

# Internet et e-commerce

par FRANÇOIS DESSEMONTET, professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg

## INTRODUCTION

L'Internet offre d'immenses chances aux PME et aux professions artisanales et libérales pour se faire connaître, éventuellement pour conclure des contrats. Le commerce électronique sera florissant.

Il faut distinguer d'emblée deux types de commerce électronique.

a) *Le commerce autour du réseau :*

ce commerce tourne autour de l'accès aux services des fournisseurs d'accès, des télécoms, des serveurs qui hébergent les sites et des entreprises qui offrent des services et des logiciels en rapport avec le réseau. Pensons aux contrats passés entre les organisateurs et les vendeurs dans les galeries marchandes par exemple. Pensons aux contrats avec les serveurs<sup>1</sup>. Pensons enfin au commerce douteux des *domain names* (£25'000.- demandés pour Burger King; FF 150'000.- pour Framatome ; le système d'arbitrage mis en place par l'ICANN Policy a supprimé les abus les plus flagrants<sup>2</sup>).

b) *Le commerce à travers le réseau :*

ce commerce inclut la publicité sur ses sites, les offres et la conclusion du contrat, parfois aussi l'exécution du contrat (plus de 50 % des logiciels sont transférés en ligne aux USA).

C'est d'abord à ce second thème que l'on pense quand on parle de commerce électronique. Et pourtant, comme on le verra, la jurisprudence semble plus abondante pour le premier thème, en Europe du moins.

Le thème général, commun à ces deux types de commerce, c'est la *dématérialisation* des conventions<sup>3</sup>.

Cette dématérialisation est triple :

- a) Les parties au contrat ne traitent pas nécessairement en personne ou par le biais d'un représentant qui est une personne physique. Les programmes du vendeur, parfois aussi ceux de l'acheteur (dans les transactions de masse EDI) traitent pour lui.
- b) Les transferts de données ne revêtent plus la forme matérielle d'une correspondance ou d'un fax.
- c) L'objet même du contrat est parfois un produit, parfois un service, par exemple pour la mise à disposition d'un accès ou l'hébergement d'un site, comme en ont jugé plusieurs arrêts allemands. Le transfert d'un bien intellectuel sous licence est très fréquent. Il arrive

---

<sup>1</sup> Voir par ex. un arrêt de l'Appellationsgericht Charlottenburg, du 11 janvier 2002, rés. in INGRES News 2002/5, p. 4 = computer und Recht 2002, p. 297.

<sup>2</sup> Voir ci-après ch.IV B et en général Ph. Gilliéron, La procédure de résolution en ligne de conflits relatifs aux noms de domaine, publication CEDIDAC, no 48, Lausanne 2002.

<sup>3</sup> Voir F. Dessemontet, La dématérialisation des conventions, PJA 1997, pp. 939 ss.

enfin que des biens (ordinateurs, livres, CD) soient commandés et livrés par poste ou courrier.

Certains contrats sont conclus entre professionnels, d'autres entre professionnels et consommateurs. Cette distinction est essentielle, par exemple pour le prélèvement de la TVA en Europe. Elle joue d'ailleurs un rôle déterminant pour savoir dans quelle mesure l'autonomie des parties sera restreinte par l'ordre juridique, car le besoin de protection est plus fort pour les consommateurs que pour les hommes d'affaires.

Il convient donc de présenter successivement les questions générales de formation du contrat, qui valent pour tous les commerces électroniques, y compris ceux qui se font autour de l'accès au réseau et à l'hébergement des sites, et dans un deuxième temps les questions propres à la protection des consommateurs, qui valent seulement lorsque ceux-ci sont les bénéficiaires de mesures protectrices dans la loi. D'ailleurs, les conceptions à propos des mesures protectrices varient selon les pays. En troisième lieu, on examinera donc les questions de droit applicable, avant de rappeler pour conclure quelques principes applicables aux noms de domaine.

## I. FORMATION DU CONTRAT

### A. Rôle de l'ordinateur

#### 1. *L'ordinateur comme agent et l'identification par signature électronique*

On pourrait définir le commerce électronique comme un commerce où l'une ou les deux parties ne sont pas physiquement actives dans les négociations ; les futurologues annoncent, en fait, que l'avenir est aux transmissions de machines à machines, avec suppression de l'écran intermédiaire. Il va de soi que, en droit, l'ordinateur n'est qu'un instrument au service d'une personne morale ou physique. Celui qui est partie au contrat est donc une personne physique ou morale qu'il faut déterminer. Le système de la signature électronique a précisément pour but de préciser l'identité de la personne qui est partie au contrat ou qui en est le représentant autorisé.

Selon le dernier rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit du commerce international, qui est à l'origine d'une loi type sur les signatures électroniques adoptée en 2001<sup>4</sup> venue compléter sa loi type sur le commerce électronique de 1996, il convient de distinguer trois types de signatures :

- a. la simple signature qui identifie un individu et marque sa volonté d'être engagé; tombe dans cette catégorie la signature manuelle de l'article 14 alinéa 1 CO, mais aussi la signature mécanique (par tampon par exemple) de l'article 14 alinéa 2 CO. On peut y rattacher la "marque à la main" de l'article 15 CO, ou à l'étranger le sceau du commerçant asiatique;
- b. la signature électronique simple, comme le mot de passe (PIN) des cartes bancaires ou des cartes de crédit. Depuis le fameux arrêt *Créditcas* en France<sup>5</sup>, on savait ce qui suit :

- (1) les conventions entre parties peuvent élever cette signature au rang de signature manuelle du point de vue de la preuve du contrat;

<sup>4</sup> Voir aussi le projet de Convention sur les contrats électroniques, 11 décembre 2001, doc. A/CN.9/WG.IV/WP.96

<sup>5</sup> Voir *Créditcas c. Mme Cassan*, Cass. civ., 8 nov. 1989, D. 1990 J. p. 369, obs. Gavalda.

- (2) les lois françaises qui mentionnent une signature n'exigeaient une signature manuelle que si elles le précisaient. La loi française du 13 mars 2000 a généralisé la solution de la Cour de Cassation<sup>6</sup>.
- c. la signature électronique sûre (SES) est une troisième variété de signature. Toute modification du message – préalablement crypté par un logiciel de son auteur - est indiquée par le logiciel à celui qui applique la clé publique de l'expéditeur. La SES est donc plus qu'un moyen d'identification, elle est un moyen de contrôler l'intégrité du message; elle lutte contre les falsifications de contenu<sup>7</sup>. Les e-mails ne bénéficient que d'une valeur probatoire très limitée, car ils sont aisés à manipuler<sup>8</sup>.

Du point de vue juridique, il est nécessaire pour un contrat électronique qu'on puisse attribuer une commande à une partie. L'attribution donne effet à la déclaration de volonté contenue dans le message. La signature électronique fonctionne par conséquent comme facteur d'identification, et comme facteur d'attribution de la responsabilité. Or, ces deux fonctions méritent d'être séparées. L'ordre juridique peut certes opérer cette distinction grâce au mécanisme de la représentation volontaire. On le voit par exemple à l'exemple des personnes morales. Le projet de règles uniformes de la CNUDCI (article 6) n'admet pas la signature électronique de la seule personne morale; il faut encore qu'une personne physique signe avec sa clé à elle. Le droit suisse va reprendre cette règle ; désormais, la déclaration de volonté émanera d'un organe ou d'un fondé de procuration de la personne morale. Toutefois, il convient de garder à l'esprit la possibilité d'une tentative de représentation par un « falsus procurator ». Un tiers non autorisé aurait accès à la signature électronique de la personne morale et de son organe; ce pourrait être par exemple un proche de la personne physique<sup>9</sup>. Savoir si la responsabilité pour l'attribution fautive du message à telle personne doit être à la charge de la personne « représentée » dépendra de la faute de celui qui a par sa négligence permis l'accès à sa clé.

La sensibilité anglo-saxonne et latine exige ici la faute, soit une violation d'une norme de comportement raisonnable. En revanche, la sensibilité suisse et la jurisprudence allemande se contentent souvent pour l'attribution de la responsabilité d'une apparence efficace. Celui qui crée l'apparence différente de la réalité devra en répondre. C'est ce qu'on appelle la procuration par apparence (*Rechtsscheinvollmacht* ou *Anscheinsvollmacht*), dont l'une des formes est de tolérer que quelqu'un jouisse des signes extérieurs de la confiance (*Duldungsvollmacht*), par exemple un code d'accès ou une carte de crédit.

<sup>6</sup> Voir la loi française sur la preuve et la signature électronique du 13 mars 2000 introduisant les art. 1316-1 à 1316-4 du Code civil et révisant l'art. 1316 :

**Art. 1316-1** *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.*

**Art. 1316-3** *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier.*

**Art. 1316-4** *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.*

*Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.*

Cette loi se complète du décret no 2001-272 du 30 mars 2001 puis pour l'application de l'art. 1316-4 du Code civil relatif à la signature électronique. Voir M. par ex. Vivant, *Un projet de loi sur la preuve pour la « société de l'information »*, Lamy 1999/no 21, p. 12 ss ; E. Caprioli, « La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne », *J.C.P.* 2000, I, 224.

<sup>7</sup> M. Jaccard, *in* : Aspects juridiques du commerce électronique (5<sup>e</sup> séminaire du l'AGDA), Zurich 2001, spéc. pp. 119 ss..

<sup>8</sup> cf. AG Bonn, déc. du 25 oct. 2001, cf. INGRES-News 2002/5, p. 4 = computer und Recht 2002, p. 301

<sup>9</sup> Voir ATF 111 II 263 : usage indû d'une carte bancaire d'identification qui traîne dans un tiroir.

Il est intéressant de constater que divers arrêts allemands ont décidé que dans les rapports électroniques, il peut y avoir pouvoir conféré par apparence efficace<sup>10</sup>. Ils apportent parfois des précisions intéressantes. Ainsi, pour l'un<sup>11</sup>, ceci ne vaudrait sans restriction qu'entre entreprises. *A contrario*, le consommateur privé ne pourrait se voir opposer pareille procuration d'apparence. Ceci rejoint la solution CNUDCI. Un autre arrêt<sup>12</sup> applique alors le critère de la faute, ce qui n'est pas tout à fait étranger à la jurisprudence fédérale suisse<sup>13</sup>. Enfin, dans le domaine des violations de droit de propriété intellectuelle et de la LCD, aucune attribution d'une violation par l'effet de l'apparence efficace ne serait possible<sup>14</sup>. En effet, il n'y a pas de représentation pour les actes illicites, mais il peut y avoir complicité. Il est curieux par exemple de penser que le juriste peut attribuer à une société mère les actes et déclarations faites par sa fille. Ainsi, dans la cause Compuserve<sup>15</sup>, c'est l'entreprise mère en Ohio qui a été considérée comme la société utilisant les conditions générales de contrat de raccordement au réseau.

*En résumé, les parties au contrat dans le commerce électronique sont les personnes physiques ou morales qui s'identifient comme telles grâce à leurs clés. En cas d'abus de clés, on examine partout si l'apparence efficace justifie d'attribuer la déclaration de volonté à une personne qui est responsable de cet abus pour faute; et dans le système suisse et allemand, on admet en outre que l'apparence efficace, même sans faute, suffit à attribuer la commande d'un bien à telle ou telle personne qui a créé cette apparence.*

## 2. L'accès par des mineurs et autres familiers

Les mineurs forment une partie importante des acheteurs potentiels, puisque les adolescents de 14 à 19 ans constitueraient déjà en Suisse 10 % du total des utilisateurs d'Internet. Dès lors, la question de leur capacité se posera.

Deux modèles de solution sont concevables en pratique :

- a) Pour les commandes qui tombent ordinairement dans les actes usuels d'un mineur de cet âge, on peut admettre une autorisation générale concédée par les parents<sup>16</sup>.

