



**HAL**  
open science

# Conflits de lois dans le contrat électronique International

Hamza Jabir

► **To cite this version:**

Hamza Jabir. Conflits de lois dans le contrat électronique International. Revue internationale du droit des affaires , 2021, 33, pp.536-551. 10.5281/zenodo.5628151 . halshs-03458040

**HAL Id: halshs-03458040**

**<https://shs.hal.science/halshs-03458040>**

Submitted on 18 Mar 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



مجلة القانون والأعمال الدولية

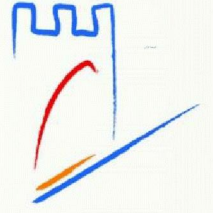
Revue internationale du droit des affaires



جامعة الحسن الأول  
UNIVERSITÉ HASSAN 1<sup>er</sup>

www.Droitetentreprise.com

جامعة الحسن الأول  
UNIVERSITÉ HASSAN 1<sup>er</sup>



مجلة علمية محكمة تعنى بالدراسات والأبحاث في القانون والأعمال، تصدر عن مختبر البحث قانون الأعمال  
بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية (جامعة الحسن الأول - سطات)

الإدارة العلمية: الدكتور رياض فخري - المدير المسؤول: الدكتور مصطفى الفوري - إدارة التحرير: الأستاذ محمد أفقيير

مجلة

القانون والأعمال الدولية

العدد - 33 - أبريل 2021

بمشاركة باحثين وأساتذة وممارسين من 10 جنسيات



العراق



موريتانيا



الأردن



السعودية



المغرب



مصر



قطر



سلطنة عمان



الإمارات



الجزائر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تم نشر هذا المؤلف بتمويل من ميزانية  
جامعة الحسن الأول بسطات لأجل دعم البحث العلمي

### مجلة القانون والأعمال

الإيداع القانوني : ISSN: 2509-0291- 2019 PE0018  
ملف الصحافة : 2017 / 05 ص  
الطبع : دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع – الرباط  
شارع الحسن الثاني زنقة طونكان عمارة 23، رقم 2، ديور الجامع الرباط المغرب  
الهاتف: 05.37.72.58.23  
المحمول: 06.61.10.65.51 :  
الفاكس: 05.37.72.13.32  
البريد الإلكتروني: [contact@darassalam.ma](mailto:contact@darassalam.ma)  
الموقع الإلكتروني: [www.darassalam.ma](http://www.darassalam.ma)  
المدير المسؤول : الدكتور مصطفى الفوري  
الهاتف : 0662226677  
البريد الإلكتروني : [Mforki22@gmail.com](mailto:Mforki22@gmail.com)



**INTERNATIONAL**  
Scientific Indexing

Fresh Ideas for Growing your Citations

## Certificate

This is to certify that مجلة القانون والأعمال is indexed in International Scientific Indexing (ISI). The Journal has Impact Factor Value of **0.821** based on International Citation Report (ICR) for the year **2018-19**. The URL for journal on our server is <https://isindexing.com/isi/journaldetails.php?id=8854>

Editor ICR Team  
(ISI)

International Scientific Indexing  
(ISI)



## الإدارة العلمية

الدكتور رياض فزري : مدير مخبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات  
الدكتور طارق مصدق : أسناد النعيلع العالي بجامعة الحسن الأول بسطات

## المدير المسؤول

الدكتور مصطفى الفوركي : أسناد زائر بكليات الحقوق

## نواب المدير المسؤول

الدكتورة منى كامل تركي: أسناد القانون الدولي بكليات الإمارات - محكم دولي  
الأسناد محمد أمين إسماعيلي : باحث في العلوم القانونية - الإدارة التقنية

## مدير التحرير

الأسناد محمد أفقيير : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات

## روابط مهمة

الموقع الإلكتروني : [www.droitentreprise.com](http://www.droitentreprise.com)  
صفحة المجلة : [www.facebook.com/droitentreprise](http://www.facebook.com/droitentreprise)  
البريد الإلكتروني : [MFORKI22@GMAIL.COM](mailto:MFORKI22@GMAIL.COM)

- الدكتور رياض فخري : مدير مختبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول بسطات - المغرب
- الدكتور طارق مصدق : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات - المغرب
- الدكتور عبد الكريم عباد : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور رشيد الطاهر : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتورة منى مسلومي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور عز الدين بنستي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء- المغرب
- الدكتور عبد الرحيم شميعة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمكناس- المغرب
- الدكتورة نادية قايدي : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتورة عائشة فضيل : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات-المغرب
- الدكتورة نادية النحلي : أستاذة التعليم العالي بكلية الشريعة بفاس - المغرب
- الدكتورة زينب الفاسي الفهري : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب
- الدكتور : المصطفى بوزمان : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية السويسي الرباط - المغرب
- الدكتورة: كوثر النفيسي: أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب
- الدكتورة نادية حميدة : أستاذة محاضرة أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم - الجزائر
- الدكتور : بن عديدة نبيل : أستاذ محاضر أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم - الجزائر
- الدكتور مشرفي عبد القادر : أستاذ محاضر أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم - الجزائر
- الدكتور بن قادة محمود أمين : أستاذ محاضر أ بجامعة وهران 2 محمد بن أحمد - الجزائر

## القانون المدني

- الدكتور أبو بكر مهم : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور عبد الرحمان الشرقاوي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالرباط - المغرب
- الدكتور محمد بخنيف : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس - المغرب
- الدكتور منير مهدي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بالرباط - المغرب
- الدكتورة زينب تاغيا: أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب

## قانون الشغل

- الدكتور عبد اللطيف الخالفي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بمراكش - المغرب
- الدكتورة فاطمة حداد : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسلا -المغرب
- الدكتورة أمينة رضوان : رئيسة مجلة الرائدة في العلوم القانوني -المغرب

## قانون المعاملات الإلكترونية

- الدكتورة بشرى النية : أستاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب
- الدكتور ضياء علي احمد نعمان : أستاذ زائر بكليات الحقوق بالمغرب
- الدكتور هشام البخفاوي : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر اكادير- المغرب

## القانون الضريبي

- الدكتور عبد القادر تيعلاتي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات-المغرب
- الدكتور أحمد العلال: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور خنفوسي عبد العزيز : أستاذ محاضر أ كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الدكتور الطاهر مولاي بسعيدة - الجزائر

## القانون العقاري والأسرة

- الدكتور ادريس الفاخوري: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور ادريس بلحساني : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتورة زهدود كوثر : مديرة مختبر القانون العقاري و البيئة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم -الجزائر
- الدكتور مخلوف كمال : أستاذ محاضر بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة البويرة - الجزائر

## القانون الجنائي

- الدكتور عبد الرحمان أسامة : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور بناصر حاجي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور أحمد العلال: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بوجدة- المغرب
- الدكتور حسن الرحبية : أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بفاس- المغرب

## القانون العام و العلوم السياسية

- الدكتورة سهام براهيم: أستاذة بمعهد الحقوق و العلوم السياسية المركز صالحي احمد بالنعامة - الجزائر
- الدكتور بدير يحيى : أستاذ مساعد بالمركز الجامعي عين تموشنت - الجزائر
- الدكتور زغودي عمر : أستاذ بالمركز الجامعي افلو - الجزائر
- الدكتورة قاصدي فايزة : أستاذة محاضرة أ بجامعة ابن خلدون تبارت - الجزائر
- الدكتورة نجاة ساسي : أستاذة محاضرة بكلية الحقوق جامعة الجزائر 1 - الجزائر

