVIEW 10 (2000). Bien qu'une solution de compromis ait été trouvée avec la disposition dite de Safe Harbor, mise au point par la Commission européenne et les Etats-Unis, les conflits restent possibles dans la mesure où les sociétés n'adoptent pas ces principes de leur plein gré.

[23] Voir, par exemple, les sept questions nouvelles suivantes, qui sont apparues en rapport avec l'utilisation d' Internet : 1) le « cyber-squattage », qui est normalement une situation où un « cyber-squatteur » dépose une marque célèbre à titre de nom de domaine puis cherche à vendre ou concéder le nom de domaine à une

une charge particulièrement lourde pour les utilisateurs que de se tenir informés de toutes ces nouvelles évolutions dans de nombreux ressorts. Il est également difficile pour les Etats d'évaluer l'impact du projet sur les jugements dans son état présent à la lumière des changements rapides du paysage juridique susceptibles de concerner des utilisateurs d'Internet dans leur ressort. Par contraste, une démarche de « pays de destination » est susceptible de fournir une protection plus étendue aux consommateurs, en permettant aux acheteurs d'engager des procédures dans leur propre pays et donc, probablement, de tirer parti de leur propre loi, ce qui accorde aux consommateurs une protection semblable à celle dont ils bénéficieraient dans le cas d'un achat au détail auprès d'un magasin de leur quartier.[24] De la même façon, les consommateurs seraient préoccupés par le risque qu'une démarche de « pays d'origine » ne donne lieu à un nivellement par le bas, par lequel les sociétés Internet afflueraient vers les ressorts disposant des règles les plus laxistes à l'égard des vendeurs. De nombreux pays sont encore en train de décider de la démarche préférable, et certaines de leurs délibérations sont conditionnées par la croissance, par exemple, de techniques de résolution de litiges en ligne pouvant apporter une

---

société qui a investi de larges sommes dans le développement de la notoriété de sa marque; 2) le méta-balisage, c'est à dire l'utilisation de codes informatiques dans un moteur de recherche pour identifier quels sites Internet doivent être affichés dans le cadre d'une recherche sur Internet. Les méta-balises sont parfaitement licites si elles sont correctement utilisées, mais peuvent être illicites si par exemple des sociétés en utilisent qui contiennent la marque ou le nom commercial d'un concurrent comme moyen de référencer leur site. Voir, par exemple, Hanseatic, 6 U 4123/99 (6 avril 2000) (la Cour d'Appel de Munich a jugé que l'utilisation d'une marque dans la méta-balise d'une page Internet peut porter atteinte à la marque); *Eli Lilly & Co.* c. *Natural Answers, Inc.*, 233 F. 3d 456 (7th Cir. 2000). La demanderesse, laboratoire pharmaceutique, a poursuivi Natural Answers, en affirmant que le produit HERBROZAC de la défenderesse contrefaisait et diluait sa marque Prozac. La Cour d'Appel du Septième Circuit des Etats-Unis a confirmé la décision du tribunal inférieur d'accorder une ordonnance préliminaire à la demanderesse. Le fait que le site Internet de Natural Answers contenait un code source comportant le terme "Prozac" comme méta-balise a été considéré comme un élément de preuve de l'intention de la défenderesse de créer une confusion et de tromper les consommateurs; 3) l'édition de liens, un procédé par lequel un utilisateur passe d'un site à un autre en cliquant sur un point donné du site initial. L'édition de liens peut être problématique si, par exemple, le lien suggère une sorte de faux rapport avec le site relié ou si le lien permet à l'utilisateur de contourner des renseignements ou publicité sur le site d'une autre société; 4) les robots logiciels, des programmes qui interrogent d'autres ordinateurs par Internet pour obtenir des renseignements. Dans l'affaire *eBay Inc.* c. *Bidder's Edge, Inc.*, un tribunal de district des Etats-Unis a délivré une ordonnance préliminaire , interdisant à Bidder's Edge d'utiliser des robots logiciels ou autres programmes automatiques pour accéder sans autorisation aux systèmes informatiques d'eBay afin d'obtenir des renseignements sur les ventes aux enchères en cours. Voir 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000). Le tribunal a délivré son ordonnance au motif que cette activité est susceptible de constituer une atteinte illicite aux biens. Le tribunal a jugé en outre que les actes de la défenderesse portaient atteinte aux droits de propriété d'eBay portant sur son système informatique; 5) le cadrage, qui permet à un auteur de page Internet de construire un cadre ou bordure de texte ou graphisme et d'insérer dans ce cadre ou bordure une page provenant d'un autre site. La création de la page « nouvelle » peut constituer une oeuvre dérivée de la page initiale, qui constituerait une atteinte à des droits d'auteurs ou d'autres délits y compris la contrefaçon de marque, la fausse indication d'origine, ou la concurrence déloyale; 6) les voies d'accès à des URL postérieurs au nom de domaine, qui ne font pas partie d'un nom de domaine mais apparaissent néanmoins à mesure que l'utilisateur pénètre plus profondément dans un site Internet, illustrant l'organisation du site. A l'occasion, des marques protégées peuvent être utilisées dans le chemin d'accès postérieur, et, bien que dans la plupart des cas, ces utilisations semblent relever de l'usage licite des noms ou de limitations ou exceptions statutaires, il a été suggéré que si la marque devait être utilisée à titre gratuit, cela pourrait être considéré comme une atteinte à la marque; 7) le cyber-squattage politique, une situation dans laquelle un partisan d'une opinion enregistre un nom de domaine qui incitera des personnes tenant l'opinion opposée à visiter son site. On voit comment ces nouvelles pratiques peuvent concerner à la fois les entreprises Internet et les utilisateurs particuliers.

[24] Voir, par exemple, les observations d'un représentant de Consumers International lors de la Session Diplomatique de juin 2001 : « [TRADUCTION] le principe selon lequel les consommateurs doivent avoir la possibilité de demander réparation devant leurs tribunaux nationaux [...] est particulièrement important sur le marché électronique, où les consommateurs pourraient être en position particulièrement faible s'ils sont soumis à la compétence de tribunaux éloignées en cas de survenance d'un litige. » Procès-Verbal, No 14, Commission II, Dix-neuvième Session (juin 2001).

alternative valable permettant au consommateur de disposer d'un recours efficace.[25] En outre, Internet peut imposer aux législateurs de réévaluer des principes juridiques traditionnels appliqués aux consommateurs et aux entreprises, fondés sur un rapport de forces supposées inégales dans la négociation. Les entreprises liées à Internet pouvant être assez petites,[26] et les consommateurs par Internet ayant un accès immédiat à d'énormes volumes d'informations, des outils d'analyse hautement sophistiqués et un choix substantiel en ligne, le rapport de forces entre les deux parties n'est pas toujours évident. La capacité des consommateurs à effectuer des choix de loi et de for exécutoires pourrait être réexaminée.