L'accès toléré à l'ordinateur et au mot-clé de l'adulte, s'il est le parent du mineur, suffit à admettre cette autorisation générale.

- b) Lorsque la commande intervient sur indication du numéro d'une carte de crédit du mineur, la présomption est que l'autorisation générale a été octroyée grâce à l'autorisation de posséder la carte et de l'utiliser.

Lorsque c'est la carte de crédit de l'adulte et son numéro d'identification qui sont donnés par le mineur, soit l'on considère qu'il y a autorisation, soit il y a procuration par apparence efficace, et c'est alors le parent qui est partie au contrat.

<sup>10</sup> Landgericht Koblenz, 17 septembre 1990 (n° 74); Landgericht Ravensburg, 13 juin 1991 (n° 101); Oberlandesgericht Köln, 30 avril 1993 "BTX : sexgespräche (n° 126); Oberlandesgericht Oldenburg, 11 janvier 1993 (n° 129) [les numéros entre parenthèses se réfèrent au numéro des arrêts de l'annexe IIIb du classeur de la journée d'étude du CEDIDAC du 27 février 1998 sur le commerce électronique. Ces arrêts se trouvaient sur le site Internet <http://www.online-recht.de>, dont les moteurs de recherche ne paraissent plus fonctionner en mai 2002].

<sup>11</sup> Landgericht Ravensburg, 13 juin 1991 (n° 101).

<sup>12</sup> Landgericht Bad Kreuznach, 9 juillet 1996 (n° 19).

<sup>13</sup> ATF 111 II 265.

<sup>14</sup> Landgericht Düsseldorf, 17 septembre 1997, "cartronic.de" (n° 50).

<sup>15</sup> Landgericht München I, 19 septembre 1996 (n° 86).

<sup>16</sup> Voir M. BIGLER-EGGENBERGER, n° 11 *ad art.* 19 CC, *in* Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, (H. Honsell / N. Peter Vogt / T. Geiser, éd.), Bâle et Francfort sur le Main 1996.

En pratique, les dispositions sur les téléachats que connaît l'Union européenne ont comme conséquence que le mineur et ses parents peuvent se retirer du contrat télématique dans un délai de 7 jours<sup>17</sup>, sauf s'il s'agit d'un contrat de consultation de banque de données, qui est exécuté immédiatement<sup>18</sup>.

### 3. Le rôle des fournisseurs d'accès et autres opérateurs

En droit des contrats, ce sont des auxiliaires, ce qui entraîne en tout cas la responsabilité d'une partie pour leurs erreurs de transmission. Peut-on construire des chaînes d'intervenants qui seraient auxiliaires les uns des autres ? Pour la banque qui se sert d'une autre banque pour des transferts de fonds, on pourrait préférer une autre formule juridique, le contrat avec effet protecteur pour autrui, laquelle n'est pas encore certainement admise en Suisse.

L'idée générale tend à se répandre est que les fournisseurs d'accès ne sont pas responsables du contenu des messages qui transitent sur le réseau grâce à leur service. En général, on résume ceci en disant qu'ils sont de simples conducteurs des messages. Divers législateurs ont accepté cette idée. Pour prendre la législation des pionniers en Europe dans cette voie discutable, l'Allemagne, c'est l'un des éléments de la loi accompagnant la *Signaturgesetz* qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1997 [§5 (3) de la loi sur l'usage des téléservices : les entreprises qui offrent seulement un accès automatisé et bref au contenu d'autres serveurs ne sont pas responsables; §5 (2) : responsabilité limitée pour les contenus que l'entreprise offre elle-même, en ce sens qu'elle doit avoir connaissance du contenu et la possibilité technique d'en empêcher l'accès et l'utilisation]. La directive européenne sur la signature électronique du 19 décembre 1999 et la directive sur la société de l'information se fondent sur cette idée<sup>19</sup>.

Aux Etats-Unis, c'est l'une des exceptions qu'a consacrées le Digital Millenium Copyright Act<sup>20</sup>.

La jurisprudence y acceptait d'ailleurs la responsabilité pour complicité de contrefaçon (*contributory infringement*) ou parfois pour responsabilité nécessaire (*ancillary liability*) [une notion qui correspond à la cascade de l'ancien article 27 CP pour l'éditeur en Suisse].

A mon avis, connaître et devoir connaître devraient en Suisse être assimilés l'un à l'autre. Si un fournisseur d'accès connaît ou doit connaître une cyber-escroquerie, il doit y mettre fin.

La Suisse n'est pas le seul pays qui admet la responsabilité des Télécoms s'ils sont au courant d'irrégularités commises au moyen de leurs services<sup>21</sup>.

## B. Forme du Contrat

Pour les questions de forme, il est essentiel de distinguer deux environnements différents pour le commerce électronique :

<sup>17</sup> R. DEVILLE / R. KALTHEGENER, *Wege zum Handelsverkehr mit elektronischer Unterschrift*, NJW-COR 3 / 97, p. 172.

<sup>18</sup> Landgericht Bielefeld, 30 octobre 1991 (n° 34).

<sup>19</sup> Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (art. 6) ; directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (art. 12-15).

<sup>20</sup> Digital Millenium Copyright Act, du 22 janvier 1998.

<sup>21</sup> Voir ATF 119 IV 145 ; pour la Belgique voir F. DE VISSCHER / D. GROSSMANN, *Brèves réflexions sur la publicité et Internet en droit belge*, Gaz. Pal., 21 / 22 novembre 1997, p. 13.

- a. Dans un environnement ouvert, les parties sont pour la première fois face à face. Il n'existe aucune règle du jeu entre elles. C'est donc la loi qui détermine la forme du contrat, et sa formation de manière toute générale.
- b. Dans ce qu'on appelle un environnement fermé, les parties sont tenues par un accord antérieur, un contrat-cadre; elles se sont fixées des règles du jeu, qu'elles devront respecter pour avoir un contrat valable.

Nous n'examinerons maintenant que les questions relatives à l'application de la loi suisse, donc la conclusion du contrat dans un environnement ouvert. Il faut cependant être conscient que la loi type de la CNUDCI de 1996 n'a pas été conçue pour un environnement ouvert, tandis que la loi type sur la signature électronique de 2001 vaut dans les deux environnements<sup>22</sup>.

### 1. *Forme solennelle ou probatoire*

La Suisse et d'autres pays de tradition germanique connaissent une exigence de forme solennelle : le respect de la forme est nécessaire à la validité du contrat. La loi doit donc régir la forme de la signature. Ainsi, la *Signaturgesetz* allemande a réservé en 1997 la liberté des parties de se servir de n'importe quelle forme de signature, à la condition qu'une disposition légale ou réglementaire n'impose pas la signature avec double clé (§1 (2)).

D'autres pays connaissent une exigence seulement probatoire de l'écrit, par exemple pour les contrats de plus de 800 euros en France<sup>23</sup>. Les parties peuvent y déroger même au-delà de ce montant (a. *Creditcas* cité ci-dessus).

La rigueur du système germanique est tempérée du fait qu'on peut conclure la plupart des contrats sans forme. A cet égard, le droit suisse est pour l'essentiel plus libéral que celui des autres pays avec lesquels nous commerçons sur le Net. Font exception, par exemple, au consensualisme les contrats de cession de créance (article 165 CO), ceux concernant les immeubles et les droits réels, le cautionnement, diverses clauses du contrat de travail et du contrat d'agence, le contrat d'affrètement (article 70 de la loi sur la navigation maritime) ou le contrat d'assurance. Dans ces cas-ci, la signature électronique n'est donc pas suffisante à l'heure actuelle (article 14 alinéa 1 CO). Pour le reste, tout est libre.

On note que les Principes généraux d'UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux de 1994 (article 1.2) n'imposent pas non plus que le contrat soit conclu ou constaté par écrit : "il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins". Il en va de même pour le groupe d'experts chargé de commenter l'avant-projet de Convention sur les Aspects juridiques du commerce électronique, que la CNUDCI a élaboré lors de sa 39<sup>ème</sup> session<sup>24</sup>.

Sur ce point, le projet de la *Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique du 3 juillet 2001*<sup>25</sup> modifiera la situation. Ce projet devrait être approuvé par les Chambres avant le 31 décembre 2009 ; c'est en effet à cette date qu'expirera la validité

<sup>22</sup> Voir le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques des Nations-Unies, doc. A/CN.9/WG.IV/WP.73 ch. 11, p. 5.

<sup>23</sup> Décret no 2001-476, 30 mai 2001, art. 1a.

<sup>24</sup> CNUDCI, Groupe de travail sur le commerce électronique, trente-neuvième session, New-York, 11-15 mars 2002, A/CN.9/WG.IV/WP.96; l'avant-projet est référencé sous « note du secrétariat », A/CN.9/WG.IV/WP.95 (ces documents sont disponibles sur le site <http://www.uncitral.org/>).

<sup>25</sup> Voir Message du Conseil fédéral, FF 2001, pp. 5423 ss.

de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 12 avril 2000 sur les services de certification électronique (OSCert, art. 21 al. 1)<sup>26</sup>.

Selon ce projet, la signature électronique peut être simple, avancée ou qualifiée, grâce à des installations techniques comme les cartes à puce et à des certificats qualifiés. Un article 14 al. 2bis CO assimilerait la signature qualifiée à la signature manuscrite du droit actuel. Cependant, le Conseil fédéral pourrait par voie d'ordonnance reconnaître d'autres formes de signature, afin que l'évolution des techniques et des pratiques ne dépasse pas immédiatement la loi. En réalité, les systèmes de certification de signatures ne semblent pas se répandre, en Suisse du moins et le projet de loi mériterait d'être adapté à cette situation<sup>27</sup>. La loi réglerait aussi les questions de responsabilité (art. 16 à 18). Le fournisseur de services de certification répondrait causalement ; le fardeau de la preuve serait à sa charge afin d'établir qu'il a respecté ses obligations ; il ne pourrait convenir d'une exclusion de responsabilité. Ces dérogations au droit commun des obligations visent naturellement à renforcer la confiance du public dans les signatures certifiées. Quant au titulaire, il devrait prendre des mesures pour garder secrète sa clé confidentielle ; il serait responsable pour les actes de celui ou de celle à qui il la confie ; il serait aussi soumis à un renversement du fardeau de la preuve, mais ne répondrait pas sans faute.

## 2. Contrats entre présents ou entre absents

Une question délicate concerne le moment de la conclusion. Assurément, lorsqu'on se sert du réseau comme d'un téléphone, le contrat est réputé être négocié entre présents (article 4 alinéa 2 CO). En d'autres termes, l'offre de contracter présentée par l'un des partenaires doit être acceptée immédiatement ; sinon, le contrat n'est pas conclu et celui qui a offert de conclure n'est plus tenu. Cependant, dans de nombreuses hypothèses, le contrat n'est pas simultané, par exemple à cause du décalage horaire qui empêche les heures d'ouverture de coïncider, mais aussi parce que les ordinateurs des vendeurs envoient souvent une quittance équivalente à un accusé de réception mais non à une acceptation de commande. Dans ces cas, le contrat n'est pas conclu immédiatement. Si l'ordinateur du vendeur n'accepte pas immédiatement, l'acheteur est en droit suisse lié par son offre pour un temps raisonnable. Il ne peut guère être question de plus de 48 heures, en raison du principe de la correspondance des formes : à une offre électronique doit nécessairement correspondre l'envoi d'un message de rejet ou d'acceptation rapide. Il convient de signaler que de nombreux marchands acceptent immédiatement la commande mais sous réserve de stock. Ils donnent alors un choix au client en cas de rupture de stock : confirmer le contrat pour une livraison ultérieure ou l'annuler. Il s'agit d'une offre modifiée, qui nécessite donc l'accord du client. A défaut de cet accord, le contrat n'est pas conclu, sous réserve de l'article 6 CO. En effet, le principe général pour résoudre les difficultés est qu'Internet et le Web sont un simple instrument, qui ne change pas la nature des règles applicables à la conclusion des contrats. Ainsi, la lettre de confirmation commerciale peut se faire sous forme de message électronique, mais l'article 6 CO ou l'article 2.12 des Principes UNIDROIT pour les contrats internationaux commerciaux, déterminant la portée du silence de l'autre partie, lui seront applicables par analogie<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> RS 784.103 ; voir en général Th.Legler, *Electronic Commerce mit digitalen Signaturen in der Schweiz*, Bern 2000.