## القانون الإداري و الدستوري

- الدكتور اكرامي بسيوني عبد الحي خطاب : أستاذ بجامعة شقراء - المملكة العربية السعودية
- الدكتور ميثم منفي كاظم العميدي : أستاذ مساعد - جامعه الكاظم - العراق
- الدكتورة لوني نصيرة : أستاذة محاضرة بكلية الحقوق جامعة أكلي محند اولحاج - البويرة - الجزائر

## القانون الدولي

- الدكتورة : منى كامل تركي : أستاذ القانون بكليات الحقوق - بالإمارات العربية المتحدة
- الدكتور محمد بوبوش : أستاذ التعليم العالي مساعد بالكلية المتعددة التخصصات بالناظور - المغرب
- الدكتورة وافي حاجة: نائبة رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم - الجزائر
- الدكتور مراد كواشي : أستاذ مساعد أ بجامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر
- الدكتور عبد الوهاب كريم : أستاذ التعليم العالي جامعة قابوس - سلطنة عمان

## العلوم الأمنية و الاستراتيجية

- الدكتور عبد القادر تيعلاتي: أستاذ التعليم العالي بكلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية بسطات- المغرب
- الدكتور توفيق عطاء الله : أستاذ محاضر أ - كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبار لغرور خنشلة - الجزائر



## من المغرب

- د. سعد بهتي : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة بالسمارة
- د. عالي طوير : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق السويسي الرباط
- د. ياسين المفقود : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق بسطات
- د.ة حسناء جبران : دكتورة في الحقوق أستاذة القانون الخاص بجامعة محمد الخامس الرباط
- د. : يونس الأزرق الحيسوني : دكتور في الحقوق أستاذ القانون الخاص بجامعة الحسن الاول بسطات
- د. الحسن اليوسي : دكتور في الحقوق إطار بوزارة الاقتصاد و المالية
- د. هشام بلخنفر : محام بهيئة اكادير - دكتور في الحقوق
- د. أسماء مقاص : دكتورة في الحقوق - مسؤولة العلاقات العامة بالمجلة -
- د. حكيمة مؤذن : دكتورة في العلوم القانونية والسياسية
- د. المهدي بوي : دكتور في الحقوق
- د. إبراهيم اشويعر : دكتور في الحقوق
- د. ياسين الكعيوش : دكتور في الحقوق
- د. محمد بلحاج الفحصي : دكتور في الحقوق
- د. عبد الواحد الدافي : دكتور في القانون الخاص
- د. محمد الحبيب بداع : دكتور في القانون الخاص
- د. يونس مليح : دكتور في القانون العام
- د.ة قمرية قباب : دكتورة في القانون الخاص
- د. خالد هيدان : دكتور في القانون الخاص
- د. محمد الخلوقي : دكتور في القانون الخاص
- ذ. حيدا عز الدين : اطار بوزارة الاقتصاد و المالية باحث في صف الدكتوراه كلية الحقوق بسطات
- ذ. محمد أوبالالك : محام بهيئة الرباط
- ذ. عدنان زرزوري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق مكناس
- ذ. محمد بومديان : باحث بصف الدكتوراه كلية الحقوق سلا
- ذ. يونس الصالحي : باحث بصف الدكتوراه
- ذ. محمد حفو : باحث في سلك الدكتوراه بكلية الحقوق وجدة
- ذ.ة. وصال الشرقي : باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق السويسي
- ذ. دبنيشي يونس : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذ.ة. خديجة جليلي : باحثة بصف الدكتوراه بدار الحديث الحسنية
- ذ.ة. مريم خراج : باحثة بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات
- ذ.ة. فاطمة أفقيير : محامية متمرنة بهيئة أكادير
- ذ. نبيل سديري : باحث بصف الدكتوراه بكلية الحقوق بسطات

## من خارج المغرب

- د. محمد عبد الجليل الشيخ القاضي : دكتور في الحقوق - رئيس مركز نواكشوط للدراسات القانونية و الإجتماعية
- ذ. محمد يحظيه ولد البكاي : باحث بصف الدكتوراه بجامعة انواكشوط العصرية موريتانيا - ممثل المجلة في موريتانيا
- ذ. مصطفى رمضان عبد القادر - مدرس مساعد بجامعة دهوك التقنية - معهد ناكري - ممثل المجلة في العراق



مجلة

القانون والأعمال

www.droitetenrecherche.com

## Confits de lois dans le contrat électronique International

JABIR Hamza

Chercheur En Droit des Affaires

Université CADY Ayyad

### ملخص بالعربية

أدى التطور المزدوج للإنترنت وتكنولوجيا المعلومات، بالإضافة إلى عولمة التبادلات الاقتصادية الدولية، إلى تغيير النمط الكلاسيكي للعلاقات التجارية، وكذلك إلى ظهور أنواع جديدة من العقود تختلف عن العقود التقليدية. والواقع أن، القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تحاول التكيف مع هذا التطور. ومع ذلك، تظل القاعدة القانونية عاجزة عن مسايرة ما تعرفه التجارة الدولية من تطور، بالإضافة، إلى أن خصائص الإنترنت، ولاسيما طابعها العالمي والغير المادي يتعارضان مع "منطق التوطن" الذي يتميز به القانون الدولي الخاص. وبالتالي، يحاول الفاعلون على الإنترنت وضع قواعد مناسبة تتكيف بشكل أفضل مع البيئة الإلكترونية. من هذا المنظور يعالج هذا المقال مسألة القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني الدولي الذي يثير العديد من الإشكاليات، وذلك نظرا لطبيعة البيئة الرقمية التي يجري من خلالها التعامل، وطبيعة المعايير التقليدية لفض النزاع القانوني، التي تركز على روابط مكانية لا تستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية.

### Résumé

Le développement jumelé de l'internet et de l'informatique, tout comme la mondialisation des échanges économiques Internationales, ont changé le schéma classique des relations commerciales et conduit à l'émergence de nouveaux types de contrats. En effet, les législations nationales et les conventions internationales essayent de s'adapter à cette évolution. Cependant, les caractéristiques de l'internet et ses particularités, notamment sa dématérialisation et l'internationalité, contrarient la logique localisatrice du droit International Privé. Par conséquent, les acteurs de l'internet tentent d'instaurer des règles adéquates qui s'adaptent mieux à l'environnement électronique. C'est dans cette optique que cet article fait l'analyse de la problématique de droit applicable dans le contrat électronique Internationale.

**Mots clés** : contrat électronique International, Internet, loi applicable, droit international Privé, éléments de rattachement.

### Abstract

The twin development of the Internet and information technology, the globalisation of international economic exchanges, has changed the classic pattern of commercial relations and led to the emergence of new types of contracts. Indeed, national legislations and International conventions are trying to adapt to this evolution, but the characteristics of the Internet and its particularities, especially its dematerialization and internationality, thwart the localizing logic of international Private law. Consequently, internet actors are trying to establish adequate rules that are better adapted to the electronic environment. It is in this perspective that this article analyses the problem of applicable law in the international electronic contract.

**Key words**: International electronic contract, Internet, applicable law, international private law, connecting factors.