9 Une des possibilités présentées lors de la réunion d'experts sur le commerce électronique à Ottawa consistait en l'inclusion du concept de ciblage dans une règle distincte et complémentaire pour traiter les opérations en ligne.[27] Bien que cette idée ne soit pas sans poser de difficultés,[28] elle suggère qu'il serait possible d'adopter des démarches plus nuancées pour obtenir un compromis entre les deux positions très extrêmes représentées par une démarche de « pays de destination » ou de « pays d'origine ». Cependant, aucune des démarches présentées à ce jour ne résout les questions d'information soulevées à la section suivante.

---

[25] Voir le Premier Rapport sur les initiatives des pouvoirs publics et du secteur privé pour promouvoir et mettre en oeuvre les lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (Mars 2001) disponible à http://www.olis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/c5ce8ffa41835d64c125685d005300b0/c125692700623b74c1256a010059d1e9/$FILE/JT00103763.DOC. Comme l'indique le rapport « reconnaissant que l'environnement du réseau mondial met en cause la possibilité pour les consommateurs d'obtenir une réparation efficace pour les opérations réalisées au delà de frontières nationales, les directives présentent la résolution alternative de conflits (« ADR ») comme un moyen de fournir une réparation efficace et donc d'encourager la poursuite des travaux. Au-delà de la conférence de l'OCDE à La Haye les 11-12 décembre 2000, sous les auspices du gouvernement néerlandais et organisée conjointement avec la Conférence de La Haye de droit international privé et la Chambre de Commerce Internationale, les Etats membres de l'OCDE, d'autres organismes internationaux, et le secteur privé ont tenu activement des ateliers et des conférences, explorant les principes d'une ADR en ligne équitable et efficace, et le développement de mécanismes d'ADR en ligne. En décembre 2000, plus de 40 mécanismes d'ADR en ligne avaient été identifiés. » Voir également Kaufmann-Kohler, Schultz, Langer & Bonnet, *On-line Dispute Resolution: State of the Art and Issues*, déc. 2001, disponible à http://www.online-adr.org/reports/TheBlueBook-2001.pdf. Le Rapport fait partie d'un projet de recherche en cours, dirigé par Gabrielle Kaufmann-Kohler, Faculté de Droit, et le Professeur Jürgen Harms, Centre Universitaire Informatique, tous deux de l'Université de Genève, et leur équipe de recherche.

[26] Voir, par exemple, Henry H. Perritt, Jr., *Economic and Other Barriers to Electronic Commerce*, 21 U. PA. J. INT'L ECON. L. 563 (2000).

[27] RAPPORT D'OTTAWA 7 (indiquant que « une autre idée a également été proposée : celle consistant à intégrer dans la règle de conflits de juridiction la notion de « cible ». Si l'entreprise a ciblé particulièrement les consommateurs d'un pays ou d'un autre, il serait alors cohérent d'admettre la compétence des tribunaux de ce pays pour les consommateurs résidents sur son territoire [...]. Toutefois, cette évolution a été critiquée par un certain nombre d'experts, et ne fait pas encore l'unanimité. »)

[28] L'une des difficultés du ciblage peut être illustrée par une espèce réelle. iCrave TV, une petite société canadienne, permettait aux utilisateurs Internet de visionner des émissions de télévision par l'intermédiaire d'Internet pendant leur diffusion. Les activités d'iCrave TV étaient en fait licites au Canada, mais illicites aux Etats-Unis. iCrave TV « ciblait » les Canadiens, limitant ostensiblement sa distribution en conditionnant l'accès à son site par trois étapes de vérification et de contrats par clic afin d'assurer que seules des personnes situées au Canada pourraient accéder au service. L'une des étapes demandait à l'utilisateur potentiel de saisir son code d'appel régional. Si le code n'était pas un code d'appel régional canadien, l'utilisateur se voyait refuser l'accès au service. La difficulté de ce dispositif apparemment approprié de ciblage est que le propre code d'appel d'iCrave à Toronto figurait sur le site. En réalité, il y avait un nombre phénoménal d'utilisateurs aux Etats-Unis (US), et donc l'impact d'iCrave TV était énorme aux US en dépit du fait qu'iCrave TV ciblait ostensiblement le Canada. En dernière analyse, un tribunal des Etats-Unis s'est déclaré compétent et les parties ont transigé. Pour un examen détaillé de l'affaire et d'autres cas concernant la compétence en matière d'Internet, voir Michael Geist, *Y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitutde juridique en rapport avec la compétence juridicaire à l'égard d'Internet*, (2001) disponible à http://www.ulcc.ca/fr/cls/internet-jurisdiction-fr.pdf.

La société de l'information

10 Au-delà du débat entre entreprises et consommateurs, il existe un certain nombre de préoccupations en matière de politiques publiques concernant le droit des Etats relatif à l'information. Les Etats sont naturellement soucieux d'attribuer une compétence à leurs tribunaux sur les litiges concernant l'information et les activités qui, sans être nécessairement dirigées sciemment vers leur ressort, y ont néanmoins un impact.[29] Une démarche de « pays de destination » donnerait aux Etats compétence sur ces affaires, mais si la Convention sur les jugements entre en vigueur en appliquant une démarche de « pays de destination », les jugements concernant l'utilisation d'Internet dans le cadre de la Convention pourront être reconnus et exécutés dans tous les Etats Membres Contractants et auront des effets sur l'information et les activités réalisées sur Internet dans le monde entier.[30] Soit les pays utiliseront en définitive l'exception d'ordre public pour éviter la reconnaissance et l'exécution des décisions controversées, soit on assistera à une course au tribunal, la règle de litispendance imposant au tribunal saisi en second de suspendre la procédure. Aucune de ces situations n'est idéale. D'un côté, si les pays excluent ces décisions en utilisant l'exception d'ordre public, la Convention reste inutile dans ce domaine. Si, en revanche, les règles sont fixées par le tribunal, quel qu'il soit, qui est premier saisi de l'affaire, l'issue sera imprévisible et potentiellement destructrice pour les politiques et orientations d'un pays donné.

---

[29] On peut se demander pourquoi ces préoccupations sont exprimées principalement à l'égard d'Internet et non des supports de la presse traditionnelle tels que les journaux ou magazines ou même la télévision et la radio. Il est vrai que certains des problèmes examinés ici concernent les supports imprimés, audio ou vidéo, mais ces questions sont marginales par rapport aux implications pour Internet. Internet est un marché mondial qui représente, dès à présent, une part importante de la conjoncture économique de la plupart des pays. Si la Convention a un impact négatif sur Internet, l'effet sera amplifié par le nombre d'opérations concernées et l'étendue du problème. Ensuite, les Etats ont déjà fixé dans une large mesure leur réglementation et leur politique à l'égard de ces formes plus anciennes de supports de communication. Troisièmement, il est généralement possible de restreindre la portée du public ciblé en limitant, par exemple, la diffusion d'un magazine ou journal ou en imprimant une édition distincte pour différents ressorts, ou en bloquant en fait les circuits. Quatrièmement, s'il est possible pour un particulier ou une très petite entreprise de s'établir sur Internet; l'accès à ces anciennes formes de support n'est pas le même.