<sup>27</sup> Les services de Swisskey, filiale de Telekurs AG et DIGISIGNA, ont été arrêtés définitivement le 31 décembre 2001.

<sup>28</sup> **Article 2.12 (Confirmation écrite) :**

« Si un écrit qui se veut confirmation d'un contrat tout en contenant des éléments complémentaires ou différents, est expédié dans un délai raisonnable après sa conclusion, ces éléments font partie du contrat, à moins qu'ils n'en altèrent la substance ou que le destinataire, sans retard indu, n'exprime son désaccord sur ces éléments. »

(<http://www.unidroit.org/french/accueil.htm>).

A cet égard, une notice sur un site pourrait signaler que l'absence de réaction à une communication ne signifie pas nécessairement une acceptation tacite. Les Principes UNIDROIT sont en effet dispositifs.

### 3. *Moment de la conclusion*

La règle générale qui régit en droit privé suisse la validité dans le temps des déclarations de volonté est celle de la réception. Toutefois, la conclusion du contrat rétroagit au moment de l'expédition de l'acceptation (article 10 alinéa 1 CO) [en droit anglo-saxon, c'est la *Mailbox rule* qui s'applique si le contrat est conclu entre absents], mais son application est douteuse pour le Net. On voit à l'article 10 alinéa 2 CO et aussi à l'article 9 CO que prendre connaissance effectivement de la communication de l'autre partie n'est pas requis, mais dans le cas du retrait de l'offre la partie qui a retiré son offre peut établir que la déclaration de retrait a été effectivement connue avant l'offre. Le même critère vaut aux Etats-Unis. Ce système vaut aussi à l'article 15.2 de la loi type CNUDCI sur le commerce électronique, qui mentionne comme critère le moment de l'entrée du message dans le système d'information. Le critère de la réception signifie que la déclaration de réception déploie ses effets au moment où le destinataire est en mesure de prendre connaissance du message - même s'il ne le fait pas<sup>29</sup>. L'avant-projet de Convention de la CNUDCI propose également de maintenir la réception comme moment déterminant<sup>30</sup>. Quant au droit européen, il semble fondé sur l'idée que le contrat avec un consommateur se forme au moment de la confirmation, laquelle doit être immédiate; cependant, le consommateur devra jouir de dispositifs appropriés mis à sa disposition par le marchand pour vérifier l'exactitude de son offre<sup>31</sup>. C'est donc peut-être l'heure d'envoi du message d'acceptation de l'offre qui est déterminante - si elle peut être établie.

L'importance de ces questions dans les affaires ne peut être méconnue : les prix peuvent varier, la chose commandée peut être détruite. C'est pourquoi les législations sur les signatures électroniques prévoient que le tiers certificateur peut attester l'heure et la minute d'envoi d'un message. Un destinataire peut aussi y recourir pour obtenir attestation d'un serveur délégué. C'était le système IBIS pour les opérations de bourse en Allemagne, par exemple<sup>32</sup>.

Enfin, les juristes se rappelleront qu'il convient de distinguer dans le commerce électronique ce qu'on appelle des vitrines et ce qu'on appelle des galeries marchandes. Contrairement à la vitrine réelle (article 7 alinéa 3 CO), la vitrine virtuelle est une exposition sans offre, assimilable à l'envoi de tarifs, de prix courants, etc. (article 7 alinéa 2 CO). C'est donc l'acheteur qui fait l'offre. Il n'y a généralement offre au sens de l'article 7 alinéa 3 CO que dans le cas des galeries marchandes ou des sites qui précisent que toute commande sera acceptée. Alors, c'est le marchand qui fait l'offre. Sinon, il peut être juste de sauvegarder l'autonomie du vendeur, d'autant plus qu'en droit anglo-saxon, les offres ne sont en principe pas obligatoires pour ceux qui les font.

D'ailleurs, s'il y a des restrictions géographiques, elles devraient figurer en tête de site, de façon à ce que l'on ne reste pas connecté inutilement. Ces restrictions peuvent jouer un rôle essentiel dans l'application de la Convention de Lugano et du Règlement de Bruxelles I sur les fors (art. 13 al. 3 CL, art. 15 du Règlement) et pour l'application des règles de conflit<sup>33</sup>, car elles circonscrivent le cercle des pays dont le droit peut s'appliquer.

<sup>29</sup> Voir dans ce sens Oberlandesgericht Köln, 1<sup>er</sup> décembre 1989 (n° 125): le destinataire supporte le risque de ne pas s'informer immédiatement, cette solution pourrait s'appliquer même si cela est dû à une panne de son système informatique, pourvu qu'elle ne soit pas décelable au co-contractant.

<sup>30</sup> Cf. avant-projet, « note du secrétariat », § 59 ss, p. 16.

<sup>31</sup> Art. 11 de la directive 2000/31 du 8 juin 2000 (J.O. L 178 du 17 juillet 2000).

<sup>32</sup> R. DEVILLE / R. KALTHEGENER, *Wege zum Handelsverkehr mit elektronischer Unterschrift*, NJW-COR 3 / 97, p. 171.

<sup>33</sup> Pour le critère de la prévisibilité, voir F. Dessemontet, *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, RSJ 1997, spéc. pp.291-292 ; pour le critère dit de la la « loi du pavillon », voir plus loin à la note 72.

Il convient d'analyser litige par litige la situation pour savoir qui offre et qui accepte ; le même site peut en effet abriter de la simple publicité et des offres contractuelles obligatoires<sup>34</sup>.

#### 4. *Contrat et pré-contrat*

D'autres ordres juridiques que le nôtre sont moins favorables aux contrats électroniques qui ne respectent pas encore l'exigence de forme écrite posée dans ces ordres juridiques<sup>35</sup>. Dans ce cas, il peut être précieux d'analyser les transactions sur Internet comme un précontrat, si le précontrat n'est pas soumis aux exigences de forme du contrat final (comme notre jurisprudence souple le permet à l'article 22 CO lorsque la forme de l'acte définitif sert à protéger les tiers).

Le vrai contrat se nouerait ultérieurement, par exemple par l'envoi des marchandises suivi de leur réception.

En revanche, pour les conditions générales, il a souvent été jugé que leur envoi postérieurement à la conclusion du contrat (ici : le précontrat) n'est pas suffisant pour les intégrer à l'accord des parties<sup>36</sup>.

Nous avons ainsi fait le tour des principales questions qui se posent dans l'application de la loi à la formation du contrat.

Dans une deuxième partie, il convient d'aborder maintenant les mesures protectrices pour les consommateurs.

## II. MESURES PROTECTRICES POUR LES PARTIES AU CONTRAT ELECTRONIQUE ET SPECIALEMENT LES CONSOMMATEURS

Les mesures protectrices de la partie qui achète des biens ou des services sont des mesures prises par le législateur. Le législateur agit directement, ou suivant la directive européenne sur le téléachat de 1997, reprise par le Conseil fédéral dans ses grandes lignes, dans l'avant-projet de révision partielle du Code des obligations et de la loi contre la concurrence déloyale du 17 janvier 2001<sup>37</sup>. Mais il existe aussi des mesures auto-protectrices prises dans des contrats-cadres, et celles-ci retiendront d'abord notre attention.

### A. Contrats-cadres et conditions générales

La fonction d'un contrat-cadre est de déterminer l'environnement juridique des rapports entre parties et les conditions de validité de chacun des contrats de commande de marchandises : le contrat-cadre définit un système fermé, valable entre ces deux parties et elles seulement. Il doit bien sûr se conformer au droit impératif applicable, mais le contrat-cadre, dans la mesure où il porte sur la conclusion du contrat, ne se heurte guère à des normes impératives, à l'exception néanmoins du droit de repentir institué dans la directive européenne sur les téléachats (article 12 chiffre 1).

<sup>34</sup> Voir l'avis de M<sup>e</sup> FAUCHOUX, in L. COSTES, L'Internet marchand: quel droit?, Bulletin d'actualité-Lamy droit de l'informatique n° 94 (juillet 1997), p. 15.

<sup>35</sup> Par ex. l'Argentine et d'autres pays d'Amérique latine, la Chine, la Hongrie, les anciennes Républiques soviétiques.

<sup>36</sup> Voir la cause *Step Saver Data System, Inc. v. Wyse Technology and the Software Link, Inc.*, 939 F. 2d 93 (3d Cir. 1991).

<sup>37</sup> Directive 97 / 7 / CE du Parlement Européen et du Conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, du 4 juin 1997, pp. 19 ss ; pour l'avant-projet cf. <http://www.bj.admin.ch/f/index.html>.

Le contrat-cadre suppose un accord des deux parties. Les conditions générales de vente affichées à l'écran ne deviennent un contrat-cadre que si elles prévoient ce qui se passe pour plusieurs commandes. Elles peuvent aussi être acceptées lors de la procédure amenant à l'ouverture d'un compte auprès d'un certain marchand. Elles régiront par exemple le fait de retenir l'expédition des marchandises pendant 8 ou 15 jours pour grouper les expéditions afin d'abaisser les frais de courrier ou de poste, ou encore le droit de renvoyer la marchandise pour des motifs objectifs uniquement. Tout ceci constitue manifestement des questions d'exécution du contrat. Mais elles peuvent régir aussi les conditions de la conclusion du contrat; par exemple, l'ordre définitif n'est donné qu'après que l'ordinateur agent a indiqué le prix de l'expédition des marchandises, compte tenu des diverses zones géographiques où se recrute la clientèle. En somme, la convention-cadre rejoint ici les prévisions de l'article 16 CO et de l'article 2.13 des Principes UNIDROIT<sup>38</sup>. Il est important de se rappeler que chaque commande forme un contrat séparé. Selon la jurisprudence allemande en tout cas, il n'y a pas vente sur appel conçue comme un tout, du moins pour les consommateurs<sup>39</sup>. Cependant, entre professionnels le contrat-cadre peut comporter des clauses qui régiront chacun de ces contrats. Le contrat cadre est alors souvent un contrat EDI (échanges de données informatisées).

## 1. Contrats EDI

Les contrats-cadres EDI ont fréquemment une source commune, par exemple le contrat modèle de l'American Bar Association et Eurosinet/Swisspro. Dans les échanges EDI, il s'agit normalement de professionnels des deux côtés. Ils sont donc les meilleurs juges des mesures protectrices que requiert l'exercice de leur profession.

Pour prendre un exemple, la loi-type CNUDCI sur le commerce électronique prévoit à son article 13 (3) (a) que les parties peuvent convenir d'une certaine procédure d'identification. L'article 13 (4) (b) en tire la conséquence que, si cette procédure n'est pas respectée par le destinataire du message, il ne peut se prévaloir d'une attribution à celui qu'il prétend être obligé par le message. Or, cette procédure sera souvent régie par un contrat EDI<sup>40</sup>. On peut donc affirmer que les contrats EDI se substituent à la loi lorsqu'ils existent. Cette conclusion laisse apparaître que le droit étatique devrait être dispositif dans les opérations B2B.