## Introduction

Avec le développement de la technologie, de jour en jour, l'entreprise fait face à de nouvelles exigences tout en devant maîtriser les risques juridiques et techniques auxquels elle est confrontée. L'Internet<sup>1386</sup> est au cœur de cette évolution et devient ainsi un outil de communication incontournable ; elle s'intègre dans tous les aspects de la vie réelle personnelle et professionnelle. En ce sens, Solange Ghernaoui et Arnaud Dufour résument la manière dont ces évolutions ont changé le monde : « avec Internet, les frontières géographiques traditionnelles s'estompent au profit d'un environnement virtuel où tous les services semblent être de proximité. Cette proximité est renforcée du fait d'une communication immédiate et par la possibilité d'effectuer des actions à distance. Les produits dématérialisés sont téléchargeables instantanément alors que les produits physiques sont livrés toujours plus rapidement par des acteurs logistiques globalisés<sup>1387</sup> ».

En effet, le développement jumelé de l'internet et de l'informatique<sup>1388</sup>, tout comme la mondialisation des échanges économiques, ont modifié le schéma classique des relations commerciales internationales<sup>1389</sup> et ont contribué ainsi à la dématérialisation des échanges. Permettant aux utilisateurs de l'internet de passer des commandes à l'autre bout du monde, et de recevoir la livraison des biens et de services à leurs domiciles<sup>1390</sup>, ce nouveau médium a créé un nouvel espace « cyberspace » et a donné naissance à un nouveau type de contrat qui, à force de pratiquer, porte désormais le nom de « contrat électronique<sup>1391</sup> ».

La dimension transnationale du contrat électronique due au caractère international de l'Internet suscite quelques réflexions classiques en matière de détermination de la loi applicable et du juge compétent en matière des relations contractuelles internationales. En effet, les règles de droit international privé sont fondées sur le principe de localisation des rapports juridiques, alors que le contrat électronique est un acte juridique dématérialisé conclu entre absents, c'est-à-dire sans la présence physique des parties contractantes. Cependant, les caractéristiques d'Internet et ses particularités, notamment sa dématérialisation et l'internationalité, contrarient la logique localisatrice du droit international privé, qu'il s'agisse d'identifier la loi applicable ou de la juridiction compétente<sup>1392</sup>.

Autrement dit, en l'absence d'une réglementation uniforme adoptée par les Etats, les règles de droit international privé, « **règles spéciales** », servent à régir les rapports entre les personnes privées

1386 - L'**Internet** est défini comme un « réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destinés à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers ». France, Commission générale de terminologie et de néologie,

1387 - S. **GHERNAOUTI, A. DUFOUR**, « Internet », Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2017, p. 6.

1388 Ph. LE TOURNEAU, Contrats électroniques et informatiques, DALLOZ, 2002, p.2.

1389 M-A KONÉ, La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois, mémoire en vue de l'obtention de grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, 2007, p. 2.

1390 S. GUILLEMARD, « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent », (2004) 1 J.D.I., p. 54.

1391 S.GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse de doctorat pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC 2003.

1392 L. **ARCHAMBAULT**, La formation de contrat de vente en ligne et la protection de consommateur, Mémoire pour l'obtention DESA **DROIT DE L'INTERNET, ADMINISTRATION ET ENTREPRISE**. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

impliquées dans des relations juridiques internationales. Dans ce contexte, il faut signaler que les règles de rattachements applicables aux contrats internationaux au Maroc trouvent leurs bases légales dans l'article 13 du dahir sur la condition civile des étrangers datant du 12 août 1913. En outre, l'encadrement juridique de contrat électronique a été consacré par la loi n°53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques.

Il convient de constater que, si difficulté il y a, elle réside surtout dans l'identification de la loi applicable et son adaptation au contrat électronique international. Et ceci nous amène à poser la problématique suivante : *Quelles sont les règles de rattachement applicables et les solutions juridiques pratiques aux conflits de lois dans le cadre de contrat électronique international ?*

L'étude portera sur l'analyse de choix de la loi applicable par les parties dans un premier temps (I) avant d'aborder, dans un second temps, la question de la détermination de la loi applicable en l'absence d'un tel choix.

### **I- Le choix de la loi applicable au contrat de commerce électronique : la loi d'autonomie**

En droit des obligations et contrats<sup>1393</sup>, plusieurs choix s'offrent aux parties lorsque le contrat n'a pas un caractère international. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, les contractants peuvent choisir la forme du contrat qui leurs convient. Le choix des clauses applicables au contrat est libre, mais dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs.

De sa part, Le droit international privé, permet aux parties de procéder à différents choix. Il leurs permet, en effet, de choisir la loi applicable ou encore le choix de la juridiction compétente, mais toujours dans le respect des règles déjà citées. Cependant, cette liberté de choix pose beaucoup de difficultés dans le contexte d'un contrat conclue par voie électronique. Nous allons essayer d'analyser le champ de cette loi d'autonomie (Paragraphe 1), ainsi que les limites de ce dernier (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : La portée du principe de la loi d'autonomie**

Nous allons jeter la lumière en premier lieu sur la définition de la loi d'autonomie (a) et dans un second temps, nous allons analyser la position de la doctrine et la jurisprudence à l'égard de cette loi (b).

##### **a) - Définition du principe de la loi l'autonomie.**

Le contrat est un mode d'expression de la volonté des parties comme le précise l'adage juridique « *le contrat est la loi des parties* » qui est le corolaire du principe d'autonomie de la volonté. En vertu ce principe, les parties au contrat peuvent régir leurs relations contractuelles et les soumettre à une loi étatique. En ce sens, « *dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout, ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui détermine la loi par laquelle elles sont régies*<sup>1394</sup> ».

En effet, le principe de l'autonomie de la volonté est reconnu par le droit international privé et est sous-jacent à la plupart des textes juridiques ; il s'applique à tous les contrats internationaux dont ceux conclus via internet.

Cependant, les différentes législations nationales ont adopté ce principe. Le législateur Marocain l'a prévu dans l'article 13 du Dahir du 12 août 1913, relatif à la condition civile des français et des

<sup>1393</sup> L'article 2 du code des obligations et contrats Marocain.

<sup>1394</sup> - F. LAUREUT, Le droit civil international, Bruxelles et Paris 1880, 1882, T, VIII, p, 383.

étrangers au Maroc, qui dispose que « *les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer*<sup>1395</sup> ». De son côté, le législateur Algérien affirme que « *les obligations contractuelles sont régies par la loi du lieu où le contrat a été conclu, à moins que les parties ne conviennent qu'une autre loi sera appliquée*<sup>1396</sup> ». Quant au législateur tunisien, il l'a prévu dans l'article 62 de son droit international Privé qui dispose que « *le contrat est régi par la loi désignée par les parties*<sup>1397</sup> ».

La reconnaissance de ce principe n'est pas limitée seulement aux législations nationales, mais il est également consacré par plusieurs conventions internationales : la convention de la Haye relative aux ventes à caractère international des objets mobiliers corporels prévoit que « *la vente est régi par la loi interne du pays désigné par les parties contractants, cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulte indubitablement des dispositions de contrat*<sup>1398</sup> » ; la convention de Genève sur l'arbitrage commercial international<sup>1399</sup> et la convention de Rome qui prévoit que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties, ce choix doit être exprès ou résulte de façon certaine des dispositions de contrat ou des circonstances de la cause*<sup>1400</sup> ».

### b) - La position de la doctrine et la jurisprudence

La doctrine et la jurisprudence comme les législations nationales et les conventions internationales ne sont pas unanimes sur la définition de la loi d'autonomie. De ce fait, la doctrine est divisée en trois courants : le Premier courant a limité l'étendue de cette loi en affirmant qu'elle s'agit de la loi nationale d'un Etat. Autrement dit, pour que la loi choisie par les parties soit applicable à leur contrat, elle doit être la loi nationale d'un Etat donné<sup>1401</sup>.

