

La vente de tabac sur Internet

par Julien Geyler

"Ce rapport de recherche proposé sur ce site a été rédigé par Julien Geyler, étudiant du DESS MSI de Strasbourg, dans le cadre de sa formation.

Les opinions émises dans ce rapport n'engagent que leur auteur. Ni l'Université Robert Schuman de Strasbourg, ni le directeur de recherche et l'équipe enseignante n'entendent donner aucune approbation ni improbation à leur sujet.

De plus, ce rapport n'a pas encore fait l'objet d'une correction ou d'une délibération du directeur de recherches et de l'équipe enseignante.

En aucun cas la responsabilité de l'Université Robert Schuman ou de l'auteur ne pourra être engagée pour tout dommage direct et/ou indirect et/ou perte financière résultant de l'utilisation des documents téléchargés sur ce site.

En dernier lieu, il convient de rappeler que ces travaux sont des oeuvres couvertes par le droit d'auteur. A ce titre, toute reproduction intégrale ou partielle nécessite l'accord de son auteur."

Introduction :

La vie est chère et les prix augmentent sans cesse. Le dernier exemple en date de cette phrase de comptoir est la récente et spectaculaire escalade du prix des cigarettes. Les réactions contre cette nouvelle envolée ne se firent pas attendre : les protestations fusèrent de toutes parts, les fumeurs marchant en chœur avec les buralistes. Bientôt réapparut le marché noir du tabac et ses vendeurs à la sauvette. Ce commerce sous le manteau resta cependant marginal et se limita aux bouches de métro et autres halls de gare.

De son côté, le monde de l'internet ne fut pas en reste. Les forums de discussion furent pris d'assaut par les pro-Raffarin, les anti-tout, les victimes du tabac et ceux qui ont réussi à se défaire de l'appel de la nicotine. Un réseau parallèle se mit également en place, animé par des chanceux habitants proches des frontières avec l'Espagne (ou avec l'Allemagne, en temps de crise, toute frontière est bonne à prendre) ou ceux ayant de la famille travaillant pour Air France. Le mot d'ordre était clair : il est meilleur marché de fumer les clopes de son voisin.

On vit ainsi apparaître une véritable solidarité entre fumeurs, et les amoureux du cigarillo se liguerent avec les inconditionnels de la Gitane. Cette fraternité (de la) gauloise se refilait des tuyaux et dénonçait les arnaques. Ils fêtaient en vérité l'arrivée sur internet de sites vendant des cigarettes à des prix qu'on n'avait plus vus en France depuis la fin des années 1980.

En effet, depuis les hausses des taxes de 2003 et 2004, le nombre de sites proposant des produits du tabac s'est vu multiplié. Ces sites, hébergés généralement dans des pays où la législation est plus complaisante en la matière, proposent des tarifs de 30 à 50% inférieurs.

Ces sites assurent que la pratique est légale, se fondant sur une tolérance des douanes française concernant l'importation de cigarettes dans un but de consommation personnelle. L'administration française, qui dispose d'un monopole étatique sur la

vente de produits du tabac, crie pourtant le contraire, et, brandissant Code des douanes et Code Général des Impôts, menace les consommateurs, de même que ces cyberburalistes, de peines de prison sur le fondement de la contrebande.

En guise d'illustration, le 05 février 2004, le service des douanes de Seine-et-Marne a opéré à l'interpellation des huit responsables du site e-tabac.com, poursuivis pour contrebande de marchandises fortement taxées. La société, qui avait tenté de brouiller les pistes en s'inscrivant au registre du commerce de l'Ile Maurice alors que son siège était en réalité situé à quelques 30 kilomètres de Paris, avait en effet expédié plus de 6000 colis à travers la France, pour une valeur douanière estimée à 200 000 €.

Il convient donc de s'interroger sur la légalité de ce nouveau commerce, tant les avertissements des uns semblent se perdre en fumée dans les esprits des autres. Nous étudierons donc la vente de produits du tabac lorsqu'elle est effectuée en France, puis nous verrons dans un deuxième point l'importation de cigarettes vers la France.