## 2. Contrats de consommation

### a) Notion du contrat de consommation

Les contrats de consommation mettent aux prises un professionnel et un consommateur, qu'on définit d'habitude comme le "end-user" dans les textes conçus aux Etats-Unis. On règle les transactions de masse. Peu importe sous cet angle que le consommateur achète pour "un usage personnel ou familial" ou pour un usage professionnel, contrairement au critère adopté dans les articles 120 alinéa 1 LDIP et 40a CO, et dans l'article 2 (2) de la Directive européenne 97/7. D'ailleurs, les problèmes qui se posent pour les professionnels achetant sur le Net des logiciels pour leur bureau sont identiques à ceux du père de famille pour son PC privé. L'approche américaine paraît donc préférable, même si elle est moins protectrice puisqu'elle n'accorde pas

<sup>38</sup> **Article 2.13** (Contrat subordonné à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme) :  
« Lorsqu'une partie, au cours des négociations, exige que la conclusion du contrat soit subordonnée à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme, le contrat n'est conclu que si les parties parviennent à un accord sur ces questions. »

<sup>39</sup> Amtsgericht Stuttgart-Bad Cannstatt, 20 décembre 1991 (n<sup>os</sup> 12,13).

<sup>40</sup> Pour d'autres exemples, voir M. Jaccard, La conclusion des contrats par ordinateur, thèse Lausanne, Beme 1996, passim.

intégralement un droit de repentir; l'idéal serait de combiner les deux. En tout état de cause, les affaires entre privés échappent en Suisse aux mesures protectrices des consommateurs<sup>41</sup>, car on ne constate pas de déséquilibre entre les parties.

## b) Incorporation des conditions générales

Le grand problème que posent les contrats électroniques est précisément celui de l'incorporation valable des conditions générales.

La jurisprudence allemande est sans doute la plus complète sur ce point. Elle s'appuie d'ailleurs sur une loi très précise, la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* du 9 décembre 1976 que nous n'avons pas imitée en Suisse<sup>42</sup>. On peut toutefois adopter la *ratio decidendi* de la plupart de ces arrêts. Que disent-ils donc ?

- a. Dans notre système consensuel, il n'est pas nécessaire d'avoir un écrit incorporant les conditions générales, sauf base légale spéciale (par ex. en Suisse la LCA ou la LNM). Par conséquent, le visionnement des conditions sur l'écran suffit<sup>43</sup>. Quelques juges allemands ont précisé qu'un lien (hypertexte ou autre) suffit certes<sup>44</sup>, mais qu'il est nécessaire si le texte ne vient pas s'afficher tout seul<sup>45</sup>.
- b. Dans un système raisonnable fondé sur la confiance en affaires, toute clause ayant un *contenu insolite* est réputée non écrite. Les Principes UNIDROIT (article 2.20.1)<sup>46</sup> précisent à cet égard que pour déterminer si une clause est inhabituelle, on prend en considération son contenu, le langage employé, ou sa présentation (article 2.20.2)<sup>47</sup>.

Des tribunaux allemands ont donc jugé à bon droit que les conditions générales à visionner ne sauraient être trop longues<sup>48</sup>. La "longueur" ne se juge pas au nombre de pages, mais à l'étendue des points traités et au contenu des conditions générales<sup>49</sup>.

D'un autre côté, si des précisions nécessaires ne sont pas données, par exemple concernant certains tarifs, alors les charges correspondantes ne sont pas dues<sup>50</sup>. Il y a devoir d'expliquer la facture<sup>51</sup>, laquelle est dotée d'une présomption d'exactitude<sup>52</sup>.

<sup>41</sup> R. GONZENBACH, n° 5 *ad rem.* prélim. art. 40a-40g CO, *in* Obligationenrecht I, (H. Honsell/N. Peter Vogt/W. Wiegand, éd.), 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Francfort sur le Main 1996.

<sup>42</sup> Voir simplement l'art. 8 LCD.

<sup>43</sup> Voir par ex. Amtsgericht Kassel, 16 Février 1990, "BTX: Kontaktanzeigen" (n° 5), Amtsgericht Saarbrücken, 6. März 1990 (n° 11), Landgericht Aachen, 24 janvier 1991 (n° 16), Landgericht Ravensburg, 13 juin 1991 (n° 102).

<sup>44</sup> Landgericht Osnabrück, 10 novembre 1995, "BTX: Sexgespräche" (n° 99).

<sup>45</sup> Landgericht Bielefeld, 30 octobre 1991 (n° 33), Landgericht Freiburg, 7 avril 1992 (n° 62).

<sup>46</sup> **ARTICLE 2.20** (*Clauses inhabituelles*) :

« 1) Une clause reproduisant une clause-type est sans effet lorsqu'elle est d'une nature telle que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à la voir figurer au contrat, à moins que celle-ci n'y consente expressément. »

<sup>47</sup> « 2) Pour déterminer si une clause est d'une telle nature, on prend en considération son contenu, le langage employé ou sa présentation. »

<sup>48</sup> Arrêt cité ud Landgericht Bielefeld, 30 octobre 1991.

<sup>49</sup> Landgericht Bielefeld, 30 octobre 1991 (n° 33).

<sup>50</sup> Amtsgericht Stuttgart-Bad Cannstatt, 20 décembre 1991 (n° 13), Landgericht Bielfeld, 20 février 1990 (n° 32), Landgericht Dortmund, 24 avril 1991 (n° 46), Landgericht Frankenthal (Pflaz), 9 octobre 1991 (n° 53), Landgericht Wuppertal, 16 mai 1991 (n° 112).

<sup>51</sup> Landgericht Bielefeld, 20 février 1990 (n° 32).

<sup>52</sup> Landgericht Bad Kreuznach, 30 juillet 1996 (n° 21).

Enfin, le droit suisse ne connaît que l'article 8 LCD, et non le droit de repentir durant sept jours qui est institué par la Directive européenne 97/7. Par conséquent, en droit suisse, il n'y a pas de droit de repentir - car les articles 40a ss CO ont été conçus pour régler le démarchage à domicile ou sur les lieux de travail<sup>53</sup>. De surcroît, l'article 40c alinéa 1 CO exclut le droit de repentir si le consommateur a lui-même proposé les négociations. Comme le réseau suppose en principe que le demandeur de biens ou de services s'adresse à un fournisseur, il me semble que ces dispositions ne s'appliqueront pas. Au demeurant, il n'y aura pas sur le Net d'effet de surprise<sup>54</sup>. En général, la publicité générale sur une page du Net n'est pas un début de négociation. Enfin, même si on voulait appliquer les art. 40a ss CO dans la situation exceptionnelle d'une publicité individualisée valant démarchage, il conviendrait d'exercer par écrit sous signature manuscrite le droit de repentir, suivant l'article 40e CO.

Par contraste, il faut relever que le droit européen est beaucoup plus protecteur. Dès lors le Conseil fédéral a proposé de modifier le code des obligations et la LCD, comme on l'a vu plus haut<sup>55</sup>.

Quant au droit américain, il n'admet l'annulation d'un contrat que si l'acheteur n'a pas eu l'occasion de prendre connaissance des conditions générales.

Enfin notons que notre système de droit continental n'a pas développé un statut particulier des opérations en masse, contrairement aux réflexions développées par la doctrine américaine<sup>56</sup>.

Une fois les conditions générales incorporées valablement, quelles obligations méritent-elles de retenir l'attention ?

## B. Garanties et responsabilité

On ne peut exposer toutes les questions relatives aux garanties dans la vente et dans la fourniture de services électroniques. Ces problèmes ne sont d'ailleurs pas tous spécifiques au commerce électronique. J'aimerais uniquement relever quelques questions fréquentes, à propos d'un exemple concret de conditions générales sur des galeries marchandes<sup>57</sup>.

### 1. Responsabilité pour risques

Les conditions générales mettent parfois à la charge du client les risques de l'expédition, même en cas d'envoi "franco". Cette règle semble contraire à la pratique dominante en Suisse. La portée de l'accord par lequel le client supporte les frais d'expédition n'est en revanche guère douteuse : il supporte les risques et doit se retourner contre le courrier ou la poste, lequel limite très fortement sa propre responsabilité, en vertu des clauses dont la validité et l'incorporation sont souvent douteuses.

### 2. Garantie

Normalement, la garantie dépend des conditions générales adoptées par chacun des commerçants. Ce qui est fréquent, c'est d'exclure les motifs subjectifs de retour de la marchandise. De plus, lors même qu'il y aurait un motif objectif, le client demeure responsable du produit sous sa garde, et il a l'obligation de le renvoyer en assumant aussi ces risques. Ceci

<sup>53</sup> R. GONZENBACH, n° 1 *ad rem.* prélim. art. 40a-40g CO, *in* Obligationenrecht I, (H. Honsell/N. Peter Vogt/W. Wiegand, éd.), 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Francfort sur le Main 1996.

<sup>54</sup> *Idem*, n° 3 *ad* art. 40a CO.

<sup>55</sup> Voir *supra* texte à n. 37.

<sup>56</sup> Voir le projet de Sec. 2B-208 UCC (abandonné) sur les licences en masse.

<sup>57</sup> Voir les conditions de la Galerie marchande *Surf and Buy* qui avait été mise sur pied avec le concours d'IBM.

est contraire à la jurisprudence fédérale, qui place le lieu d'exécution de l'obligation de restitution au domicile de l'acheteur ayant résolu<sup>58</sup>, une solution évidemment de droit dispositif.

Quant au dommage subi en raison de la mauvaise exécution d'une prestation en ligne, la jurisprudence allemande a d'ailleurs admis qu'une interruption de courant entraînant un dommage patrimonial n'est pas un dommage matériel<sup>59</sup>. La question peut être importante par exemple pour la consultation d'une base de données ou plus généralement le déchargement de données qui ne sont pas de pur divertissement, quand des conséquences néfastes peuvent découler de l'interruption.

### 3. *Réserve de propriété*

Les galeries virtuelles allemandes tentent d'imposer un pacte de réserve de propriété jusqu'à complet paiement. Ce pacte - non inscrit au registre spécial - est nul en Suisse (article 715 CC) et dans de nombreux pays latins<sup>60</sup>.

### 4. *Contrôle du contenu sur d'autres points*

Les clauses qu'on rencontre sur Internet sont parfois discutables sur d'autres points encore. Par exemple, on prévoit quelquefois qu'en cas de résolution du contrat pour un motif ou un autre, les acomptes payés par l'acheteur demeurent crédités au vendeur pour le dédommager. Dès lors, on comprend que la Directive européenne 97/7, à son article 6 chiffre 4, permette la résiliation du contrat de crédit sans pénalité, que l'article 7 chiffre 2 prévoit le remboursement dans les 30 jours en cas de résolution par le fournisseur, et que l'article 8 permette l'annulation du paiement dans des cas frauduleux. Tout ceci ne couvre pas encore le cas visé par la galerie marchande en cause, mais on s'en rapproche ! D'ailleurs, le contrat avec l'organisation de cartes de crédit peut prévoir que les instructions du client seront suivies et le compte du client crédité à nouveau.

Un domaine qui mériterait d'être exploré plus en détail est celui des obligations accessoires entraînées par la conclusion d'un contrat électronique. Au premier rang, on comptera le respect de la propriété intellectuelle, par exemple le droit d'auteur<sup>61</sup> ou le droit des marques<sup>62</sup>.

En tout cas, l'exploitant d'un cybercafé n'aurait pas l'obligation de surveiller le contenu des messages reçus et envoyés<sup>63</sup>. D'un autre côté, la jurisprudence admet une obligation d'informer les participants à certains services informatiques très spécialisés sur le fait qu'il rémunère les gentilles animatrices<sup>64</sup> : simple obligation de bonne foi contractuelle !

Ayant ainsi évoqué quelques solutions de droit matériel, il convient encore de préciser dans quelles conditions le droit suisse ou un droit étranger s'applique.

<sup>58</sup> ATF 109 II 32.