Concernant les partisans du deuxième courant, ils défendent la liberté totale des parties dans le choix de la loi applicable, c'est-à-dire que le rattachement de la relation contractuelle ne sera pas limité à une loi nationale, mais il doit aller au-delà pour être régi par des règles universelles, comme des principes de l'Uni-droit et les usages et coutumes Internationales reconnus dans le commerce électronique.

Quant au troisième courant, c'est un courant médian qui a essayé d'associer les deux courants précédents. En effet, il accorde aux parties une liberté quasi-totale dans le choix de la loi applicable à leur contrat électronique. Autrement dit, les parties disposent de la liberté de choix, mais sous réserve de respecter les règles impératives de la loi choisie et que cette liberté ne permet à ces derniers de

1395 Article 13 du Dahir relatif à la condition civile des français et des étrangers au Maroc.

1396 L'article 18 du code civil algérien.

1397 L'article 62 du droit international privé Tunisien en date de 27 juin 1998.

1398 Article 2 alinéa 1 de la convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international des objets mobiliers corporels.

1399 Article 7 de la convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international signé en date 21 avril 1961 et entrée en vigueur le 7 juin 1964.

1400 Article 3 alinéa 1 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

1401 269 ص 2008, دار الجامعة الجديدة مصر, صالح المنزلوي, القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية,

Salah El MONZLAOUI, la loi applicable aux contrats de commerces électroniques, la maison universitaire Egypte, 2008, P.269.

frauder à la loi<sup>1402</sup>. C'est ce qui ressort de l'article 6 de la convention de la Haye relative aux ventes à caractère international des objets mobiliers corporels.

Ce principe a également été consacré par la jurisprudence depuis longtemps. En effet, dans un arrêt du 5 décembre 1910, la cour de cassation française a affirmé que « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* <sup>1403</sup> ».

La mise en œuvre de la loi d'autonomie se trouve confronté à la réalité de l'internet. L'accord sur le droit applicable par une clause contractuelle dans les contrats de commerce électroniques même s'il est fréquent, soulève plusieurs difficultés d'ordre pratique, car le plus souvent cette clause n'est pas soumise à une négociation préalable. A titre d'exemple, la société APPLESTOR affichait dans son site électronique, que tous les contrats dont elle fait partie sont soumis au droit de California<sup>1404</sup>.

Force est de constater que la détermination de la loi applicable est importante pour les parties, car ils devront connaître cette loi avant d'entrer dans une relation contractuelle. Cependant, le choix du droit applicable peut être exprès, c'est-à-dire, par le moyen d'une clause insérée dans le contrat. Comme il peut être tacite, résulte de façon certaine des dispositions de contrat ou des circonstances de la cause<sup>1405</sup>. Autrement dit, les dispositions contractuelles permettant au juge ou à l'arbitre de relever indirectement la volonté des parties de se soumettre à une loi donnée. Parmi ces indices, l'existence d'une clause attributive de la compétence aux juridictions d'un pays déterminé. La volonté des parties peut résulter également de la langue dont le contrat était rédigé, ainsi que la monnaie de paiement. Mais ces deux derniers indices demeurent inefficaces dans le contexte d'un contrat conclu par voie électronique. Car la langue la plus utilisée est l'Anglais et que le paiement s'effectue souvent en ligne.

Il y a eu lieu de signaler que le choix de la loi applicable peut être exprès, mais il est inclut par référence dans le contrat électronique. En effet, la loi-type de la CNUDCI déclare la validité de cette technique en affirmant que « *l'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il est uniquement fait référence* <sup>1406</sup> ». Dans le contexte de contrat électronique, le recours à cette technique est fréquent dans les conditions générales de vente des cybercommerçants.

Signalons que, si les parties sont autorisées à choisir une loi pour tout le contrat, elles sont aussi autorisées à ne la choisir que pour une partie du contrat. C'est ce qui prévoit l'article 3 du Règlement de Rome qui autorise les parties à « *désigner la loi applicable à la totalité ou une partie seulement de leur contrat* ». Ce principe de dépeçage nous permettons de découper le contrat, clause par clause et effet par effet.

1402 حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 468-469

1403 Arrêt **Américain-trading c/ Québec steamship** en date de 5 décembre 1910 in B. ANCELL et Y. LAQUETTE « les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé », 5eme, Dalloz 2006, n°11, P, 94.

1404 Meryem Edderouassi, le contrat électronique International, Thèse pour l'obtention de doctorat en droit privé soutenu le 17 décembre 2017 à l'université Grenoble APLS.

1405 Lama A. KOTEICHE, la loi applicable aux contrats de commerce électronique, BEYROUTH 2005, en ligne : [www.lb.refer.Orga/mémoires/347518Lama20koteiche.pdf](http://www.lb.refer.Orga/mémoires/347518Lama20koteiche.pdf).

1406 Article 5 bis de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Il est important de noter que, la plupart des contrats électroniques n'adoptant pas ce choix stratégique de plusieurs lois, pratiqué dans les contrats internationaux traditionnels, pour la simple raison que cette technique ne serait prévisible dans un contrat de vente en ligne, car souvent les sites Internet inscrivent le choix de la loi applicable dans les conditions générales de vente, lesquelles sont non modifiables. Mais certains auteurs restent favorables à l'égard de cette technique à condition de respecter des règles impératives choisies et le maintien d'une cohérence de contrat<sup>1407</sup>.

## Paragraphe 2- Les limites de la loi d'autonomie

Comme on l'a déjà signalé, le contrat est la loi des parties. Ce principe s'applique à la loi applicable en cas d'accord des parties. Cependant, il connaît certaines limites.

### a) - L'exception de l'ordre public

Le juge peut écarter l'application de la loi étrangère désignée par les parties, lorsqu'il estime qu'elle porte atteinte à l'ordre public. Au Maroc, on a essayé de donner une définition de l'ordre public à plusieurs reprises, même si cette notion n'est pas guère facile à définir notamment dans le domaine des relations internationales privées.

Il s'agit de l'ensemble de règles juridiques préservant des intérêts politiques, sociaux et économiques attachées aux règles générales de la société et dépassent l'intérêt d'une seule personne. En effet, il faut distinguer entre l'ordre public national, qui est liée au système juridique d'un seul Etat et l'ordre public international qui englobe l'ensemble des règles régissant le commerce international<sup>1408</sup>. La doctrine de commerce international affirme que ce dernier joue deux rôles ; un rôle positif, puisqu'il permet au juge et à l'arbitre d'appliquer en priorité les règles et les principes du commerce international. Les partisans de ce rôle constatent que les contrats de commerce international sont le plus souvent régis par les usages et les coutumes et les principes de l'Uni-droit, qui constituent un corps spécial que le juge est tenu d'appliquer en l'absence d'un choix exprès des parties. L'autre rôle, négatif, appelé aussi « l'ordre public de protection », permet d'évincer la loi d'autonomie au cas où il est contraire à l'un des principes reconnus dans le domaine du commerce international<sup>1409</sup>.

En pratique, l'histoire de droit international privé montre que les tribunaux n'hésitent pas d'écarter l'application de la loi étrangère désignée par les parties, chaque fois que la loi étrangère semble incompatible avec l'ordre public du pays du juge saisi<sup>1410</sup>.

Dans le même contexte, la question de l'ordre public est évoquée par certains législateurs, comme le législateur Algérien, qui prévoit dans son code civil que « *la loi étrangère, en vertu des articles précédentes, n'est pas applicable si elle est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs en Algérie, ou s'il est prouvé qu'elle n'est devenue compétente que par suite d'une fraude à la loi* <sup>1411</sup> ».