[30] Considérons, par exemple, la célèbre affaire Yahoo ! dans laquelle le droit français a été appliqué en utilisant une démarche de « pays de destination ». Voir ordonnance en référé du Tribunal de Grande Instance de Paris (22 mai 2000, N°RG 00/05308). Un tribunal français à imposé à Yahoo ! Inc., société américaine, de retirer les objets de collection nazis de son site basé aux Etats-Unis d'enchères en ligne au motif qu'ils contrevenaient à une réglementation pénale française interdisant l'exposition publique en France d'objets ayant trait au nazisme. Nouveau Code Pénal, Art. R.645-2. Yahoo ! a engagé une procédure en Californie, tendant à une déclaration de ce que la décision du tribunal français n'était pas exécutoire aux Etats-Unis. *Yahoo ! Inc.* c. *La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme*, 145 F. Supp. 2d. 1168 (2001). Le site de Yahoo ! basé aux Etats-Unis prétendument n'impose pas de restrictions à l'exposition d'objets liés au nazisme parce que cela serait susceptible d'enfreindre le Premier Amendement de la Constitution des Etats-Unis (id., p.1171). Si l'ordonnance du tribunal français n'imposait à Yahoo ! que de filtrer l'accès aux éléments ayant trait au nazisme pour les utilisateurs finaux en France, la réalité des techniques de filtrage est qu'elles sont hautement imparfaites et Yahoo ! a choisi à la place d'interdire ces éléments sur le site. (Et même ainsi, les filtres sont loin d'être parfaits. Si les biens pour lesquels le mot « nazi » est utilisé dans leur description sont exclus, les biens décrits comme « Croix de fer » et « troisième Reich » demeurent). La difficulté, bien entendu, est qu'il sera toujours possible de trouver des moyens créatifs de contourner ces filtres. Le fait que la décision du tribunal français avait un impact dans tous les autres ressorts ne limite pas l'intérêt pour la France de réguler l'importation d'information en France par l'intermédiaire d'Internet. Néanmoins, il ne fait aucun doute que le jugement a eu un effet dans d'autres ressorts et peut être considéré comme sapant, par exemple, l'importance de l'ordre publique des Etats-Unis en matière de liberté d'expression. Le 7 novembre 2001, le tribunal fédéral de Californie a accordé une motion pour une ordonnance en référé en faveur de Yahoo ! au motif que « [TRADUCTION] l'exécution de l'ordonnance française par un tribunal des Etats-Unis contreviendrait au Premier Amendement. » Voir 2001 WL 1381157 (n.D.Cal.)(2001).

11 La situation en matière de politique et d'orientation est d'autant plus complexe que l'arrivée d'Internet a bouleversé le champ de la propriété intellectuelle. Le législateur et les groupements d'intérêts ont été contraints de réexaminer la structure actuelle des droits dans ce domaine afin de déterminer si les mêmes politiques doivent s'appliquer ou non, quels droits doivent porter sur quelles oeuvres et comment le cadre juridique de ces droits peut être maintenu et mis en oeuvre à la lumière de l'évolution rapide de la technologie et des nombreuses difficultés qu'elle soulève en matière de mise en oeuvre. En outre, les parties au débat en cours ont changé.[31] Il fut un temps où les personnes les plus intéressées par les droits d'auteur, par exemple, étaient les auteurs, éditeurs, producteurs de disques et de cinéma, diffuseurs, bibliothécaires et éducateurs. De nouveaux intérêts ont été ajoutés à cette liste, dont les concepteurs de logiciels, fournisseurs de services en ligne, fournisseurs d'accès Internet et fabricants de matériels d'équipement électroniques. Ces nouveaux acteurs importants ont un impact sur les décisions de politique et d'orientation internes que les Etats doivent pouvoir évaluer avant de négocier des questions internationales qui auront clairement un impact sur ces divers secteurs.[32]

12 L'Europe nous fournit un exemple de la manière dont ces questions pourraient être résolues à terme, mais illustre également la difficulté d'obtenir un équilibre qui satisfasse les entreprises, les consommateurs et les personnes concernées par la diffusion d'informations par Internet. Le Règlement de Bruxelles[33] qui entrera en vigueur le 1er mars 2002 est fondé sur une approche de « pays de destination » et a fait l'objet de certaines des mêmes controverses examinées dans le contexte du projet de La Haye sur les jugements.[34] Cependant, au sein de l'Union européenne, les Etats membres ont cherché à répondre à ces préoccupations au moyen d'une réglementation destinée à harmoniser les règles de conflit de lois et de droit matériel, autant que possible et nécessaire.[35]

---

[31] Ce qui pourrait être considéré comme un sous-ensemble de cette problématique est débattu entre les législateurs qui se concentrent sur Internet et la technologie, et qui cherchent un régime libéral correspondant, d'une part, et les juristes traditionnels, attachés à établir un cadre juridique pour ce nouveau support, d'autre part. Certains nouveaux rapports suggèrent l'existence de cette division au sein de gouvernements. Voir, par exemple, Deborah Hargreaves, *Light Touch on the Web: Europe's Liberalisers are Gaining the Edge in the Debate Over E-Commerce Regulation*, Financial Times, 7 décembre 1999.

[32] Ceci est illustré et discuté dans un article de Shira Perlmutter. Voir *Convergence and the Future of Copyright*, 24 COLUM-VLA J.L. & ARTS 163 (2001).

[33] Voir Règlement du Conseil (CE) No 44/2001 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O. L. 12/1, articles 5, 16 (22 décembre 2000) (ci-après le « Règlement de Bruxelles »). Le Règlement de Bruxelles se fonde sur les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Voir *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et les jugements en matière civile et commerciale*, 27 sep. 1968, 1972 J.O. L. 299/32, amendée par 1978 J.O. L. 304/1, 1982 J.O. L. 388/1, 1989 J.O. L. 285/1, 1997 J.O. C. 015/1, 1998 J.O. C. 027/1, 2000 J.O. C. 160/1, 2001 J.O. L. 012/1 (ci-après « Convention de Bruxelles »]. *Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale*, 16 septembre 1998, J.O. L. 319 25/11/1998 (ci-après « Convention de Lugano »). Pour un examen détaillé du fonctionnement de ces deux conventions, voir Hélène GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano – compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., 1993 ; Alexander E. Anton & Paul R. Beaumont, *Civil Jurisdiction in Scotland: Brussels and Lugano Conventions* (2e ed., 1995); Jan KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 1998.

[34] Il faut rappeler que le Règlement de Bruxelles ne s'applique que lorsque le défendeur est domicilié au sein de la Communauté européenne. Des exceptions à cette règle sont cependant à noter. Voir *Note sur les relations entre la future Convention de La Haye sur les jugements et des accords régionaux, notamment les instruments de Bruxelles et de Lugano*, établie par le Bureau Permanent, Annexe D à l'ordre du jour de la réunion d'experts (commerce électronique) tenue à Ottowa, 26 février-2 mars 2001.