<sup>59</sup> Landgericht Konstanz, 10 mai 1996 (n° 81) (donc pas de dommage-intérêts sur la base du § 823.1 BGB).

<sup>60</sup> A propos d'un « droit de rétention » plus ou moins analogue, un arrêt intéressant signale qu'un fournisseur d'accès doit redonner son nom de domaine au client qui le quitte (Landgericht Hamburg, 17 septembre 1996, n° 65). Cependant, il aurait un droit de rétention aussi longtemps qu'il n'a pas été payé pour toutes les charges passées: Landgericht Hamburg, 17 septembre 1996 (n° 65) ; Landgericht Hamburg, 17 septembre 1996 (n° 67).

<sup>61</sup> Voir Amtsgericht Nagold, 31 octobre 1995, (n° 10), Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 19 décembre 1995 (n° 117). A vrai dire, il s'agit d'une obligation légale qui a des conséquences dans les relations des parties entre elles. Voir l'art. 42 CV à ce propos.

<sup>62</sup> Landgericht Düsseldorf, 4 avril 1997 (n° 47) par analogie.

<sup>63</sup> Voir Landgericht München, Einstellungsbescheid vom 16 janvier 1997, cybercafé (n° 90) et Landgericht Stuttgart, 17 novembre 1987, pour l'exploitant d'un *mail box* (n° 103).

<sup>64</sup> Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 1 avril 1996 (n° 118).

### III. DROIT APPLICABLE ET CONTRATS DE LICENCE

#### A. For

Pour les questions de for qui relèvent des procédures civile et pénale, relevons qu'en matière de loi sur la concurrence déloyale<sup>65</sup> comme en matière contractuelle<sup>66</sup>, les tribunaux se sont généralement reconnus compétents partout où l'on peut appeler les données. La doctrine avait été plus réservée<sup>67</sup>, mais on doit s'incliner devant les jurisprudences claires d'Allemagne, du Canada et de France par exemple. De toute manière, on acceptera aussi, en général, le for de commission des actes<sup>68</sup>, mais la localisation du serveur est indifférente, comme le montre la jurisprudence américaine<sup>69</sup>.

A ce propos, l'American Law Institute étudie la préparation d'un ensemble de Principes applicables au for et au droit applicable en matière de propriété intellectuelle, plus spécialement adaptés aux questions que suscite Internet<sup>70</sup>.

On sait que l'article 13 de la Convention de Lugano donne au consommateur un choix analogue à celui que connaît l'article 114 LDIP. Le Règlement de Bruxelles I a modifié la rédaction originale de l'art. 13 al. 1 ch.3 (a) pour indiquer en substance que le fait d'envoyer des messages commerciaux sur le Net constitue bien une « proposition spécialement faite ou une publicité » dirigée vers un certain Etat, dont le for va s'ouvrir.

#### B. Conflits de lois

##### 1. Article 117 LDIP

En l'absence de choix des parties, c'est normalement le droit du vendeur qui sera appliqué. En effet, le débiteur de la prestation caractéristique du contrat peut s'organiser en fonction de l'environnement de son principal établissement, et sa responsabilité en découle. Or, il répond également sur son patrimoine d'après les procédures de ce pays. Le système est donc cohérent. Tout au plus notera-t-on qu'en matière de commerce électronique, il n'est guère applicable pour les entreprises purement virtuelles. Il convient d'admettre ici la notion de fraude à la loi, s'il y a abus dans l'établissement de l'entreprise (*Durchgriff* contre ses dirigeants à leur domicile ou résidence habituelle). Enfin, l'article 124 LDIP régit le droit applicable à la forme.

<sup>65</sup> Landgericht Berlin, 21 Mai 1996, "Jobstar" (n° 23) et Landgericht München I, 17 octobre 1996, "Schmähkritik" (n° 87); voir aussi Landgericht Braunschweig, 5 août 1997, "deta.com" (n° 41).

<sup>66</sup> Voir les causes *Commune de St-Tropez c. Eurovirtuel*, *Quadra Communication*, *Nova Développement*, TGI Dragnignan, 21 août 1997, *J.-M. Queneau c. Jérôme B. et le Laboratoire d'Automatique et d'Analyse et des systèmes du CNRS (II)*, TGI Paris, 10 juin 1997 et *Framatome c. Association Internaute, Jérôme D., Olivier L., Xavier B.*, TGI Paris, 25 avril 1997.

<sup>67</sup> Voir par ex. mon article Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, *Medialex* 2 / 1997, pp. 77 ss.

<sup>68</sup> Cf. Landgericht Berlin, 20 novembre 1996, "concert-concept.de/concert-concept.com" (n° 27 et 28) et Landgericht Bochum, 24 avril 1997, "krupp.de" (n° 36).

<sup>69</sup> Voir les citations dans mon article Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, *Medialex* 2 / 1997, pp. 77 ss., n° 21-22.

<sup>70</sup> Voir F. Dessemontet, Quelques observations à propos du projet de l'American Institute sur les conflits de juridiction et la propriété intellectuelle, in *Mélanges Jean-Nicolas Druey*, Zurich 2002.

## 2. Article 120 LDIP

L'article 120 LDIP rend applicable le droit du pays du consommateur. Toute la question pour l'application de cette norme au commerce électronique tourne autour de l'article 120 alinéa 1 lettre b deuxième partie. On peut en effet admettre que la publicité sur le réseau est réalisée dans chaque pays où elle est visible ; c'est d'ailleurs dans ce sens que la Convention de Bruxelles a été amendée, comme on vient de le voir.

En revanche, les actes de commande sur Internet ne sont pas *localisés* en Suisse au sens de cette disposition. Certes, physiquement des claviers sont activés et des touches frappées ici, et la volonté du consommateur s'exprime ici. Cependant, c'est lors d'une ballade sur le réseau que cette commande se passe. Or le législateur pensait à toute autre chose : non au cas du touriste qui, venu seul à l'étranger, commande un habit ou un tapis, mais au démarcheur qui s'introduit dans son jardin et veut lui vendre un produit quelconque. Cet élément de démarchage et de surprise est totalement absent du réseau. D'ailleurs, la doctrine française interprète dans le même sens l'article 5.2 de la Convention de Rome de 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles<sup>71</sup>. Même aux Etats-Unis, il s'est trouvé un juge pour affirmer que la notion d'autoroute de l'information aurait une portée juridique : elle rendrait applicable la *Interstate Commerce Clause* de la Constitution à Internet, et de citer l'exemple des trains, des camions et des autoroutes<sup>72</sup>. A fortiori, on admettra qu'un touriste du réseau peut se voir opposer le droit d'un vendeur qu'il a lui-même recherché.

## 3. Article 122 LDIP

De nombreuses fournitures de services ont lieu sous forme d'une licence d'un bien immatériel. A défaut de choix par les parties, l'article 122 LDIP définit le droit du donneur de licence comme le droit applicable. En l'occurrence, le droit du fournisseur de *software* sera donc le droit applicable. Ceci correspond aussi à l'article 4 alinéa 2 de la Convention de Rome de 1980.

On prendra garde au fait que la doctrine suisse défend parfois l'application de l'article 120 LDIP de préférence à l'article 122 LDIP<sup>73</sup>. Ce point mériterait d'être discuté en détail, mais ce sera une autre fois. A l'étranger, on évoque parfois la théorie du pavillon : celle qui déclare que dans les ordres juridiques applicables si on suivait l'article 120 LDIP, seuls entrent en considération les pays pour le marché desquels on a hissé le pavillon (par exemple en empruntant sa langue<sup>74</sup>). C'est au vendeur de déterminer où il veut vendre ; une fois qu'il l'a fait, il doit respecter les mesures protectrices de l'acheteur dans ce pays<sup>75</sup>. On pourrait aussi évoquer la fraude à la loi.

Les observations que suscite pour Internet cette norme claire concernent entre autres les points suivant:

<sup>71</sup> Voir T. PIETTE-COUDOL / A. BERTRAND, *Internet et la loi*, Paris 1997, pp. 57 et 59 : les actes nécessaires à la commande ont lieu essentiellement sur le serveur du fournisseur.

<sup>72</sup> *American Libraries Association, et al. v. Pataki, et al.*, 969 F.Supp. 160 (S.D.N.Y. 1997).

<sup>73</sup> Voir M. KELLER/J. KREN KOSTKIEWICZ, n° 62 *ad art.* 122 LDIP, in *IPRG Kommentar* (A. Heini/M. Keller/K. Siehr/F. Vischer/P. Volken, éd.), Zurich 1993 ; voir cependant les arguments favorables à notre thèse in O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse Paris II, 2002, nos 226 ss.

<sup>74</sup> Voir dans ce sens N. VARILLE, *Publicité sur Internet. Droit et déontologie*, *Gaz. Pal.*, 21 / 22 novembre 1997, p. 6 ; R. DEVILLE / R. KALTHEGENER, *Wege zum Handelsverkehr mit elektronischer Unterschrift*, *NJW-COR* 3 / 97, p. 168.

<sup>75</sup> Voir dans des sens analogues, à propos de la publicité, F. DE VISSCHER / D. GROSSMANN, *Brèves réflexions sur la publicité et Internet en droit belge*, *Gaz. Pal.*, 21 / 22 novembre 1997, pp. 6-7 ; M. VIVANT, *Internet, support publicitaire: régulation et déontologie*, *Gaz. Pal.* 21 / 22 novembre 1997, p. 4.

- \* la transnationalité de certaines règles (ci-dessous 4)
- \* le droit de la consommation (ci-dessous 5)
- \* la justification du droit du preneur de licence dans des situations exceptionnelles (ci-dessous 6)
- \* la difficulté de découvrir la "résidence habituelle" de certaines entreprises virtuelles (ci-dessous 6 (a))
- \* la justification de cette règle au regard du divorce qui existe parfois entre l'apport des biens intellectuels en cause et leur mise en valeur sur le réseau (ci-dessous 6 (b))
- \* la protection des preneurs de licence à l'encontre de manœuvres dommageables entreprises par le fournisseur du logiciel, par exemple pour son auto-défense (ci-dessous 6 (c)).

#### 4. *Droit transnational*

Lorsque les divers droits en présence consacrent la même solution, il n'y a pas de conflit de lois. C'est fréquemment le cas pour l'arbitrage international en matière de noms de domaines, où les sentences sont souvent rendues à l'unanimité, bien que les experts appartiennent à des ordres juridiques différents, et sans déclarer qu'un droit national particulier a été appliqué. On peut parler d'un droit harmonisé par la loi ou par la pratique. La pratique pourra s'harmoniser par exemple dans les domaines suivants, créant ainsi un droit transnational<sup>76</sup> et supprimant les conflits – donc les cas d'application des règles de conflits :

##### a) les contrats de licence

Ces contrats ne sont en général pas codifiés dans les législations nationales. Peu de précédents s'avèrent contraignants pour les tribunaux, probablement parce que la plupart des causes de ce genre vont en arbitrage. Dès lors, l'observation des rares normes applicables et des précédents permet de constater l'émergence d'un droit transnational. En voici deux exemples:

- a. la qualité pour agir en contrefaçon du licencié exclusif semble désormais admise dans presque tous les États, alors qu'en Suisse, par exemple, elle était encore incertaine il y a deux décennies<sup>77</sup>. Le Canada va même jusqu'à reconnaître cette qualité au simple licencié<sup>78</sup>, mais il s'agit là d'une solution isolée qui ne deviendra pas du droit transnational.
- b. la position privilégiée du licencié exclusif entraîne probablement dans la plupart des pays l'obligation d'exploiter le bien intellectuel concédé. Ainsi sera assurée la rémunération du donneur de licence qui s'interdit d'exploiter lui-même son bien. Mais qu'en est-il dans une licence semi-exclusive ("*sole license*")? Des cas récents nous ont amené à remarquer la convergence des droits allemands français et suisses, imposant à notre avis l'obligation d'exploiter dans le cas de la licence semi-exclusive également [et par conséquent la qualité pour agir du preneur de cette licence]. Le droit français admet d'ailleurs l'obligation

<sup>76</sup> Voir E. Caprioli/R. Sorieul, *Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, JDI 1997, pp. 323ss. Voir déjà E. Langen, *Transnational Commercial Law*, Leiden 1973, pp. 34 ss.