<sup>1407</sup> P. LAGARDE, Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, CEDAM 1975, p, 671 cités par Meryem Edderouassi, le contrat électronique International, thèse de doctorat op.cit., P, 461.

<sup>1408</sup> ROLIN (H), **Vers un ordre public réellement international**, in mélanges BASDEVANT, Paris, pédonne, 1960, p, 441.

<sup>1409</sup> صالح المنزلوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص 269.

<sup>1410</sup> Paul. DECRAUX, **L'autonomie de la volonté et l'ordre public en Droit conventionnelle Marocaine**, librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence – Paris 1952.

<sup>1411</sup> Article 24 modifié par la loi n°05-10, modifiant le code civil Algérien.

En droit Marocain, lorsque la loi marocaine est explicitement choisie par les parties à un contrat international ou en cas de défaut d'élection de loi applicable par les contractants, qu'elle soit reconnue comme telle par le juge arbitral chargé de déterminer la loi applicable au litige qui lui est soumis par l'application des règles de droit international privé marocain ou des règles de la *Lex Mercatoria*, lorsque celles-ci sont applicables au litige, le juge saisi doit prendre en compte les règles de l'ordre public prévues dans les différents textes de lois de droits communs ou spéciaux, sous peine de nullité de l'obligation contractuelle<sup>1412</sup>.

Malgré les divergences constatées entre chaque système juridique, le caractère répressif de l'ordre public garde son intensité à l'encontre des règles du droit matériel de la loi étrangère. Cependant, l'application de la théorie de l'ordre public dans le monde virtuel ne diffère pas de celle pratiquée dans les relations internationales privées traditionnelles, avec la prise en considération des spécificités du commerce électronique<sup>1413</sup>.

#### **b) - La fraude à la loi**

L'exception de la fraude à la loi en droit international privé intervient, si les contractants essayaient de s'échapper à la loi qui leur est normalement applicable afin de profiter d'une loi favorable, c'est-à-dire que ces derniers se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi qui convient mieux à leurs desseins<sup>1414</sup>.

En réalité, plusieurs méthodes frauduleuses peuvent être utilisées pour changer la loi applicable aux contrats en droit international privé. A titre d'exemple, on changera l'adresse, la nationalité et le domicile pour passer sous l'empire d'un statut personnel nouveau. Cependant, on voit que ces méthodes peuvent être encore plus dans le commerce électronique, grâce aux différentes techniques que nous offre la technologie Aujourd'hui.

#### **c)- Le contrat électronique de consommation**

Le législateur Marocain, à l'instar d'autres législateurs, ont entendu protéger les consommateurs en leur accordant la protection de la loi de leur résidence même lorsqu'ils passent un contrat avec un professionnel établis dans un Etat tiers<sup>1415</sup>.

Par ailleurs, la convention de Rome introduit une importante dérogation au principe de loi d'autonomie. La liberté dont disposent les contractants pour choisir la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de son pays, dès que l'une des deux hypothèses suivantes est rencontrée :

---

1412 Amina HAJJI, *l'application des règles d'ordre public en droit Marocain*, liber Ami Corum, 2017, p, 4,5.

1413 A. Youssef JABER, *les contrats conclus par voie électronique : étude comparée*, Thèse de doctorat en droit privé, 2011-2012 soutenue à l'université MONTPELLIER 1.

1414 JEAN. PERROUD, *la fraude à la loi en droit international privé*, 1926, p, 1.

1415 Le contrat de consommation est régi au Maroc par la loi n°31-08 relatif aux mesures de la protection de consommateur de 7 avril 2011. **Le contrat de consommation** était défini comme étant « contrat conclu par une personne physique (consommateur) pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (le professionnel) agissant dans l'exercice de son activité professionnelle.



- 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
- Si le contrat est une vente de marchandise 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<sup>1416</sup>.

Le premier critère institué par cet article vise le cas où le consommateur contracte avec un professionnel étranger, mais ayant son établissement sur le territoire de la résidence du consommateur. Le second critère repose sur l'activité dirigée du professionnel.

Ainsi, la jurisprudence a renforcé la protection du consommateur, « partie faible », en jugeant abusive la clause du choix de la loi applicable contenu dans les conditions générales de vente du professionnel et qui ne précise pas au consommateur que ce choix ne le prive pas de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable<sup>1417</sup>.

Signalons que le but de ces trois critères visés par la convention de Rome est d'assurer la protection de consommateur, « *la partie le plus vulnérable* », notamment dans les contrats de consommation internationale. A cet égard, on peut s'interroger sur la possibilité d'appliquer ces critères au contrat électronique de consommation ? Et à quel point ces exceptions s'adaptent-elles avec l'environnement numérique ?

Sur l'internet, il est très délicat de déterminer dans quelle mesure la conclusion de contrat électronique a été précédée dans le pays du cyberconsommateur d'une proposition spécialement fait ou d'une publicité électronique. En ce sens, « *le cybercommerçant proposant ses œuvres dans le cyberspace est en état perpétuelle offre mais ne s'adresse généralement pas à un utilisateur déterminé* <sup>1418</sup> ». On peut donc constater, que le fait qu'on naviguant sur le web, le cyberconsommateur se rend lui-même sur le site où s'opère la transaction et décide d'y conclure un contrat, ce qui constitue dans le chef de prestataire une attitude passive, le consommateur n'ayant pas répondu à une offre spécialement formulée à son intention. Pour cette raison, certains auteurs considèrent que, seulement les offres non sollicitées envoyés par courrier électronique qui entrent dans le champ d'application de l'article 5 de la convention de Rome<sup>1419</sup>. Car dans ce cas, il est facile de prouver que l'offre ou la publicité était faite dans le pays de consommateur par moyen des messages envoyés par le courrier électronique.

<sup>1416</sup> Article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

<sup>1417</sup> CJUE, 25 juillet 2016, VKS c/ Amazon EU Sarl, C-191/15, pt, 61-71. Cité par Meryem Edderouassi, le contrat électronique International, op.cit.

<sup>1418</sup> Vincent GAUTRAIS, l'encadrement juridique du contrat électronique international, thèse de doctorat, Faculté des Etudes supérieures, Université Montréal, 1998, T.1, p263.

<sup>1419</sup> M. VIVANT et autres, **Guide pratique Lamy informatique**, 2000, Ed, Lamy 2000, p, 708 considèrent que « (...) si le consommateur reçoit sur son ordinateur la proposition de contracter ou une publicité pour le faire, s'il est répondu de chez lui pour accepter cette proposition, il y accomplit les actes nécessaires à la conclusion de la convention » selon ces derniers cela permet l'applicabilité des normes protectrices des consommateurs du lieu de sa résidence.

Pour le deuxième critère « *activité dirigée* », il convient de noter que si le cyberconsommateur se rend spontanément sur un site Web pour faire une commande, il doit prendre un risque en contractant sachant qu'il s'agit d'un site internet en dehors de son pays. Autrement dit, le cyberconsommateur peut se trouver en masse de savoir, au cours du processus de confirmation de la commande qu'il est entrain de contracter avec un cybercommerçant qui dirige ou non son activité vers le pays de résidence du consommateur. Comme signale V. **Gautrais**, ce critère de localisation est inadapté au contrat électronique « *la grande fonctionnalité d'Internet comme mode de communication est précisément celle de permettre au consommateur d'adresser sa commande dans le pays du commerçant*<sup>1420</sup> »

Le troisième critère, soulève les mêmes difficultés d'adaptation, car ce type de contrat permet au cyberconsommateur de contracter sans déplacement physique et donc il serait difficile d'affirmer que quand un consommateur visite le site internet d'un commerçant, il se rend au pays du commerçant<sup>1421</sup>.