[35] Les exemples de réglementation de ce type comprennent la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects des droits d'auteur et voisins dans la

Par exemple, en réaction aux critiques des groupements d'entreprises, un représentant des consommateurs européens a répondu qu' « il est malheureux que certains des critiques du Règlement aient prétendu que les entreprises seraient paralysées par les risques juridiques résultant de la soumission à la réglementation du commerce de tous les Etats membres. Ceci est inexact. En fait, la publicité, la promotion commerciale, etc., le « droit public » relèveront de l'article 3 du projet de directive sur le commerce électronique, qui indique clairement que le principe de « pays d'origine » devrait s'appliquer ».[36] Il apparaît que la démarche de « pays d'origine » de la Directive sur le Commerce électronique[37] pour le régime réglementaire est essentielle à l'équilibre trouvé pour la compétence en Europe en ce qui concerne le débat consommateurs/entreprises, ainsi qu'à l'égard de la distribution de l'information.[38] Comme l'indiquent les considérants de la Directive : « Le développement des services de la société de l'information dans la Communauté est limité par un certain nombre d'obstacles juridiques [...] [qui] résident dans la divergence des législations ainsi que dans l'insécurité juridique des régimes nationaux applicables à ces services. En l'absence d'une coordination et d'un ajustement des

---

société de l'information J.O. L. 167/10; la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O. L. 13/12; la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données, 1995 J.O. L. 281/31; la Directive communautaire 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données, 1996 J.O. L. 77/20; la Directive du Conseil 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, 1991 J.O. L. 122/42, et bien sûr la Directive sur le Commerce Electronique, pour laquelle les Etats membres « mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 17 janvier 2002. », Directive sur le Commerce électronique, article 22. En visitant le site EUR-Lex à l'adresse http://europa.eu.int, on peut visionner une liste de toute la réglementation en vigueur à l'égard de la société de l'information, ainsi que les propositions de réglementation présentées par la Commission. Le site énumère 137 textes en vigueur et 22 projets restant à promulguer. Cela donne une idée de la complexité d'un cadre qui cherche à assurer une coordination entre les Etats membres dans le domaine d'Internet. Les initiatives les plus récentes actuellement en cours comprennent la vente à distance de services financiers et possiblement un projet de règlement, dit Rome II, destiné à harmoniser les règles des Etats membres relatives aux conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles. Voir note 40 *infra.*

[36] Voir Denis T. Rice, 2001: *A Cyberspace Odyssey Through U.S. and E.U. Internet Jurisdiction Over E-commerce*, 661 PRAC. L. INST. 421, 495 (2001) (citant un représentant de l'Association des consommateurs du Royaume-Uni (United Kingdom Consumer Association)).

[37] Par exemple, la Directive sur le Commerce Electronique limite la responsabilité des prestataires de services de société de l'information en indiquant que « les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire: a) ne soit pas à l'origine de la transmission; b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission. » Voir Directive sur le Commerce Electronique, article 12. En outre, la Directive sur le Commerce Electronique note que « [l]e contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité [...] ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi. » La Directive sur le Commerce Electronique adopte donc la démarche de « pays d'origine » à l'égard du choix de droit appliqué aux services de société de l'information. Voir ibid. considérant 22. La question de savoir si cette approche de « pays d'origine » s'applique uniquement au droit public ou au droit privé matériel demeure ouverte et est actuellement débattue au sein de l'Union européenne, alors que les Etats membres tentent de mettre en œuvre la directive sur le Commerce électronique.

[38] Voir P. Mankowski, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie, ZvglRWiss 100 (2001), 137, 175-6 (avec de nombreuses références); Gerald Spindler, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, Multimedia und Recht MMR-Beilage 7/2000, 4,19. Voir également Erik Jayme & Christian Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?, 6 IPRax 2001, p. 501.

législations dans les domaines concernés, [...] [une] insécurité juridique existe sur l'étendue du contrôle que les États membres peuvent opérer sur les services provenant d'un autre État membre. »[39] Si des directives telles que la Directive sur le Commerce électronique[40] ont pour objet d'améliorer la certitude dans ce domaine et de minimiser le potentiel de chevauchement et les conflits de compétences obligatoires de régimes juridiques pour les utilisateurs d'Internet, aucun mécanisme comparable n'est actuellement en vigueur à l'échelle mondiale. En outre, le commerce électronique en Europe en est à un stade relativement précoce de son développement.[41] Il en résulte qu'il peut être prématuré de juger si la solution de la Communauté européenne (CE), qui mêle une démarche de « pays de destination » pour la compétence et une démarche de « pays d'origine » pour le régime réglementaire, permettra ou non le développement du commerce électronique tout en protégeant efficacement les consommateurs et les valeurs des Etats telles qu'elles sont intégrées dans leur réglementation en matière d'information.

13 Enfin, on ne doit pas automatiquement présumer que l'équilibre acceptable pour la Communauté européenne sera adapté à l'échelle mondiale. L'intégration européenne a entraîné une convergence des politiques économiques[42] et a apporté aux parties, au sein de la CE, une meilleure connaissance et une plus grande confiance envers les différents systèmes juridiques des Etats membres. Les politiques de l'Europe à l'égard des consommateurs et de la vie privée, par exemple, ne sont pas partagées par de nombreux pays qui préfèrent l'autorégulation et la liberté d'expression. Ces deux questions ont des effets sur l'équilibre atteint dans le monde du commerce électronique à l'égard des utilisateurs d'Internet. En outre, il est plus facile à la CE de modifier une réglementation dépassée, ou dont le coût pour le développement du commerce électronique est perçu comme trop élevé, que pour les Etats contractants d'amender la Convention. Les Etats adhérant à la Convention

---

[39] Voir Directive sur le Commerce Electronique, considérant 5.

[40] Rome II, destiné à harmoniser les règles des Etats membres concernant les conflits de lois en matière non contractuelle, illustre ce débat difficile. Il a aussi fait l'objet d'une controverse considérable en Europe, et a été rédigé de manière alternative pour adopter une démarche de « pays d'origine » ou de « pays de destination ». Voir Paul Meller, *Europe Panel is Rethinking how it views E-Commerce*, N.Y. Times, 27 juin 2001. Le projet non-officiel le plus récent, de septembre 2001, adopte une démarche de « pays de destination » et les entreprises ont donc été extrêmement critiques, notant que « s'il était adopté sous sa forme actuelle, [Rome II] laisserait un patchwork de règles nationales très différentes les unes des autres, voire contradictoires dans certains cas. » Paul Meller, *Proposed Law Stirs Concern on Europe E-Commerce*, N.Y. Times, 8 fév. 2001 (citant Thomas Vinje, associé d'un cabinet d'avocats de Bruxelles). Des préoccupations se sont notamment fait jour quant à l'absence de cohérence du Règlement avec l'approche de « pays d'origine » adoptée dans la Directive sur le commerce électronique. Voir Peter Chapman, *Vitorino Shelves 'Rome II' plan following attacks*, EUROPEAN VOICE, Vol. 6, No. 29 (20 juillet 2000). Il convient de noter que si la Communauté européenne et ses Etats membres devait adhérer à la Convention sur les Jugements, une réglementation telle que Rome II aurait un effet significatif sur les Etats parties à la Convention de La Haye sur les Jugements hors de l'Union européenne, car elle affecterait clairement le choix de loi auquel serait confronté devant un for européen un défendeur ou un demandeur d'origine extra-européenne.