<sup>77</sup> Voir alors pour quelques observations comparatives François Dessemontet, *Transfer of Technology under UNCTAD and EEC Draft Codifications: a European View on Choice of Law in Licensing*, in *Journal of International Law and Economics* [Washington D.C.] 12, 1977, p. 38 ; l'art. 34 (3) de la loi fédérale sur la protection des designs (R.S. 232.12) consacre désormais la qualité pour agir du licencié exclusif.

<sup>78</sup> *Signalisation de Montréal Inc. v. Les Services de Bétons Universels Ltée*, Fed. App. Ct. Dec. 21, 1992, WIPR 7 [1993] 60-61.

d'exploiter dans toute licence<sup>79</sup>, mais il est possible que cette solution ne s'impose pas sur un plan transnational.

b) le droit de la concurrence

Il est certain que les opérateurs du réseau sont soumis au droit de la concurrence. Celui-ci a constitué d'ailleurs l'un des moteurs des négociations entre les Etats-Unis et l'Europe lorsqu'il s'agissait de démocratiser et de désaméricaniser l'accès au réseau, en particulier dans l'attribution des noms de domaine. Si les arguments déduits du droit de la concurrence peuvent convaincre les gouvernements des deux côtés de l'Atlantique, c'est que ce droit est quasi transnational. La prochaine révision des règlements européens d'exemption en matière de transfert technologique devrait mieux tenir compte de l'évolution américaine, supprimant certaines des limitations de l'exemption selon le Règlement No 240/96 du 31 janvier 1996<sup>80</sup> et renonçant à la plupart des interdictions *per se*<sup>81</sup>.

5. *Droit de la consommation*

Il est symptomatique qu'aux Etats-Unis, les efforts du professeur Raymond Nimmer en vue de créer grâce à un article 2B Uniform Commercial Code une codification du droit des licences électroniques aient finalement débouché sur un acte portant loi uniforme pour la protection des consommateurs sur le Net (Uniform Computer Information Transactions Act - UCITA), en passe d'être adoptée par plusieurs Etats<sup>82</sup>.

Le fondement des règles de droit international privé qu'adopte cette loi uniforme est une approche qui respecte peu l'autonomie contractuelle. Le droit applicable en l'absence de choix s'impose s'il accorde pour le consommateur une protection supérieure au droit choisi par les parties<sup>83</sup>. Une solution du même type se retrouve à l'article 5 de la Convention de Rome<sup>84</sup> et à

<sup>79</sup> Cf. Cour d'appel de Paris, 2 juin 1988, D. 1988, IR, 202.

<sup>80</sup> J.O. L 031 du 9.02.1996 p. 213.

<sup>81</sup> Commission européenne, Rapport d'évaluation concernant le Règlement d'exemption par catégorie no 240/96 en faveur du transfert de technologie, 20.12.2001, doc. COM (2001) 786 final.

<sup>82</sup> Maryland (le 25 avril 2000) et Virginia (le 14 mars 2000). Pour une mise à jour de cette liste voir *in* [www.ucitaonline.com/whathap.html](http://www.ucitaonline.com/whathap.html).

<sup>83</sup> Voir UCITA, Section 109) (a): « The parties in their agreement may choose the applicable law. However, the choice is not enforceable in a consumer contract to the extent it would vary a rule that may not be varied by the agreement under the law of the jurisdiction whose law would apply under subsection (b) and (c) in the absence of an agreement. »

<sup>84</sup> Article 5 Contrats conclus par les consommateurs

« 1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:

\* si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou

\* si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou

l'article 120 LDIP<sup>85</sup>. A vrai dire, cette dernière règle est curieuse en équité. Elle paraît supposer en effet que la loi du pays du consommateur est toujours plus favorable au consommateur que la loi du pays du vendeur. Logiquement, ce ne peut être vrai en tous les cas, comme l'a relevé le professeur R. Nimmer<sup>86</sup>. Par conséquent, la solution proposée aux Etats-Unis est supérieure.

Quoiqu'il en soit, la préférence accordée au droit du consommateur peut se comprendre dans les opérations de masse qui caractérisent le commerce électronique avec envoi de biens physiques par la poste ou le courrier. La situation est ici semblable au télé-achat traditionnel. En revanche, lorsque la prestation est *immatérielle*, il convient de distinguer entre les prestations que ne couvre aucun droit de propriété intellectuelle et celles qui mettent en jeu le droit d'auteur ou, par exemple, le droit *sui generis* sur les bases de données. Lorsqu'aucun droit intellectuel n'est en jeu, l'utilisateur peut être protégé par son propre droit des contrats si la loi de son Etat de domicile ou de résidence habituelle se déclare applicable<sup>87</sup>. Par contraste, lorsque le droit de l'Etat dans lequel le donneur de licence a son établissement ou sa résidence lui accorde des droits, par exemple contre la reproduction de multiples exemplaires ou l'extraction d'une partie importante des données de la base de données, alors ce n'est pas le droit du preneur de licence qui a vocation à s'appliquer; on tranchera un éventuel litige sous l'empire des règles applicables au contrat de licence<sup>88</sup>. D'ailleurs à notre avis, le droit international privé européen ne connaît pas la catégorie des licences accordées aux consommateurs par opposition à celles accordées aux entreprises et aux professionnels. En particulier, ce ne sont pas des fournitures de service au sens de l'article 5.1 de la Convention de Rome. Par voie de conséquence, les exceptions du droit du preneur quant à l'usage privé ne s'appliqueront pas dans le contexte d'une transaction internationale. Cependant, le tribunal donnera force aux exceptions de l'Etat du donneur, par exemple le *fair use* si l'Etat d'origine est les Etats-Unis.

\* si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

4. Le présent article ne s'applique pas:

- a) au contrat de transport;
- b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement. »

85 Article 120 Contrats conclus avec des consommateurs

« 1. Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur:

- a) Si le fournisseur a reçu la commande dans ce pays;
- b) Si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- c) Si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer commande.

2. L'élection de droit est exclue. »

86 In Comment 4 to Sec. 2B-106 U.C.C. (draft of May 5, 1997 cité par M. Jaccard, *Securing Copyright in Transnational Cyberspace*, 35 *Columbia Journal of Transnational Law* (1997) p. 656 No 19).

87 Voir l'art. 120 LDIP.

88 Par exemple, en Suisse, l'art. 122 LDIP. Pour l'application de la loi du droit de propriété intellectuelle en cause dans une perspective territoriale, voir au contraire S. Soltysinki, *Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions*, RCADI 1986, T. 1, p. 243.

## 6. Droit du preneur de licence dans des situations exceptionnelles

Il est légitime de se demander si la solution qui vient d'être évoquée, soit l'application du droit du pays du donneur de licence, sauf les exceptions mentionnées, ne mériterait pas un tempérament dans trois autres hypothèses particulières:

### a) Entreprise virtuelle

L'application de la clause d'exception<sup>89</sup>, ou celle du principe de la proximité consacré à l'article 4 (1) de la Convention de Rome pourrait amener le juge à appliquer le droit du pays du preneur de licence lorsque l'entreprise qui fournit les biens intellectuels est une entreprise virtuelle, sans rapport effectif avec le territoire d'un Etat qui peut être prévu. La doctrine s'est à juste titre préoccupée des entreprises qui se délocaliseraient dans des pays sans protection de la propriété intellectuelle<sup>90</sup>. Ce seront en général des entreprises qui interviendraient comme purs intermédiaires, pillant la propriété intellectuelle qui ne serait pas protégée à leur établissement pour la rendre accessible à travers le monde, à titre onéreux. Elles pourraient aussi le faire à titre gratuit, mais elles encaisseraient alors les redevances de publicité en raison du succès de leur site, ou bien elles pourraient revendre des adresses électroniques vérifiées.

Dans ce cas, l'idée de base que le droit applicable doit être celui de la partie qui fournit la prestation caractéristique ne mérite pas d'être suivie, parce que la prestation en cause est illicite selon le *jus commune* des 163 pays qui ont adhéré à l'Union de Paris de 1883, ou des 149 pays membres de l'Union de Berne, ou encore des 144 pays qui sont parties à l'Accord sur les aspects de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. On devrait donc considérer le contrat sur la fourniture de biens intellectuels piratés comme contraire aux bonnes mœurs dans les autres nations<sup>91</sup>. Or seule une prestation licite ou non contraire aux mœurs peut mettre en œuvre le processus de l'article 4 (2) de la Convention de Rome et celui de l'article 117 LDIP, par exemple.

### b) Droits acquis sans effort ni investissement

En outre, il est une seconde hypothèse (laquelle peut d'ailleurs en fait se cumuler avec celle qu'on vient d'envisager) justifiant d'abandonner la loi du donneur de licence: c'est le cas dans lequel le donneur de licence n'a en rien contribué à la création du bien culturel, ou à sa compilation, ou à son accessibilité sur le marché électronique, ni ne l'a acquis par succession. La propriété intellectuelle récompense celles et ceux qui investissent dans toutes ces activités,

<sup>89</sup> Art. 15 LDIP (très peu invoqué en pratique; voir A.E. von Overbeck, *The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law*, *Yearbook of Private International Law* (1999), pp. 119 ss.). Au demeurant, pour les contrats, l'art. 17 al. I LDIP « remplace la clause d'exception de l'art. 15 LDIP », comme l'exprime B. Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Berne, 3<sup>ème</sup> éd. 2001, N. 4 *in fine ad* art. 117 LDIP.

<sup>90</sup> A. Lucas, Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux, OMPI CGPIC/1 1998, No 85; P. Schonning, *Applicable Law in Transfrontier On-Line Transmissions*, RIDA 1996, vol 170, p. 21; *Internet and the Applicable Copyright Law: A Scandinavian Perspective*, *EIPR* 1999.44. Cf. aussi F. Dessemontet, Internet, le droit d'auteur et le droit international privé, *Revue suisse de jurisprudence* 1996, no 15, p. 291.

<sup>91</sup> Pour la nullité de ce contrat en droit suisse, voir Cour de justice de Genève, 11 mars 1949, SJ 1949, p. 561. Cette solution n'est pas certaine. On ne peut pas soutenir l'idée qu'en tous les cas, le contrat ayant pour objet la commission d'un acte illicite serait nul. Il convient d'examiner si l'exécution de l'obligation convenue dans le contrat est en elle-même contraire à la législation. Même si la nullité pour illicéité n'est pas certaine, la nullité pour contrariété aux mœurs mérite d'être admise, comme l'admet la jurisprudence cantonale zurichoise pour un contrat facilitant la contrebande d'un bien ; cf. *Revue suisse de jurisprudence* 1968, no 182, p. 354.

les auteurs et les éditeurs ou autres intermédiaires qui achètent des catalogues de droit, par exemple. C'est l'investissement dans la création et la commercialisation des biens intellectuels nouveaux que veulent encourager les Etats par les conventions de propriété intellectuelle et les législations qui s'y rapportent<sup>92</sup>. Lorsqu'en fait pareil investissement n'a pas eu lieu, le donneur de licence n'offre rien de caractéristique. Or, derrière la notion de prestation caractéristique se profile également une justification tenant à la protection des activités intellectuelles d'un auteur ou des investissements d'un entrepreneur. Comme le relève la doctrine anglaise, il ne suffit pas de dire que celui qui ne paie pas le prix contractuel effectue la prestation caractéristique, ce qui serait une justification insuffisante à l'application de son droit<sup>93</sup>. Il convient de rappeler que la prestation caractéristique se comprend par rapport à la notion de "*going concern*", d'entreprise disposant d'un certain nombre d'actifs qu'elle organise dans un certain environnement, à la fois pour fournir des services ou des produits d'une certaine qualité, et pour garantir par son substrat patrimonial le remboursement des dettes qu'elle encourt normalement dans son activité.