## II) – la loi applicable-au contrat électronique, en l'absence d'un choix des parties : « Le rattachement objectif »

A défaut, de désignation de la loi applicable par les parties dans leur contrat, il convient au juge ou à l'arbitre de déterminer les règles objectivement applicables (a). Cependant, dans certains cas les parties font référence aux principes de commerce international qui jouent de plus en plus un rôle important dans la résolution des litiges dans le domaine des relations internationales privées (b).

### Paragraphe 1- Les éléments de rattachement objectif

La doctrine de droit international privé est restée depuis longtemps, constante sur l'idée selon laquelle, en l'absence d'une référence explicite ou implicite à la loi applicable, le juge doit recourir à des présomptions pour déterminer celle-ci, en tenant compte des circonstances résultant de la formation de contrat et ses effets ; le lieu de conclusion de contrat ou celui de son exécution, nationalité commune des parties ou leur domicile commun<sup>1422</sup>. En effet la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure ces règles traditionnelles de rattachement sont-elles suffisantes et adaptées au contrat conclu par voie électronique ?

#### a) - les indices généraux

En droit international privé, il existe des indices généraux auxquelles le juge ou l'arbitre peut se référer afin de déterminer la loi applicable en l'absence d'un choix des parties, il en est ainsi du lieu de conclusion et du lieu d'exécution de contrat. Dans ce contexte, le législateur Marocain, à l'instar de son homologue français, donne une importance particulière à ces deux critères de rattachement de contrat. A cet égard, l'article 13 du dahir relatif à la condition civile des français et des étrangers au Maroc dispose que « *si la détermination de la loi applicable, dans le silence des parties, ne ressort ni de la nature de leur contrat, ni de leur condition relative, ni de la situation des biens, le juge aura*

1420 V CRAUTRAIS, op, cit., p, 264.

1421 Lama A. KOTEICHE, op, cit., p, 85.

1422 محمد تكمنت " الوجيز في القانون الدولي الخاص " طبعة 2005 ص 105 وما بعدها

*égard à la loi de leur domicile commun, à défaut du domicile commun, à leur loi national commun, et si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune, à la loi de lieu de contrat*<sup>1423</sup>»

Historiquement, le lieu de conclusion du contrat était considéré comme le principe général de rattachement, même s'il n'est pas toujours aisé de le déterminer, notamment lorsqu'il s'agit d'une relation internationale privée. La Lex loci était bien adoptée aux mœurs de l'époque où le contrat était dans la plupart des cas conclu entre présents. A l'heure actuelle, avec l'apparition de nouveaux types de contrats, particulièrement le contrat électronique, ce critère s'avère inadapté, pour la simple raison que dans le commerce électronique, plusieurs lieux interviennent et donc il est difficile de dire que la conclusion de contrat se situe dans un lieu particulier<sup>1424</sup>.

Le deuxième élément de rattachement est le lieu d'exécution du contrat qui se fonde sur le fait qu'il s'agit du centre d'intérêts des parties. Il est adopté par plusieurs législateurs et conventions internationales<sup>1425</sup>. Dans les contrats internationaux traditionnels, cet élément a une importance indéniable en matière de la détermination de la loi applicable. Mais, il nous semble que ce dernier convient particulièrement mal dans le contexte d'un contrat conclu par voie électronique, parce que dans cette dernière situation, les obligations sont souvent multiples et les lieux d'exécution peuvent être variés. Cependant, lorsque l'exécution est en dehors du réseau, le problème ne se pose pas. Ce contrat même s'elle est électronique, il renvoie aux règles traditionnelles de rattachement ; le plus souvent le lieu est celui d'exécution de contrat<sup>1426</sup>. Au contraire, lorsque l'exécution est en ligne, un vrai problème se pose : Quelle est le lieu qu'on doit prendre en considération ? Est-ce que le lieu où se trouve le serveur du site marchand sur lequel la transaction a été conclue, le lieu d'hébergement du serveur depuis lequel la chose vendue est téléchargée (logiciel) ou lieu de téléchargement ? On peut donc constater que ce critère présente les mêmes difficultés que le premier et semble aussi inadaptée au contrat conclu par voie électronique.

### b) Les indices particuliers

La nationalité commune des parties constitue un indice particulier de rattachement de contrat en l'absence d'un choix explicite ou implicite des parties. Il est considéré par le législateur français comme une présomption de la volonté implicite des parties et le centre commun de leurs affaires<sup>1427</sup>.

Il est important de noter que plusieurs difficultés font face à l'application de cet élément aux contrats électroniques. Il en est ainsi de la difficulté de déterminer la nationalité des parties qui nécessite au préalable de connaître l'identité des parties et de leurs domiciles, et qui est quasi-absente dans ce type de contrat<sup>1428</sup>.

<sup>1423</sup> Dahir (9 ramadan 1331) sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc (B.O. 12 septembre 1913)

<sup>1424</sup> Lama A. KOTEICHE, op, cit., p, 44.

<sup>1425</sup> محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق، ط 2، دار الثقافة للنشر، 2011، ص 153.

<sup>1426</sup> Par exemple, un contrat de vente en ligne entre un Marocain et un français, la transaction est effectuée sur le réseau, mais la livraison de la chose vendue s'effectuera au Maroc. Alors le lieu d'exécution est celui de la livraison. Et donc c'est le droit Marocaine qui sera appliquée.

<sup>1427</sup> صالح المنزلوي المرجع س. ص 333.

<sup>1428</sup> حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد الدولي الإلكتروني، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر

2009، ص 421.

Le Domicile commun est le dernier élément de rattachement objectif du contrat international. En effet, le législateur Egyptien a donné une place importante à cet élément par rapport à d'autres critères. Les partisans de ce dernier affirment que la loi de domicile commun est la loi la plus connue par les contractants et est celle qui régit la plupart de leurs actes. On peut s'interroger sur l'applicabilité de cet élément aux contrats électroniques internationaux ?

Sur Internet, on trouve des noms de domaines des cybermarchands, mais qui ne donnent aucune référence de domicile réel de ces derniers. Même si on trouve des sites web enregistrés sous un nom de domaine en **Fr** pour la France, **ma** le Maroc et **es** pour l'Espagne, ces sites sont considérés comme des entités dématérialisées non localisables et sont trop éphémères pour constituer un « établissement stable<sup>1429</sup> », car ils peuvent être hébergés chez un prestataire tiers sans considération de frontières<sup>1430</sup>.

Pour remédier à une telle situation et faire face à ces difficultés, le législateur européen à travers la directive relative au commerce électronique<sup>1431</sup> impose aux cybermarchands de fournir une liste d'informations générales qui doit comporter obligatoirement l'adresse géographique à laquelle le prestataire de service est établi. De son côté, L'OCDE insiste aussi sur l'obligation de divulguer l'adresse de résidence ou l'établissement de prestataire<sup>1432</sup>.

Le législateur Marocain a prévu cette obligation aussi dans la loi relative aux mesures de protection de consommateur<sup>1433</sup>.

En revanche, la convention de Rome a avancé un autre élément qui est celui « des liens les plus étroites » en déclarant que « *si aucun choix de loi n'est pas fait par les parties, le juge ou l'arbitre appliquera la loi du droit qui présente des liens les plus étroites au contrat* ».

Le texte de l'article ajoute que « *le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la personne qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle*<sup>1434</sup> ».