[41] La Communauté européenne n'a pas encore progressé en matière de commerce électronique dans la même mesure que l'Amérique du Nord ou la région Asie-Pacifique. L'Avis du Comité économique et social sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, 1999/C 169/14 (15 avril 1999) indique en fait que « 80 % environ du commerce électronique, selon les chiffres de l'OCDE, provient des Etats-Unis. »

[42] Traité établissant la Communauté européenne, 7 fév. 1992, J.O. C 224/1 (1992), [1992] 1 C.M.L.R. 573, art. 3 [(ci-après « Traité CE version consolidée »)], intégrant les modifications issues du Traité d'Amsterdam et amendant le Traité sur l'Union européenne, les Traités établissant les Communautés européennes et certains instruments connexes, 2 oct. 1997, J.O. C 340/1 (1997) [(ci-après « Traité d'Amsterdam »)] (stipulant que les activités de la Communauté comprennent le renforcement de la cohésion économique et sociale et, entre autres politiques, une « politique commerciale commune »).

doivent être certains que l'équilibre qu'ils ont obtenu résistera à l'épreuve du temps.

14 Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de solution. En fait, un certain nombre de mécanismes permettent d'atténuer les problèmes décrits,[43] y compris par exemple des règles de conflit de lois harmonisées à l'égard des utilisateurs d'Internet ainsi qu'une harmonisation plus poussée du droit matériel à l'égard du commerce électronique.[44] De nombreuses organisations internationales différentes promulguent actuellement des codes, lois et conventions types traitant de règles de droit matériel et de conflit de lois à l'égard d'Internet.[45] Ces règles, une fois adoptées, serviront à réduire les conflits potentiels auxquels sont confrontés les utilisateurs d'Internet dans divers ressorts, et, par suite, à réduire les préoccupations des utilisateurs à l'égard du risque d'être

---

[43] Par exemple, à ce jour, la discussion s'est concentrée sur les problèmes résultant de la compétence, avec l'hypothèse que les jugements rendus en application de ces principes de compétence seraient automatiquement reconnus et exécutés, mais il est possible de concevoir un mécanisme permettant de rejeter la reconnaissance et l'exécution si la juridiction d'origine n'applique pas la même loi que la juridiction saisie l'aurait fait en l'espèce et s'il en résulte une différence substantielle d'issue. Néanmoins, on voit déjà que cette solution est loin d'être parfaite car elle permettrait encore l'engagement de la procédure et les entreprises, par exemple, pourront être préoccupées de l'incertitude entourant un jugement en pareil cas. Il est en outre intéressant de noter que bien que la Convention de Bruxelles ait inclus une disposition similaire, mais non identique, dans son article 27(4), posant qu'un jugement ne saurait être reconnu « si le tribunal de l'État d'origine, pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'État requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'État requis », cette disposition est absente du Règlement de Bruxelles qui entrera en vigueur le 1er mars 2002. Voir article 34.

[44] Il est à noter en fait que la Commission I a décidé en juin d'inscrire à l'ordre du jour pour les travaux futurs de la Conférence « les questions de droit international privé soulevées par la société de l'information ». Procès-Verbal, No 1, Commission I, Dix-neuvième Session (21 juin 2001).

[45] Par exemple, la Chambre de Commerce Internationale a formulé des *Uniform Rules on Electronic Trade Settlements* (1999) Parts I, II and III ; *Model clauses for use in contracts involving transborder data flows* (1998) ; *Guidelines on Internet Advertising and Marketing* (1998) ; *A Recommended Code of Practice for Competition Authorities on Searches and Subpoenas of Computer Records* (1998) ; *General Usage for International Digitally Ensured Commerce; International Customs Guidelines* (GUIDEC I) (1997) (documents non disponibles en français). En outre, la CCI formule actuellement des Règles uniformes sur les règlements en matière de commerce électronique, un répertoire des « E-termes », un contrat type concernant les ventes internationales électroniques et une mise à jour du *Guide for the General Usage for International Digitally Ensured Commerce* (GUIDEC II, non disponible en français). L'OCDE a promulgué des Recommandations du conseil relatives aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (mar. 2000);. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a produit un ordre du jour numérique présentant certains objectifs et lignes directrices pour la mise au point par l'OMPI de solutions mondiales aux défis soulevés par l'impact du commerce électronique sur la propriété intellectuelle et d'un intérêt particulier. l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'OMPI ont adopté une Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur Internet, Doc. A/36/8 (18 juin 2001) disponible à http://www.wipo.org/about-ip/fr/index.html. Ses travaux sont visibles à http://www.wipo.org/index.html.fr La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) et la Loi type sur le commerce électronique avec un guide de mise en oeuvre (1996), avec un article 5bis supplémentaire adopté en 1998. En outre, elle travaille actuellement à un projet de convention traitant des aspects juridiques de la conclusion de contrats électroniques et discute de travaux futurs dans le domaine du transfert électronique de droits sur les biens matériels et autres droits dans le cadre du commerce électronique. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) a adopté un programme de travail pour le commerce électronique qui impose aux Conseils de l'OMC des Biens, des Services, des ADPIC (Aspects de Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce) et Commerce et Développement, d'examiner les questions soulevées par le commerce électronique. Les rapports des divers Conseils sur leur avancement sont disponibles sur leur site Internet http://www.wto.org. Il est intéressant de noter toutefois qu'ils procèdent avec prudence. Par exemple, le rapport du 4 décembre 2000 du Conseil des ADPIC indique que « [l]e Conseil des ADPIC s'en tient à l'opinion exprimée dans le précédent rapport de situation au Conseil général, à savoir que les questions touchant à la propriété intellectuelle qui se posent en rapport avec le commerce électronique sont tellement nouvelles et complexes que la communauté internationale doit les examiner plus avant pour mieux comprendre ce qui est en jeu. » Paragraphe 9 du document IP/C/20.

traînés devant des tribunaux appliquant des lois peu familières. En même temps, les Etats seront plus à l'aise avec un champ de compétence étroitement défini. Les jugements provenant d'autres Etats avec des principes juridiques harmonisés risqueront moins, en effet, de susciter des préoccupations de politique et d'orientation.