Dès lors, quand le donneur de licence n'a pas d'actifs immatériels, l'application de son droit ne s'impose pas. Celui qui est le plus proche de la transaction est bien le preneur qui rapatrie de l'éther une œuvre ou des données pour en faire un usage réel, violant ainsi les droits de propriété intellectuelle d'un tiers. C'est alors son droit qui pourra s'appliquer.

### c. Pratiques déshonnêtes

Enfin, lorsque le preneur de licence est victime de pratiques déshonnêtes, nous avons proposé l'application de son droit<sup>94</sup>. On peut se demander s'il faut généraliser cette solution en vue de renforcer la confiance dans le commerce électronique<sup>95</sup>. L'indemnisation du dommage consécutif à l'explosion d'un logiciel autodestructeur serait ainsi soumise à la loi du preneur de licence; de même, en cas de violation des dispositions sur la protection des données, etc. A ce moment, une responsabilité extra-contractuelle serait d'ailleurs concevable. C'est le droit applicable à cette responsabilité qui déterminera si les pratiques en cause sont véritablement déshonnêtes.

Après avoir esquissé quelques solutions de droit international privé, tournons-nous pour conclure vers les noms de domaine.

<sup>92</sup> Cf. notre étude *Le droit d'auteur*, CEDIDAC No 39, Lausanne 1999, No 20.

<sup>93</sup> Cf. par ex. J.G. Collier, *Conflict of Laws*, Cambridge 2<sup>ème</sup> éd. 1994, p. 192.

<sup>94</sup> Cf. F. Dessemontet, *The European Approach to e-Commerce and Licensing*, *Brooklyn Journal of International Law*, volume XXVI, (2000), p. 73.

<sup>95</sup> Depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, le principe du pays d'origine est fondamental dans l'Union européenne. Certains pensent néanmoins que la confiance des consommateurs à l'égard du commerce électronique sera renforcée seulement si les juges compétents et le droit applicable sont ceux du pays du preneur de licence. Voir le rapport OCDE consacré au forum sur le commerce électronique [www.oecd.org](http://www.oecd.org). Voir aussi Jim Murray, *The Proposed E-commerce Directive and the Consumer*, *Journal Advertising & Marketing Policy and Practice in the European Community* (1998); Résolution du Conseil du 19 janvier 1999 concernant les aspects de la société de l'information concernant les consommateurs, JOCE 28/01/1999, particulièrement considérant 10.

## IV. NOMS DE DOMAINE ET ARBITRAGE EN LIGNE

### A. Introduction

Le nom de domaine<sup>96</sup> est à la fois l'identification d'un certain ordinateur ou d'un réseau et l'adresse à laquelle une personne ou une entreprise peuvent être atteintes sur Internet ou sur le *World Wide Web*. Cette adresse est composée de caractères alphanumériques et sert à distinguer un site web des autres, remplissant ainsi la même fonction pratique qu'une adresse postale ou un numéro de téléphone<sup>97</sup>.

Le nom de domaine apparaît donc comme une sorte de clé qui permet aux utilisateurs d'Internet de se connecter au site web des entreprises et des personnes.

Les noms de domaine se décomposent en deux parties essentielles; d'une part le « *Top-level Domain Name* » (*gTLD*), correspondant à quelques grandes catégories et imposé d'office par l'organisme d'enregistrement<sup>98</sup> et, d'autre part, le « *Second-level Domain Name* » (*SLD*) librement choisi par celui qui enregistre son adresse<sup>99</sup>, et qui reprend en principe tout ou partie du nom de son entreprise, de sa raison sociale ou d'une marque déposée. Il peut aussi indiquer ses activités<sup>100</sup>.

Pour être valable, le nom de domaine doit être enregistré auprès d'un organisme agréé. L'enregistrement se fait en ligne et ne coûte, en Suisse, que quelques dizaines de francs, ce qui le rend accessible à chacun<sup>101</sup>.

Les règles originales relatives à l'enregistrement suivaient quatre grands principes:

- En premier lieu, l'enregistrement n'est pas subordonné à un usage effectif ou actif du nom de domaine sur Internet, le nom pouvant être simplement réservé<sup>102</sup>.
- En deuxième lieu, toute personne peut enregistrer un nom de domaine sans égard à sa position professionnelle ou géographique<sup>103</sup>.

<sup>96</sup> Toutes les affaires se rapportant à des litiges en matière de noms de domaine et rendues sous l'égide du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI - citées dans cet article ou non - sont accessibles sur Internet à l'adresse <http://arbiter.wipo.int/domains/cases/all-fr.html>.

<sup>97</sup> Cf. sur cette question Philippe Gilliéron, Les noms de domaine: protection et résolution des conflits in: sic! 2000, p. 71 ; et maintenant, par le même auteur, La procédure de résolution en ligne de conflits relatifs aux noms de domaine, publication CEDIDAC no 48, Lausanne 2002.

<sup>98</sup> Il faut distinguer deux catégories de TLD: d'une part les *gTLD* « Generic Top-level domain Name » comme « .com », « .edu », etc., et, d'autre part, les *ccTLD* " Country Code Top-level Domain Name », qui reprennent les abréviations officielles de chaque pays comme « .ch » ou « .fr » etc.

<sup>99</sup> A titre d'exemple, le nom de domaine <http://www.unil.ch> se compose du TLD « .ch » et du SLD « .unil ».

<sup>100</sup> Pour des explications plus approfondies et une approche historique, voir Philippe Gilliéron, op.cit., note 1.

<sup>101</sup> Cf. notamment les dispositions générales adoptées par CH/LI DOM-REG (organisme habilité à enregistrer les noms de domaine en Suisse), en particulier le ch. 2 de l'annexe sur les taxes, accessibles sur Internet à l'adresse <http://www.nic.ch/fr/terms/policy-fr.html>.

<sup>102</sup> Ibid., en particulier le ch. 1; on a vu ainsi des personnes réserver aux USA tous les mots possibles composés de trois lettres (en les combinant).

- En troisième lieu, l'attribution des noms de domaine s'est longtemps faite en dehors de tout contrôle, c'est-à-dire sans se préoccuper du droit des marques ou du droit des raisons de commerce, le seul principe existant étant alors «*first come, first served*»<sup>104</sup>.
- En dernier lieu, n'importe quel mot ou combinaison de mots peuvent être enregistrés comme nom de domaine, la seule restriction étant que le nombre de caractères soit compris entre trois et vingt-quatre<sup>105</sup>.

Ces principes ont rendu possible tout enregistrement d'un nom de domaine dès lors que celui-ci n'était pas déjà enregistré. Pareil enregistrement aura souvent été effectué même si le nom de domaine correspondait, par exemple, à une marque notablement connue appartenant à un tiers, ce qui a créé de nombreuses possibilités de contentieux<sup>106</sup>.

## B. Règlement des contentieux par la voie arbitrale

### 1. Nécessité d'une procédure économique, rapide et en ligne

Selon le cabinet d'études Netcraft<sup>107</sup>, on dénombrait en février 2002, 38,4 millions de sites web actifs dans le Monde, soit au moins 3 milliards de pages web. La société Network Wizard estime le nombre de noms de domaine à 103 millions<sup>108</sup>.

La communauté internationale n'a pas réagi immédiatement aux cas d'usurpation qui se multipliaient<sup>109</sup>.

Le schéma en était souvent identique: le titulaire d'une marque ou d'une raison connue (Armani, Versace, Ares Serono, etc.) n'ayant pas enregistré son signe distinctif comme nom de domaine, un tiers le faisait à sa place, soit aux Etats-Unis (avec «*Top-level Domain Name*» «*.com*» ou «*.org*», par exemple), soit dans le pays d'établissement de l'intéressé (avec «*Top-level Domain Name*» «*.ch*», «*.fr*», etc.). Il s'adressait ensuite au titulaire de la marque en lui proposant de revendre "son" nom de domaine pour un montant variable, allant de l'équivalent de USD 10'000.- à USD 150'000.- par exemple.

Il arguait du fait qu'une procédure judiciaire, au résultat peut-être incertain, coûterait autant. Plusieurs entreprises ont accepté ce marché (par ex. Ares Serono en Suisse). D'autres ont obtenu des jugements en leur faveur<sup>110</sup>.

<sup>103</sup> Ibid ch. 3.

<sup>104</sup> Ibid ch. 8

<sup>105</sup> Ibid ch. 17

<sup>106</sup> Dans son arrêt du 2 mai 2000, le TF a considéré que le principe «*first come, first served*» n'était plus absolu. L'enregistrement indu par exemple d'un lieu géographique connu peut tomber sous le coup de la LCD. Voir les arrêts «*Rytz*», ATF 125 III 91, «*Sion 2006*», sic ! 1999, pp. 269 ss., «*Luzern.ch*», sic ! 2002, pp. 176 ss. (recours pendant devant le TF), «*frick.com*», sic ! 2001, pp. 818 ss., ainsi que Philippe Gilliéron, La procédure de résolution en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine, op. cit., note 1 et Ivan Cherpillod. Droit des marques et Internet *in* sic! 1997, p. 121.

<sup>107</sup> <http://www.netcraft.com/survey/>

<sup>108</sup> <http://www.unice.fr/BU/lettres/pstat.html>

<sup>109</sup> Cf. cependant les arrêts précurseurs rendus aux Etats-Unis [affaires Gateway 2000 v. Gateway.com, Inc., 1997 US Dist. Lexis 2144 (1997, E DNC)]; et en France : Relais et Châteaux, Trib. gde inst. Paris. 2, mai 1996, REF 5655/96; Commune de Saint-Tropez c. Société Eurovirtuel, Trib gde inst. Draguignan, 21 août 1997. Voir également Elancourt c. M. Lofficial, Trib. gde inst. Versailles. 8 avril 1998; Pacanet c. M. Merlin, Trib. gde inst. Draguignan, 8 avril 1998; L'Oréal c. PLD Entreprises, Trib. gde inst. Paris, 27 mars 1998; Alice c. Société Alice, Cour d'Appel de Paris, 4 décembre 1998.

Pour mettre fin à ce chantage, les Principes directeurs approuvés le 26 août 1999 par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Number* (ci-après ICANN) ont institué une procédure administrative qui a connu un succès considérable. Elle a servi de modèle pour les nouvelles procédures applicables aux cas de plus en plus fréquents déclenchés par l'acceptation des nouveaux gTLD [.aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name et .pro]. En effet, ces milliers de cas (4000 en janvier 2002) sont traités par l'OMPI directement sans recours à des arbitres externes et selon des procédures accélérées qui permettent de lutter contre l'usurpation des marques dans les nouvelles catégories (dite « sunrise procedure » ou « STOP procedure »<sup>111</sup>). Le succès de la procédure ordinaire s'explique par des avantages concrets pour les titulaires de marques.

a. Le coût de cette procédure est bas (USD 1'500.- lorsque la décision relève d'un arbitre; USD 3'000.- si la décision relève de trois arbitres, lorsque de un à cinq noms de domaine sont en cause<sup>112</sup>). Il n'est pas alloué de frais et dépens.

b. La procédure est rapide, puisqu'elle conduit en principe à une décision dans les quatorze jours dès que l'arbitre a été saisi du dossier. Ceci suppose au préalable:

- l'envoi d'une demande avec le paiement d'un émolument et la réception d'une réponse (toutes deux assorties d'une déclaration d'exactitude, une confirmation étant obtenue auprès de l'organisme ayant attribué les noms de domaine);
- la désignation d'un arbitre, ce qui peut prendre une dizaine ou une douzaine de jours pour un arbitre unique, parfois plus longtemps pour un groupe de trois arbitres.