Il en résulte de cet article qu'à défaut de choix par les contractants de la loi applicable, la détermination de celle-ci peut résulter en effet d'une localisation purement objective que la convention effectue sur la base de principe de proximité ou des liens les plus étroits qu'entretient le contrat avec un tel ou tel Etat. Cependant, l'appréciation de l'élément caractéristique de la prestation dont le texte de l'article à fait mention est une affaire de circonstances. La nature de contrat nous permettra le plus souvent de la caractériser. Dans un contrat de vente par exemple, la prestation caractéristique est constituée par la contrepartie financière, alors que dans un contrat de service, c'est la prestation de

1429 La Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique définit ainsi « l'établissement » comme le lieu où se situe l'établissement stable à partir duquel l'opérateur exerce son activité économique indépendamment de la localisation des sites Web ou des serveurs utilisés par cet opérateur.

1430 Lama A. KOTEICHE, op, cit., p, 46

1431 Article 5 de la directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 (directive sur le commerce électronique)

1432 Conseil de l'OCDE. Recommandations du conseil relative aux lignes directrices régissant la protection de consommateur dans le contexte du commerce électronique, <http://www.ocde.org/>

1433 Article 29 de la loi 31-08 relatif aux mesures de protection de consommateur, prévoit que l'offre de contrat de vente à distance doit comporter (.....) L'adresse électronique et physique de fournisseur.

service. Et donc, lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu par voie électronique, cette prestation consiste en la livraison de la chose vendue.

## Paragraphe 2- Les Règles matérielles Internationales : la Lex electronica

Face à l'insuffisance des règles traditionnelles de droit International Privé et les règles matérielles du commerce International, Les opérateurs privés ont développé certaines normes « **Lex electronica** » qui visent à renforcer la sécurité et la confiance dans les transactions électroniques<sup>1435</sup>. La Lex electronica ou les règles matérielles internationales consistent en un ensemble de règles de droit encadrent les transactions et les activités qui se déroulent dans l'espace virtuel et qui résultent de raccordement des ordinateurs suivant les protocoles Internet. Elles englobent des usages, des pratiques qui naissent de l'environnement électronique et développées par des institutions et des gouvernements et des praticiens dans les domaines de la technologie et de la communication. La Lex electronica se présente comme un ensemble comparable à la Lex mercatoria régissant les relations entre commerçants dans les transactions Internationales. Cependant, la notion de Lex electronica est définie comme « *l'ensemble des normes juridiques informelles applicables dans le commerce électronique Internationale*<sup>1436</sup> »

Ces règles régissant les transactions en ligne sont dans leur majorité, la transposition des règles étatiques qui s'appliquent sur le territoire d'un Etat donnée et que les activités menées dans le cyberspace à partir de ce territoire. Par contre, certaines de ces règles résultent d'un souci des acteurs privés d'instaurer des normes et règles afin de réglementer leurs relations prenant place dans le cyberspace<sup>1437</sup>.

En effet, ces règles matérielles de commerce électronique, trouvant leurs sources dans les conventions Internationales, les textes modèles (contrats-types et lois-types), les codes de conduites et dans les usages et coutumes de commerce électronique.

### a) Les conventions Internationales et les textes modèles

Force est de noter que même si les conventions Internationales sont considérées parmi les principaux sources du droit électronique, le nombre de ces dernières est faible en la matière. Parmi lesquelles on peut citer ; *les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel*<sup>1438</sup> adoptés par L'OCDE en 1980, *la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisée des données à caractère*

1435 Voir CAPRIOLI (E.A) et SORIEUL (R) « le commerce International Electronique ; Vers l'émergence de règles transnationales » J.D.I n°2, 1997, p, 335.

1436 V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYKLEF, Droit du commerce électronique et normes applicables : *la notion de la Lex electronica*, t 2, 297 cite par Pierre TRUDEL « **La Lex electronica** » dans le MORAND, Bruxelles, Bruylant, 2001. P,15.

1437 SAFFAR Karim, la régulation globale de commerce électronique, Thèse de doctorat, Faculté des Etudes Supérieures, Université Montréal 2013, p, 210.

1438 Organisation de Coopération et Développement Economiques, Recommandations de conseil relative aux lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, 23 septembre 1980, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/lignesdirectricesdelocdesurlaprotectiondelaviepriveeetlesfluxtransfrontieresdedonneesdecaracterepersonnel.htm> (consulté le 16 avril 2020) .

*personnel* adoptés par le conseil de l'Europe en 1981 et *la convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats Internationales* de 23 juin 2005<sup>1439</sup>. Cette dernière vise à instaurer des règles uniformes afin d'éviter des difficultés que présente l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux.

Dans le même contexte, L'OCDE a publié ses *lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*<sup>1440</sup>. Ce texte prévoit tout un ensemble de principes devant encadrer les relations contractuelles impliquant les consommateurs.

A côté des conventions Internationales, la régulation des relations et transactions électroniques peut se faire également par les textes modèles, qu'ils soient de lois-types ou de contrats-types. Les Premiers sont souvent rédigés par des spécialistes provenant de différents pays. Ces lois peuvent être par la suite adoptées par les autorités étatiques.

Il est important de noter que, la commission des Nations Unies pour le droit de commerce International a été créé afin d'instaurer un certaine harmonisation et unification des règles de droit commercial International. Pour ce faire cette dernière dispose de divers outils tels que ; les conventions, les Recommandations, les guides, lois-types... etc.

Parmi les lois-types élaborées par la commission, on trouve *La loi-type sur le commerce électronique*<sup>1441</sup>, en date du 12 juin 1991, qui a pour objet de servir de modèles aux pays pour l'évaluation et la modernisation de certains aspects de leurs législations et de leurs pratiques. Elle se fonde sur certains principes tels que ; la non-discrimination, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle. En plus, il y a une autre loi-type, celle relative aux signatures électroniques, du 5 juillet 2001, qui reprend les mêmes principes de la loi type sur le commerce électronique et s'applique chaque fois que la signature électronique<sup>1442</sup> est utilisée dans les activités commerciales.

Les contrats-types constituent aussi l'une des sources importantes du droit électronique. Ce sont des modèles de transactions en ligne entre les fournisseurs et les utilisateurs, quelle que soit leur qualité, professionnel ou consommateur. Ces contrats sont souvent rédigés dans le cadre d'associations commerciales professionnels et reflétant ainsi la pratique contractuelle. En effet, le contrat-type sur l'échange des données informatisées constitue l'un des premiers modèles de contrats à distance sous

1439 *La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats*

*internationaux* a été adoptée le 23 novembre 2005 au cours de la 53ème réunion plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies par la résolution A/60/21.

1440 Organisation de Coopération et Développement Economique, les Lignes Directrices régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique adoptée le 19 décembre 1999.

1441 La Commission des Nations Unies pour le Droit de commerce International, la loi type sur le commerce électronique de 12 juin 1991.

1442 L'article 2 de cette loi prévoit que le terme « **signature électronique** » désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associés audit message, pouvant être utilisées pour identifier la signature dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue ».

forme immatérielle et qui était développée entre les opérateurs commerciaux, par les entreprises qui trouvaient nécessaire d'accélérer leurs transactions<sup>1443</sup>.