I. La vente en France

La vente de produits du tabac en France est strictement réglementée. Elle est en effet soumise au monopole de l'Etat. Celui-ci en délègue le commerce à des débiteurs agréés et prohibe toute vente par correspondance de ces produits.

A. Le monopole d'Etat sur la vente de tabac.

La vente de tabac est en France un monopole réservé à l'Etat. Celui-ci en délègue l'exclusivité à des débiteurs agréés, lesquels sont placés sous la tutelle de la Direction Générale des Douanes et droits indirects. Ces agents agréés exercent ainsi une fonction d'agent public lorsqu'ils distribuent ces produits.

De ce fait, le commerce du tabac est assujéti à un régime particulier, dans ce qu'il est dérogoire du principe de libre circulation des marchandises. La législation française réserve ainsi la vente des produits du tabac à l'administration des impôts et interdit la vente au détail sans agrément de l'Etat.

En effet, en vertu de l'article 568 du Code Général des Impôts, « *le monopole de vente au détail est confié à l'administration qui l'exerce, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret, par l'intermédiaire de débiteurs désignés comme ses préposés et tenus à redevance, des titulaires du statut d'acheteur-revendeur mentionné au troisième alinéa¹, ou par l'intermédiaire de revendeurs qui sont tenus de s'approvisionner en tabacs manufacturés exclusivement auprès des débiteurs désignés ci-dessus* ».

Ainsi, en France, seuls les préposés de l'Etat peuvent vendre des cigarettes. Ces préposés sont les buralistes et les commerçants bénéficiant d'une tolérance de revente, tels les restaurants et boîtes de nuit.

Pour créer un débit de tabac, il faut de plus qu'existe un besoin réel des consommateurs. Chaque Direction Régionale des Douanes et droits indirects appréciera, en fonction de critères objectifs, que ce besoin n'est pas normalement

¹ Il s'agit des comptoirs de vente et boutiques à bord de moyens de transports internationaux.

satisfait pas le réseau existant en place dans un quartier ou secteur déterminé. Ces critères sont établis par instructions publiées au Bulletin Officiel des Douanes².

Ces critères sont différents selon que la création a lieu en milieu urbain ou rural. Pour les créations en milieu urbain (commune de plus de 2000 habitants), l'implantation des comptoirs de vente est soumise aux conditions suivantes. Tout d'abord, la présence d'une population de 2000 personnes au moins dans le secteur d'implantation doit être établie. Ensuite, la création ne doit pas aboutir à un simple déplacement des ventes préjudiciable aux débits déjà installés et doit autoriser un maintien de l'équilibre du réseau déjà existant.

En ce qui concerne les zones rurales (commune de moins de 2000 habitants), la création d'un comptoir de vente est réservée aux communes dont la population est comprise entre 500 et 2000 habitants, la nécessité d'assurer la viabilité du point de vente exigeant la présence d'une population suffisante.

Par ailleurs, les débits les plus proches doivent être distants de plus de dix minutes en véhicule motorisé (cette condition ne s'applique pas dans les communes de plus de 750 habitants).

Néanmoins, dans certaines zones particulières comme les zones de montagne et les zones de revitalisation rurale, il est possible de créer un débit de tabac sans respecter ces conditions.

On le voit, des efforts sont faits pour adoucir les conditions d'établissement d'un débit de tabac dans les zones de basse densité de population. Une question peut alors se présenter pour ces zones où cet agent de l'Etat n'est pas disponible. En effet, la proposition de vendre du tabac sur internet mérite d'être mise en avant. Une telle proposition entrerait dans le respect du principe d'égalité entre les citoyens et l'égal accès aux services de l'Etat. On peut également rappeler les efforts faits par ce dernier pour développer l'e-administration, dans un but d'égal accès.

La question de la vente de tabac en ligne se pose donc.

B. La prohibition de la vente en ligne

² Notamment au BOD du 31 janvier 1997.

Les débiteurs de tabac sont soumis à l'obligation de vendre directement au public. La vente ne peut donc pas se faire par l'intermédiaire de distributeurs (placés à l'intérieur ou à l'extérieur du magasin), ni par correspondance ou par le biais de réseaux informatiques, dans un but de protection de la santé publique.