L'un dans l'autre, un petit mois s'écoulera pour obtenir une décision, en l'absence de circonstances exceptionnelles qui conduiraient un arbitre à demander une prolongation du délai.

c. Etant en ligne, la procédure ne requiert aucune comparution personnelle.

Plus de 7500 demandes ont été présentées en Europe et en Amérique du Nord aux divers centres agréés dans les vingt-cinq premiers mois dès l'établissement de cette procédure, ce qui tend à prouver son utilité.

## 2. *Nomination des arbitres et langue de la procédure*

Lorsqu'un arbitre unique est requis, celui-ci est nommé directement par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI. Lorsque trois arbitres sont demandés par l'une ou l'autre des parties, celles-ci peuvent indiquer le nom de trois candidats pour siéger dans la commission ad hoc qui statuera sur le cas. La désignation effective se fait par le Centre d'arbitrage.

Le Centre d'arbitrage a d'ailleurs établi une liste comportant les noms d'arbitres potentiels, dont onze en Suisse<sup>113</sup>.

La langue de la procédure n'est pas nécessairement l'anglais. Cette langue sera en principe celle du contrat d'enregistrement du nom de domaine litigieux. Des décisions en tout cas ont été rendues en espagnol, d'autres en français<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Cf. affaires Framatome c. Association Internaute, Trib. gde. inst. Paris, 25 avril 1997 et Atlantel, Trib. gde inst. Paris, 22 février 2000.

<sup>111</sup> Voir World Intellectual Property Report 2002/5, pp. 19-20.

<sup>112</sup> Schedule of Fees, accessible sur Internet à l'adresse <http://arbitrer.wipo.int/domains/fees/index.html>.

<sup>113</sup> Madame Anne-Virginie Gaide (Genève), MM. Michael A.R. Bernasconi (Zurich), Bernhard F. Meyer-Hauser (Zurich), Kamen Troller (Genève), Christophe Imhoos (Genève), Thomas Legler (Genève), Andrea Mondini (Zurich), Gérald Page (Genève), Michael Treis (Zurich), Nicolas Ulmer (Genève) et le soussigné (Lausanne).

### 3. Les principes applicables

Les règles de procédure de l'ICANN, adoptées le 24 octobre 1999, déterminent les principes qu'appliqueront les arbitres, tandis que les règles supplémentaires de l'OMPI, entrées en vigueur le 1er décembre 1999, fixent quelques détails<sup>115</sup>. On peut résumer les principes de fond en trois points.

a. Tout d'abord, il convient de déterminer s'il existe une identité ou un danger de confusion réel entre le nom de domaine en question et la marque ou le signe distinctif du demandeur<sup>116</sup>. Le «*Top-level Domain Name* » est indifférent pour juger du risque de confusion<sup>117</sup>.

b. Il faut ensuite définir si le défendeur a un intérêt légitime à utiliser le nom de domaine en jeu. Cet intérêt existe, par exemple, s'il est le revendeur autorisé d'un certain produit portant une marque du demandeur et qu'il établit un site au nom de ce produit<sup>118</sup>. Il en va de même s'il exploite un commerce sous un certain nom à titre d'enseigne, même non inscrit comme marque ou dans un registre du commerce<sup>119</sup>.

c. Enfin, il sera tenu compte de la mauvaise foi éventuelle du défendeur comme d'un facteur prépondérant.

Le défendeur peut faire preuve de mauvaise foi au moment de l'enregistrement du nom de domaine contesté ou, par la suite, dans sa façon de l'utiliser.

De manière générale, la mauvaise foi sera retenue lorsque le défendeur aura pris des mesures pour cacher son identité<sup>120</sup>, lorsqu'il aura offert de vendre le nom de domaine, ou opposé son silence à celui qui tente d'éclaircir la situation<sup>121</sup>. Dans tous les cas, il est indifférent que le défendeur ait agi pour lui-même ou pour un client<sup>122</sup>.

Bien qu'il soit difficile de définir la mauvaise foi, cette notion doit être appréciée conformément aux principes généraux<sup>123</sup>. On tiendra compte notamment de deux critères:

- la connaissance de faits donnés - tel que l'usage antérieur d'une marque déposée par le demandeur - ou le devoir de connaître ces faits compte tenu des circonstances;
- la conscience d'agir à l'encontre d'une règle de droit :

<sup>114</sup> Cf. par ex. : affaire banesto.org, numéro D2000-0018, Jet tours D2000-0451.

<sup>115</sup> Ces règles sont accessibles sur Internet aux adresses <http://arbitrer.wipo.int/domains/rales/icannrules-fr.pdf> et <http://arbitrer.wipo.int/domains/rules/supplemental-fr.html>.

<sup>116</sup> Peu importe si la marque en cause n'est pas enregistrée dans le pays du défendeur. Voir la décision du Professeur W. Cornish dans la cause [theconomictimes.com](http://theconomictimes.com)/[thetimesofindia.com](http://thetimesofindia.com), numéros D2000-0014 et D2000-0015; cf. aussi l'affaire [ronson.com](http://ronson.com), numéro D2000-0011. Pour des litiges portant sur des noms de personnes, voir par ex. les affaires [juliaroberts.com](http://juliaroberts.com), numéro D2000-0210, [dodialfayed.com](http://dodialfayed.com), numéro D2000-0060, [ermegildozegna.com](http://ermegildozegna.com), numéro D2000-0107; pour une raison sociale voir l'affaire [jpmorgan.org](http://jpmorgan.org), numéro D2000-0035. Dès le 15 janvier 2002, l'OMPI tient un registre des noms de personnes ou de personnages qui, à la requête de leur ayant-droit, ne peuvent être enregistrés comme noms de domaine.

<sup>117</sup> Cf. affaires [telstra.org](http://telstra.org), numéro D2000-0003 et [finter.org](http://finter.org), numéro D2000-0091.

<sup>118</sup> Cf. affaire [militec.com](http://militec.com), numéro D2000-0006.

<sup>119</sup> Cf. affaires [sixnet.com](http://sixnet.com), numéro D2000-0008 et [telaxis.com](http://telaxis.com), numéro D2000-0005.

<sup>120</sup> Cf. affaire [telstra.org](http://telstra.org).

<sup>121</sup> Cf. affaire [alcoholicsanonymous.net](http://alcoholicsanonymous.net), numéro D2000-0007.

<sup>122</sup> Cf. les affaires [babydior.com](http://babydior.com), numéro D2000-0098, [jpmorgan.org](http://jpmorgan.org) et [finter.org](http://finter.org).

<sup>123</sup> Voir Peter Jäggi Berner Kommentar, Bern 1966, 43ss ad art. 3 CC; affaire [finter.org](http://finter.org).

Ainsi, au moment de l'enregistrement, un spécialiste en informatique ne peut ignorer les droits préférables d'Altavista, par exemple<sup>124</sup>. De même, il ne pourra reprocher au demandeur de n'avoir pas enregistré sa marque ou sa raison sociale sous le « *Toplevel Domain Name* » « .org » ou « .com », alors qu'il doit savoir que l'usage a été longtemps de s'inscrire sous le « *Top-level Domain Name* » correspondant à l'abréviation officielle du nom de son pays<sup>125</sup> (« .ch », « .fr », « .uk » etc.). On considérera également qu'il y a mauvaise foi si le défendeur a repris volontairement un nom de fantaisie identique à celui d'une entreprise déjà active, afin de créer une confusion dont il entend profiter<sup>126</sup>.

Suivant les circonstances, un usage peut aussi dénoter la mauvaise foi, par exemple en cas de parasitisme ou de vente de son nom de domaine.

Il y a notamment *parasitisme* si l'usage qui est fait d'un nom de domaine vise à détourner la clientèle de son titulaire légitime pour l'attirer auprès d'un tiers ou chez soi. Ainsi, dans la cause « easyjet.com », un lien hypertexte avait été créé partant du site pirate et amenant à ceux de deux concurrents d'easyjet offrant des vols à bas prix<sup>127</sup>. Dans la cause « theeconomictimes.com/thetimesofindia.com », le parasitisme consistait à attirer des clients du titulaire légitime sur son propre site internet.

A ce stade, il est remarquable de constater qu'à la suite de l'essor d'Internet et de la création de cette procédure administrative mondiale, les juristes de common law en sont venus à consacrer la prohibition de la concurrence parasitaire en soi, alors qu'ils n'ont longtemps vu dans la concurrence déloyale que le chef de *passing off* (correspondant à la création d'un risque de confusion entre son entreprise et celle d'autrui, ce que prohibe par exemple l'art. 3 lit. d LCD).

L'intention de vendre son site est la preuve de la mauvaise foi de celui qui ne l'utilise pas. C'est le cas typique des noms de domaine inscrits pour faire chanter les titulaires légitimes des marques ou des raisons sociales correspondantes. De nombreuses décisions ont consacré cette règle<sup>128</sup>. En revanche, le seul fait de réserver un nom de domaine (le « parking ») sans construire un site ne devrait pas suffire à admettre la mauvaise foi<sup>129</sup>.

#### 4. *Les voies judiciaires nationales*

Une jurisprudence mondiale se forme pour l'attribution des noms de domaine. Toutefois, il ne s'agit que d'une jurisprudence administrative. En principe, les parties peuvent encore en découdre devant les tribunaux ordinaires, au for que le demandeur aura dû déclarer compétent pour connaître des suites judiciaires de la cause en introduisant sa requête auprès du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, ou d'une autre institution agréée pour appliquer l'« ICANN Policy ». Il semble cependant peu probable que les pirates de noms de domaine prennent l'initiative de soutenir des procédures dans lesquelles des dépens seraient ordonnés, alors que l'ordre de transférer le nom de domaine a été donné à l'arbitre. On n'est guère renseigné sur le nombre exact de ces procédures ordinaires intervenant après une procédure ICANN, mais il n'y en aurait pas plus d'une dizaine<sup>130</sup>. En sens contraire, évidemment, le demandeur évincé dans la procédure administrative peut toujours s'adresser aux tribunaux ordinaires. Il n'aura guère subi qu'un mois de retard dans le cas où il n'aurait pas déjà entrepris des procédures judiciaires.

<sup>124</sup> Affaire Altavista, Trib. gde inst. Paris, 28 janvier 2000.

<sup>125</sup> Cf. affaire finter.org.

<sup>126</sup> Cf. affaire telstra.org.

<sup>127</sup> Voir par exemple pour la notion de parasitisme les affaires talk-city.com, numéro D2000-0009 et telstra.org.

<sup>128</sup> Cf. affaires AmericanVintage.com, numéro D2000-0004, worldwrestlingfederation.com, numéro D99-0001, banesto.org et musicweb.com, numéro D2000-0001.

<sup>129</sup> Affaire Molmed D2001-1147.

<sup>130</sup> Ph. Gilliéron, La procédure de résolution en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine, op.cit., note 1.

Cette nouvelle procédure aura donc mis fin aux abus les plus criants, sans préjuger de l'issue des procès nationaux. Sans doute les droits nationaux recevront-ils une forte impulsion de la jurisprudence arbitrale internationale.

## **CONCLUSION**

Qu'on examine le droit des noms de domaine, qu'on recherche des enseignements du droit international privé, ou qu'on étudie le droit des contrats électroniques, une même conclusion s'impose. Malgré les hésitations qui avaient pu exister au début de l'expansion des réseaux électroniques, surtout dans les cercles d'informaticiens et d'internautes, le Droit s'y est bien établi désormais, et la jurisprudence a rattrapé les derniers développements de la technique.