### b) Les codes de conduites et les Usages

La Lex electronica trouve également sa source dans les codes de conduites qui ont pour objectif de « *secréter de l'autodiscipline par une conscience claire des intérêts communs* <sup>1444</sup> ». Le code de conduite n'est pas directement contraignant mais a seulement un caractère exclusivement incitatif. Force est de constater que dans les environnements électroniques, certains acteurs ont adopté des modèles d'autoréglementation relatifs aux comportements acceptés et aux actes prohibés. Cependant, certaines organisations sont dotées également de politiques et de règles délimitant les droits et obligations des usagers de l'internet<sup>1445</sup>. A cet égard, la chambre de commerce Internationale a adopté en 1997, les Règles de conduite Uniformes pour l'Echange de données commerciales par Télétransmission.

Signalons que dans les environnements électroniques existe diverses formes de « *self-Regulation* » relevant d'ententes informelles et des conditions proposées par les usagers, Fournisseurs d'accès, fournisseurs de services et les fournisseurs d'hébergements. Par ailleurs, le terme « *La nétiquette* » décrit en effet, les principes de bonne conduite généralement reconnus par la communauté des usagers de l'Internet.

Enfin, les dernières sources de la Lex electronica sont les usages et les coutumes Internationales. Ces derniers résultent le plus souvent de la pratique établie et reconnue dans une communauté donnée et se développent de façon graduelle. En effet, la coutume a joué un rôle important dans l'élaboration de la Lex Mercatoria et constitue une composante majeure de droit du commerce International<sup>1446</sup>. La question qui s'est posée est celle de savoir est ce que le juge national peut appliquer les usages de commerce International en matière de conflits de lois ? Pour certains, il lui est difficile d'appliquer ces coutumes transfrontalières, car le juge cherche souvent un lien étroit entre le contrat et le système juridique d'un Etat.

En réalité, le caractère International de l'Internet exige l'adoption de notions et conceptions techniques et juridiques qui sont adéquates avec l'environnement virtuel. Toutefois, en l'absence de réglementations Uniformes de Cyberspace, les usagers de l'internet contribuent à l'apparition de certaines pratiques et usages connues sous le nom « *la Nétiquette*<sup>1447</sup> » qui désigne l'ensemble de principes destinés à assurer un certain ordre dans l'internet. Il s'agit de l'ensemble de Règles de conduite résultant de différents systèmes et qui ont une force exécutoire dans les environnements électroniques<sup>1448</sup>.

### Conclusion

1443 Michel JACCARD, la conclusion de contrat par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI), Berne, Editions Staempfli, 1999, p, 70. Cité par SAFFAR Karim, op, cit, p, 282.

1444 P. Moreau- DESFARGES, P, La Gouvernance, Paris, P.U.F., 2003.

1445 PRIEST. M, The Privatisation of Regulation: Fives models of self-Regulation, 1998, 2 Ottawa Law Review 233.

1446 Filali (O) « les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique a-national », L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, Tome 224, p, 15.

1447 Pierre TRUDEL « La Lex electronica » dans le MORAND, Bruxelles, Bruylant, 2001. P,15.

1448 SCHULTIZ (T), « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne » 2005, p, 105.

Au terme de cette étude consacrée à la question de conflits de lois dans le contrat électronique International, nous constatons que le phénomène de l'internet, de son caractère transnational et la rapidité de l'évolution des transactions électroniques posent, de nos jours, des problèmes d'adaptation et de renouvellement des règles traditionnelles de conflits de lois.

En effet, le principe de l'autonomie de la volonté (loi d'autonomie) qui est aujourd'hui consacré par toutes les législations, semble ainsi dominant dans toutes les transactions de commerce électronique. En vertu de ce principe, les parties peuvent choisir librement la loi applicable à leur contrat. A défaut d'un tel choix, le juge se réfère aux autres éléments de rattachement « objectif » pour déterminer la loi applicable. Mais ces éléments, dont leur majorité se trouvent confortés à la réalité de l'internet et semblent inapplicables aux contrats électroniques Internationaux. Ce qui conduit à l'émergence d'un ensemble de normes juridiques informelles nommées de « *Lex electronica* » que certains auteurs<sup>1449</sup> pensent qu'elles peuvent répondre aux besoins exprimés par les acteurs de l'internet et de combler les lacunes des règles traditionnelles.

#### Bibliographie :

- **Ph. LE TOURNEAU**, Contrats électroniques et informatiques, DALLOZ, 2002.
- **M-A KONÉ**, La protection du consommateur dans le commerce international passé sur internet, une analyse comparée des systèmes français canadien et québécois, Mémoire en vue de l'obtention de grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, 2007.
- **S. GHERNAOUTI, A. DUFOUR**, « Internet », Presses Universitaires de France 2017.
- **S. GUILLEMARD**, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, Thèse de doctorat. Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC 2003.
- **L. ARCHAMBAULT**, la formation de contrat de vente en ligne et la protection de consommateur, Mémoire pour l'obtention DESA **DROIT DE L'INTERNET, ADMINISTRATION ET ENTREPRISE**. Université Paris 1 Panthéon Sorbonne
- **Meryem Edderouassi**, le contrat électronique International, Thèse de doctorat en droit privé à l'université Grenoble APLS, 2016-2017.
- **SAFFAR Karim**, la régulation globale de commerce électronique, Thèse de doctorat, Faculté des Etudes Supérieures, Université Montréal 2013.
- **Vincent GAUTRAIS**, l'encadrement juridique du contrat électronique international, Thèse de doctorat, Faculté des Etudes supérieures, Université Montréal, 1998
- **Lama A. KOTEICHE**, la loi applicable aux contrats de commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'Etudes Approfondies en Droit Interne et International des Affaires, BEYROUTH 2005.
- **A. Youssef JABER**, les contrats conclus par voie électronique : étude comparée, Thèse de doctorat en droit privé, l'université MONTPELLIER 1 2011-2012.
- **حمودي ناصر**, النظام القانوني لعقد الدولي الالكتروني، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزوو الجزائر 2009
- **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة مصر 2008.
- **حمودي محمد الناصر**، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012.
- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الالكترونية – القانون الواجب التطبيق، ط2 دار الثقافة للنشر 2011
- **محمد تكمنت**، " الوجيز في القانون الدولي الخاص " طبعة 1 2005

1449 V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKLEF, Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de la *Lex electronica* : <http://www.droit-technologie.org/>



- Paul. DECRAUX, **L'autonomie de la volonté et l'ordre public en Droit conventionnelle Marocaine**, librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence – Paris 1952
  - Amina HAJJI, **l'application des règles d'ordre public en droit Marocain**, liber Ami Corum, 2017.
  - **Pierre TRUDEL** « *La Lex electronica* » dans le MORAND, Bruxelles, Bruylant, 2001
  - **SCHULTIZ (T)**, « *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne* » 2005.
  - **GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKLEF**, *Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de la Lex electronica* .
  - **PRIEST, M**, *The Privatisation of Regulation: Fives models of self-Regulation*, 1998, 2 Ottawa Law Review 233.
  - **Filali (O)** « *les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique a-national* », L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, Tome 224.
  - **CAPRIOLI (E.A) et SORIEUL (R)** « *le commerce International Electronique ; Vers l'émergence de règles transnationales* » J.D.I n°2, 1997.
  - **JEAN. PERROUD**, *la fraude à la loi en droit international privé*, 1926.
  - Le code des obligations et contrats (DOC)
  - Le Dahir relatif à la condition civil des français et des étrangers au Maroc
  - La loi 53-05 relatif à l'échange électronique des données juridiques
  - La loi 31-08 relatif aux mesures de protection de consommateur.
  - Le code civil Algérien
  - La loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique.
  - La convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international des objets mobiliers corporels
  - La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
- La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 23 novembre 2005.