C'est également en conséquence du monopole étatique sur la vente de tabac au détail que la vente par correspondance de tabac est interdite en France.

Il convient de déterminer ce qui est entendu par "en France". La vente par correspondance de tabac est en effet autorisée dans d'autres Etats, comme aux Etats-Unis. Il convient donc de distinguer "sur le territoire français", "à partir de la France" et "à des Français" (nous examinerons ces deux derniers points dans la seconde partie de notre raisonnement consacrée plus spécifiquement aux règles de droit international privé).

En ce qui concerne la vente de tabac sur le territoire français, la question de l'égal accès aux services de l'Etat se pose donc. Techniquement, un site de vente par correspondance est tout à fait envisageable, même géré, directement ou indirectement, par l'administration. De plus, au sens des instructions ministérielles quant à la création de débits de tabac, la mise en place d'un service permettant la livraison de produits du tabac dans des zones isolées paraît concevable, dans le but de permettre un accès à chacun aux produits couverts par le monopole de l'Etat. On peut de plus imaginer que, dans ces lieux, des systèmes D ont été mis en place, notamment au profit d'individus particulièrement isolés ou ne pouvant se déplacer.

La volonté de l'Etat est de plus de contrôler au plus près le commerce du tabac, principalement pour des raisons de santé publique. Ainsi, en matière de publicité, l'article L3511-3 du Code la Santé Publique interdit toute « *propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac ou des produits du tabac* ».

Cette même interdiction est reprise par la directive communautaire 2003/33/CE du 26 mai 2003, laquelle inclut expressément les services de la société de l'information. Elle écarte cependant de son champ d'application les activités n'ayant pas d'effets transfrontaliers, les Etats membres restant compétents pour régir ces questions, « *comme ils l'estiment nécessaire pour assurer la protection de la santé humaine* ». Ce régime d'interdiction s'applique t'il également a Internet ?

Le droit français ne semble pas viser expressément l'Internet, bien que la vente par le biais de réseaux informatiques semble être prohibée par le site Internet de

l'administration française³. La question qui se pose est d'apprécier la valeur juridique d'une telle note émise par l'administration des douanes, en l'absence de source légale ou jurisprudentielle.

De plus, le Code de la Santé Publique prévoit des exceptions en matière de publicité et dispose que ces prohibitions « *ne s'appliquent pas aux enseignes des débits de tabac, ni aux affichettes disposées à l'intérieur de ces établissements, non visibles de l'extérieur* ». Cette disposition permet à un débitant de tabac d'afficher des publicités en faveur du tabac à l'intérieur de son établissement.

La notion d'établissement a, à plusieurs occasions et notamment en droit fiscal, été élargie pour englober les serveurs web. Cependant, il faut distinguer le serveur web du site internet, lequel est visible dans le monde entier. De même que dans le Code de la Santé Publique, il faut distinguer, dans l'article L3511-3, l'établissement, entendu du point de vue du droit fiscal et commercial comme une entité attirant un régime particulier, du local même où a lieu la vente. Seul ce dernier est visé par le Code de la Santé Publique.

Il doit en être de même pour le site web, qui seul sera pris en compte, à l'exclusion du serveur. Ainsi, les obligations qui s'attachent à l'aménagement des établissements de ventes de tabac devraient s'appliquer de la même façon aux sites internet. Les notions d'intérieur et d'extérieur sont difficilement envisageables sur un site internet, aussi il conviendrait de ne pas placer de publicité sur la page d'accueil du site. De surcroît, un système avertissant les internautes qu'ils se trouvent sur un site de vente de tabac devrait être mis en place avant l'apparition de publicité, ainsi qu'une procédure de vérification d'âge, afin d'empêcher l'accès aux mineurs de moins de 16 ans (article L3511-2-1 Code de la Santé Publique).

Cependant, la Cour d'appel de Rennes⁴ a considéré qu'un site internet constituait en soi un support publicitaire. Ainsi, un site internet de vente de tabac contreviendrait en soi-même à l'interdiction de propagande et de publicité posée par l'article L3511-3 du Code de la Santé Publique. Mais il convient de tracer une ligne entre l'information et la publicité⁵. Selon l'article L3511-4, il y a publicité ou propagande « *lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque,*

³ <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/ARBO/FXIMP308.html>

⁴ CA Rennes, 31 mai 2000, Crédit Mutuel de Bretagne c/ Fédération Logement d'Ile et Vilaine.