15 Les nouvelles technologies vont générer des solutions innovantes et créatrices à des problèmes qui semblent insurmontables actuellement. Le développement d'une réglementation internationale reconnaissant et réglementant les signatures électroniques est un excellent exemple de solution à un problème juridique par l'avènement d'une nouvelle technologie.[46] De même, des logiciels de ciblage ou des technologies de filtrage plus avancés pourraient apporter des solutions à certaines des questions de compétence évoquées. Enfin, comme indiqué ci-dessus, les développements à venir et l'évolution subséquente des mécanismes de résolution alternative des conflits (« ADR ») en ligne pourraient contribuer à atténuer les préoccupations en matière de protection des consommateurs et permettre d'atteindre une position de compromis avec les entreprises sur l'équilibre à trouver en matière de compétence.

SECTION III

DIFFICULTÉS DE RÉDACTION

16 Une fois un accord suffisant recueilli sur la portée appropriée de la compétence en listes blanche et noire[47] à l'égard des utilisateurs d'Internet, il est nécessaire de traduire cette décision en un texte viable. Si la tâche considérable d'identification de tous les problèmes de rédaction n'a pas encore été traitée, la présente Note soulignera certaines des difficultés, afin de mettre en lumière le nombre et le type de complexités soulevées aux différents stades de la négociation.

17 Lors de la réunion d'experts organisée par le Gouvernement du Canada, avec la participation de la Conférence de La Haye, pour examiner l'impact du commerce électronique sur l'avant-projet de Convention, il est apparu que le commerce électronique soulevait un certain nombre de questions à l'égard de la Convention, qui devaient être examinées. Parmi les problèmes débattus, on trouve plusieurs problèmes de rédaction concernant les Articles 6, 7, 10 et 9 traitant des contrats entre professionnels, contrats entre professionnels et consommateurs, délits, succursales et autres activités commerciales courantes. Par exemple, le groupe d'experts a cherché à traiter des problèmes liés à l'identification et la localisation de parties dans le cadre de litiges concernant des contrats en ligne. Il a été suggéré qu'un fournisseur de biens ou services pourrait, au cours de la transaction, demander à l'acheteur des indications quant à ses localisation et identité. Les renseignements fournis seraient alors opposables à l'acheteur en matière de compétence, laquelle serait fondée sur ces

---

[46] Une signature numérique est un type de technologie de cryptage utilisant une cryptographie asymétrique pour créer des clés numériques uniques qui, utilisées conjointement, garantissent à la fois la sécurité et l'authenticité des données. Le développement des signatures électroniques dans le commerce électronique a produit une prolifération de réglementation régissant les opérations de signature numérique en vue d'améliorer la confiance des entreprises et des consommateurs dans la sécurité des opérations réalisées par voie électronique.

[47] Par exemple, il a été proposé, lors de la réunion du groupe d'experts à Ottawa, que la compétence résultant uniquement de l'existence d'un site Internet, sans rien d'autre, pourrait être ajoutée à la liste noire et donc interdite. Voir RAPPORT D'OTTAWA p. 9. Cette suggestion a toutefois été rejetée lors de la seconde réunion du groupe d'experts à Ottawa, en février 2001.

renseignements. Certains experts ont cependant fait remarquer que des acheteurs se « déclarant » simplement situés dans un Etat particulier afin d'attribuer une compétence à la juridiction de cet Etat pourraient facilement abuser de ce système. D'autres questions de rédaction, similaires, doivent être traitées si la Convention doit s'appliquer aux litiges relatifs à Internet ; ce sont toutefois, par nature, des problèmes techniques.

Un survol de certains des autres problèmes soulevés à l'égard de la rédaction de divers Articles peut être utile :

Articles 6 et 7

Beaucoup mettent en doute que la fourniture de renseignements sur un site Internet puisse être considérée comme une "activité fréquente [et][ou] significative", qui soumettrait le fournisseur de l'information à une compétence en liste blanche en vertu de la Convention. En outre, les informations (telles que logiciels télédéchargés, ou informations comportant des marques ou informations faisant l'objet de droits d'auteur, pouvant être copiées à partir de sites sur abonnement) sont-elles considérées comme un "bien" ou un "service" fourni dans l'Etat, et donc suffisantes pour attribuer une compétence ?

Article 8

En vertu de l'article 8, un contractant indépendant pourrait-il être considéré comme un salarié ? Selon le droit d'un pays donné, il pourrait en être ainsi. Ceci concerne particulièrement les sociétés contractant par voie électronique pour les prestations de services de développeurs de logiciels. La société ne saura souvent même pas où le prestataire est situé matériellement lors de la formation d'un tel contrat et donc, là encore, la question de l'identité et de la localisation doit être traitée.

Article 9

Un site Internet serait-il considéré comme une « activité commerciale régulière » ? Si les experts réunis à Ottawa se sont accordés sur le point qu'un site Internet « ne peut constituer une succursale ou un établissement », aucun accord n'a été trouvé sur le point de savoir si un site constitue une « activité commerciale régulière »[48]. Cela est particulièrement important eu égard à la rédaction de l'article 9 du texte provisoire qui attribuerait compétence « là où le défendeur a exercé une activité commerciale régulière », dès lors que le litige en question concerne cette « activité commerciale régulière ».

Article 10

Il serait difficile à un défendeur, étant donnée la nature d'Internet, de prouver qu'il n'était pas « prévisible », comme l'exige cet article, que quelqu'un pourrait afficher le contenu de sa page Internet dans un pays quelconque. Dans le cadre d'Internet, la question de la prévisibilité suppose une démarche de tout ou rien. Soit chaque ressort est prévisible, soit aucun ne l'est. Certains tribunaux et une partie de la doctrine ont proposé le « ciblage » comme moyen de régler cette

[48] Voir RAPPORT D'OTTAWA, p.9.

question, mais la jurisprudence est encore en formation[49].

Article 13

Les mesures provisoires et conservatoires sont problématiques dans le contexte du commerce électronique. Si la compétence est accordée en vertu de l'article 10 pour les éléments diffamatoires ou du fait d'une infraction à la loi sur les droits d'auteur dans le pays X pour des éléments contenus dans un serveur du pays Y, alors théoriquement une ordonnance provisoire pourrait être rendue dans le pays X interdisant au responsable d'un serveur de diffuser ses éléments dans tout autre pays. Une partie de la motivation en est que les limitations des nouvelles technologies telles que le filtrage rendent difficile, sinon impossible, la limitation de l'effet de telles ordonnances sur Internet.[50] En outre, il n'est pas toujours facile de décider où des « biens » sont situés dans le contexte d'Internet, et dans l'article 13, une juridiction d'un Etat Contractant peut formuler une mesure provisoire et conservatoire à l'égard de « biens » dans cet Etat. Par exemple, la reproduction d'une oeuvre soumise à un droit de reproduction peut être considérée comme un « bien » sis dans cet Etat, parce qu'on peut y accéder depuis cet Etat. Enfin, les mesures provisoires dont on peut prétendre qu'elles sont limitées au territoire d'un pays pourraient avoir des effets permanents sur le commerce électronique mondial. Par exemple, une ordonnance de filtrage telle que celle rendue dans l'affaire Yahoo ! pourrait affecter d'autres ressorts du fait des problèmes techniques liés aux filtrage.

18 Un autre problème, peut-être plus difficile, réside dans le fait que le droit est en pleine évolution dans de nombreux pays en matière de compétence concernant Internet, ce qui rend très difficile la rédaction d'une Convention d'application prévisible. Par exemple, le Texte provisoire produit au mois de juin 2001 a cherché à traiter des affaires problématiques en matière de délits sur Internet, en ajoutant à l'article 10 un paragraphe 3 disposant que « [a]ux fins du paragraphe 2, l'activité ne sera pas considérée comme dirigée vers un Etat si l'autre partie démontre qu'elle a pris les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans cet Etat ».[51] Au vu des divergences importantes entre jurisprudences des différents Etats, il est évident que ce qui est tenu pour « raisonnable » dans les affaires liées à Internet fluctue largement d'un Etat à un autre, et continue d'évoluer.

Les tribunaux et législateurs du monde entier se débattent avec l'adaptation des normes traditionnelles de compétence en principe pouvant être efficacement appliqués à ce nouveau support. La tendance dans différents pays semble commencer avec des espèces reconnaissant une compétence à l'égard de défendeurs dans un Etat sur la base d'une simple accessibilité d'un site Internet dans ce for. Si cela reste la norme utilisée dans de nombreux ressorts étrangers, d'autres ont adopté une démarche plus nuancée. A mesure de l'accroissement de l'utilisation d'Internet et du nombre croissant de contentieux correspondants, plusieurs ressorts ont modifié leur définition de ce qui est « raisonnable », et ont jugé que la simple accessibilité d'un site Internet, en soi, n'est pas un motif suffisant

[49] Voir note 27, *supra*.

[50] Voir note 22, *supra*.

[51] Une disposition d'effet semblable pour l'essentiel a été ajoutée aux articles 6 et 7 avec le même objectif de chercher à traiter l'extension indésirable de compétence aux utilisateurs d'Internet, mais il est clair que le problème décrit ici à l'égard de son interprétation dans l'article 10 se pose aussi pour ces autres dispositions.

de compétence. De nouveaux principes concernant l'interactivité du site Internet, le ciblage du for et l'effet réellement produit dans le for ont été intégrés au droit de plusieurs ressorts.[52] En somme, le droit en matière de compétence applicable aux défendeurs dans les affaires ayant trait à Internet en est à des stades divers de développement, et encore en évolution dans de nombreux Etats.

Aux Etats-Unis, par exemple, le droit varie considérablement entre états en matière de principes de compétence pour Internet; cependant, on peut dégager certaines tendances intéressantes. A l'origine, certaines juridictions se déclaraient compétentes à l'égard de sociétés disposant de sites Internet passifs.[53] Cette question ne faisait cependant pas l'objet d'un consensus, et peu de temps après, une nouvelle démarche fut adoptée.[54]

En 1997, le Tribunal de District de Pennsylvanie, dans l'arrêt dit « Zippo », a développé une nouvelle approche de la compétence concernant Internet: une échelle couramment désignée « continuum Zippo »[55]. En substance, plus le site Internet est « actif » dans un ressort donné, plus il est probable que le tribunal trouvera un fondement à sa compétence à l'égard de la personne du défendeur. L'approche Zippo de la compétence concernant Internet a été largement citée aux Etats-Unis, mais dès deux ans plus tard, des affaires sont apparues avec encore une autre façon de traiter la compétence concernant Internet. En 2001, bien que les juridictions n'aient pas abandonné le critère Zippo, il y a une tendance à passer à une démarche plus large, fondée sur les effets. Plutôt que d'examiner les caractéristiques particulières d'un site Internet, et son impact potentiel, les juridictions se concentrent sur les effets réels que le site Internet a eus dans ce ressort. Voir par exemple *Mattel, Inc.* c. *Adventure Apparel*, dans laquelle Mattel a poursuivi une entreprise de site Internet pour cyber-squattage, dilution de marque, contrefaçon de marque, et concurrence déloyale en common law.[56] Le tribunal de New York s'est déclaré compétent à l'égard d'Adventure Apparel sur le fondement d'une seule opération dans l'état de New York, engagée par un enquêteur de Mattel. Le tribunal a indiqué que « [TRADUCTION]le terrain intermédiaire est occupé par les affaires dans lesquelles un défendeur tient un site Internet interactif dans la mesure où il autorise l'échange d'informations entre les utilisateurs dans un autre Etat et le défendeur, une situation dans laquelle l'existence de la compétence personnelle dépend du niveau et de la nature de l'échange ».[57] En substance, le tribunal semble

---

[52] Il est intéressant de noter que l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle et l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle ont adopté une Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur Internet, qui tend à « faciliter l'application à l'utilisation de signes sur l'Internet de la législation en vigueur relative aux marques et aux autres droits de propriété industrielle attachés à des signes et de la législation en vigueur relative à la concurrence déloyale » Préambule (18 juin 2001) disponible à http://www.wipo.org/about-ip/fr/index.html. [Les dispositions élaborées par l'OMPI se concentrent sur les « incidences commerciales » d'un signe, notant que « [l]'utilisation d'un signe sur l'Internet est assimilée à l'utilisation de ce signe dans un État membre aux fins des présentes dispositions sous réserve que cette utilisation ait des incidences commerciales dans cet État dans les conditions indiquées à l'article 3 » Idem, art. 2. [Bien que ces dispositions traitent de l'interprétation harmonisée du droit matériel existant et non de la compétence juridictionnelle, il est significatif que ces directions considèrent des « incidences commerciales ».]

[53] Voir, par exemple, *Inset Systems, Inc*. c. *Instruction Set, Inc*., 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1956) (jugeant que l'affichage d'informations par Internet pouvait être assimilé à une publicité continue intentionnellement dirigée vers le for).

[54] Voir, par exemple, *Bensusan Restaurant Corporation* c. *King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), confirmé en appel (jugeant que « le simple fait qu'une personne peut se procurer des renseignements concernant le produit prétendument contrefaisant n'est pas équivalent au fait de faire la publicité, promouvoir, vendre ou autrement faire des efforts pour cibler son produit à New York. »).

[55] Voir *Zippo Manufacturing Co*. c. *Zippo Dot Com, Inc*., 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

[56] 2001 WL 286728 (S.D.N.Y. 2001).

[57] *Idem*, p. 4.

s'être concentré sur le lieu où le site Internet avait effectivement un impact. Voir également *Blakey* c. *Continental Airlines, Inc.*, une affaire de diffamation en ligne impliquant une salariée de compagnie aérienne vivant à Seattle et basée à Houston.[58] La salariée a engagé une procédure au New Jersey contre ses co-salariés, alléguant qu'ils publiaient des déclarations diffamatoires sur le système de messagerie de l'employeur. La Cour Suprême du New Jersey a déclaré que la compétence à l'égard des défendeurs était constituée, car ils avaient publié les messages électroniques diffamatoires en sachant qu'ils seraient publiés au New Jersey. La Cour a jugé qu'il était « équitable de postuler la compétence là où on voulait ou attendait que les effets du harcèlement se fassent sentir. » En résumé, bien qu'il semble y avoir des tendances en matière de principes de compétence concernant Internet, différents états des Etats-Unis semblent en être à des stades différents de développement, et il n'y a pas d'uniformité dans leur application de la compétence au contexte d'Internet.

Le droit a connu au Canada un modèle de développement semblable. En 1998 dans l'affaire *Alteen* c. *Informix Corp*., la Cour Suprême de Terre-Neuve s'est déclarée compétente sur la base uniquement de renseignements fournis par Internet dans une affaire de responsabilité délictuelle.[59] L'espèce impliquait des allégations qu'un fabricant, basé aux Etats-Unis, de supports de stockage de données avait effectué des déclarations fausses et trompeuses ayant fait augmenter artificiellement un cours de bourse. La société américaine ne négociait pas d'actions sur une bourse publique canadienne, ne diffusait pas de déclarations publiques auprès de la presse canadienne, et n'entretenait pas de relations directes avec les actionnaires engageant la procédure, qui résidaient à Terre-Neuve. La Cour d'Appel de Colombie-Britannique a entendu en 1999 une affaire concernant des messages prétendument diffamatoires affichés sur un site de discussion boursier par un résident de Colombie-Britannique. Braintech, société de Colombie-Britannique, a engagé devant un tribunal du Texas des poursuites contre la personne ayant affiché les messages, et obtenu environ 400,000 dollars de dommages-intérêts. Lorsque Braintech a poursuivi l'exécution du jugement en Colombie-Britannique, la Cour a jugé que le tribunal du Texas s'était à tort déclaré compétent, les affichages étant de nature « passive ».[60] Une nette évolution par rapport à l'affaire de Terre-Neuve une année auparavant seulement.

D'autres pays ont adopté une démarche différente. Lorsqu'on regarde diverses espèces concernant des questions telles que des litiges en matière de diffamation ou de propriété intellectuelle, on constate que de nombreux pays ont exercé une compétence dans des affaires de site Internet essentiellement « passif ». La Cour Suprême Fédérale d'Allemagne a jugé récemment que tout éditeur Internet, quel que soit son pays d'origine, est responsable au vu du droit pénal allemand de toute information pro-nazie ou négationniste sur ses pages accessible depuis l'Allemagne.[61] Avant cette affaire, on pensait que les éditeurs Internet n'étaient responsables que si les éléments sur Internet provenaient d'Allemagne. L'arrêt a rejeté l'appel de Frederick Toben, un révisionniste australien, qui niait que des millions de Juifs soient morts pendant la 2e Guerre Mondiale. Il a fait valoir en vain que comme ses éléments Internet avaient été « imprimés » hors d'Allemagne, ils n'étaient pas soumis à la législation allemande. Une cour d'appel italienne s'est déclarée compétente pour connaître d'une affaire de diffamation engagée par un citoyen italien sur le fondement de déclarations et d'images affichées sur un site

[58] 751. A. 2d. 538 (2000).

[59] [1998] 164 Nfld & P.E.I.R 301, 507 A.P.R. 301.

[60] *Braintech, Inc*. c. *Kostiuk*, [1999] B.C.C.A. 0169.

[61] BGHZ 46, 212 (affaire 1 StR 184/00) décision rendue le 12 décembre 2000.

Internet hébergé hors d'Italie.[62] En France, un tribunal s'est déclaré compétent à l'égard de la société américaine Yahoo ! sise en Californie sans présence en France afin de juger la plainte de résidents français selon laquelle ils pouvaient accéder au site de vente aux enchères de Yahoo ! situé aux Etats-Unis où des objets de collection nazis étaient proposés.[63]En Chine, une loi traitant des litiges en matière de droit d'auteur sur Internet a été adoptée lors de la 1144e réunion du Comité de Jugement de la Cour Suprême du Peuple le 22 novembre 2000.[64] L'article 1 de cette nouvelle loi prévoit une compétence sur les affaires traitant des infractions aux droits d'auteur sur Internet là où l'acte de contrefaçon a été commis ou là où le défendeur est domicilié. La loi indique en outre que lorsqu'il est difficile de déterminer le lieu où l'acte de contrefaçon a été commis ou le lieu du domicile du défendeur, le terminal informatique auquel le demandeur a découvert la contrefaçon sera réputé être le lieu de commission de la contrefaçon. En substance, cette loi considère la simple accessibilité d'un site Internet comme suffisante pour attribuer une compétence. En Australie, la Cour suprême de Victoria a exercé sa compétence sur un défendeur éditeur américain poursuivi pour diffamation par un Australien, en raison d'éléments placés sur un site Internet qui était alors télédéchargé par des abonnés du monde entier.[65] La Cour a statué que l'information sur le site était publiée légalement à Victoria, en Australie, lorsque le demandeur et les autres l'ont télédéchargée, par conséquent le tribunal était compétent en la matière.[66]

CONCLUSION

19 En résumé, Internet trouble les notions conventionnelles de droit international privé, a suscité des retournements de position dans le cadre du projet et confronte les Etats membres à des défis considérables dans la rédaction et la négociation d'une Convention sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements. Le secteur du commerce électronique devient de plus en plus un élément vital du développement économique et intellectuel des Etats membres de la Conférence de La Haye. A mesure que l'activité trans-frontière se développe à travers la mondialisation et que la Conférence continue d'accueillir de nouveaux membres, les pressions se feront plus fortes pour obtenir des solutions globales aux nombreux problèmes auxquels sont confrontés les pays dans leurs tentatives de création d'un cadre juridique dans le contexte d'Internet. La recherche de solutions à toutes ces questions est essentielle si l'on veut soutenir la croissance rapide du marché mondial.

---

[62] In Dulberg, rapporté sur World Internet L. Rep. (février 2001). La traduction anglaise de l'affaire italienne figure à http://www.cdt.org/international/001227italiandecision.pdf.

[63] Voir note 30, *supra*.

[64] Voir l'interprétation de la Cour Suprême Populaire sur l'application de la loi dans le contentieux relatif aux droits d'auteur, disponible sur http://www.lawinfochina.com/LegalForum/ChineseLawInterpreted/displayContent.asp?ID=29 (Nov. 22, 2000).

[65] *Gutnick* c. *Dow Jones*, [2001] VSC 305.

[66] La Haute Cour d'Australie a, le 14 décembre 2001, accordé une autorisation spéciale pour interjeter appel sur les questions du lieu où le dommage ou la diffamation sur Internet a été commis et de la loi applicable, en l'occurrence celles du New Jersey ou de Victoria. L'appel devrait être jugé en août ou septembre 2002.