⁵ http://legal.edhec.com/Showroom/Articles/Art1_2001.htm

d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac ou un produit du tabac ».

Un site faisant montre, sur sa page d'accueil, des textes de loi et de sa volonté de ne pas vendre aux mineurs, ainsi qu'un lien vers son espace de vente, transgresserait-il néanmoins les règles en matière de publicité ? Telle n'est pas notre opinion, dans la mesure où, de surcroît, des avertissements semblables à ceux présents sur les paquets de cigarettes sont visibles sur une telle page d'accueil.

Il existe de plus des obligations à la charge du gérant d'un débit de tabac quant à l'aménagement de son comptoir de vente. Celle-ci doit être agréée par l'administration, laquelle exige que le comptoir de vente soit visible depuis le seuil du local et qu'un minimum de 50 centimètres soit consacré à la vente de tabac sur ce comptoir⁶.

De tels critères sont-ils transposables à l'internet ? Tout d'abord, la possibilité de voir le comptoir de vente depuis le seuil peut être rapprochée de la fourniture, sur la page d'accueil, d'un lien permettant de diriger l'internaute vers l'espace de vente. Nous ne pensons pas qu'un tel lien constitue une mesure de publicité contraire aux dispositions du Code de la Santé Publique.

Ensuite, le critère relatif aux dimensions du comptoir, bien que difficilement applicable au monde virtuel, peut néanmoins être rempli par un site présentant un espace conséquent à la vente de tabac. Ce critère n'a cependant rien à voir avec la protection de la santé.

Nous venons de le voir, les conditions nécessaires à la création d'un débit de tabac virtuel peuvent être remplies, tant au niveau du respect du monopole étatique sur la vente des produits du tabac que sur la protection de la santé publique. Cependant, l'administration française s'oppose toujours farouchement à une telle évolution.

Bien que peu intéressante au point de vue financier, la question de l'établissement en France d'un site de vente de tabac destiné à un public étranger reste ouverte. Se posent alors des questions de droit international privé relatives au juge compétent et à la loi applicable. Nous examinerons plus en détails ces questions dans la seconde partie de notre raisonnement.

Il est intéressant de noter que le Ministère des Finances admet la possibilité d'acheter en France des produits soumis à accises et de se les faire livrer dans un autre

⁶ Informations trouvées sur le site de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris : http://www3.ccip.fr/inforeg/fiches/pdf/debit_tabac.pdf

Etat membre. Le vendeur devra alors s'occuper des formalités relatives à la circulation des produits et au paiement des accises dans le pays d'arrivée. Cette possibilité rejoint le principe de libre circulation des marchandises au sein de l'Union Européenne. Cependant, ce choix n'est pas disponible pour les produits du tabac.

II. La vente à des Français

De nombreux sites web ont vu le jour suite à l'augmentation des prix des produits du tabac en France. Dans la mesure où l'Etat français autorise l'importation de cigarettes achetées à l'étranger jusqu'à une certaine hauteur, pourquoi ne pas considérer l'achat en ligne comme un achat frontalier lorsqu'il respecte les seuils établis par les douanes françaises ?

La question soulève des problèmes tant au niveau du droit des douanes qu'en droit international privé.

A. Le droit des douanes

L'administration des douanes dispose clairement que, « *en raison du monopole de vente au détail du tabac, la vente par correspondance de tabac est interdite en France. En conséquence, le tabac que vous achetez dans un autre Etat doit être transporté par vous-même. Vous ne pouvez pas le faire expédier* ».

De leur côté, les sites de vente de tabac en ligne affirment que la pratique est tout à fait légale. Ils expliquent ainsi exploiter une incertitude juridique et assurent en effet que bien que « *la vente de cigarettes par internet n'est pas autorisée en France, il existe une tolérance* »⁷ de la part des services des douanes. Ils se fondent en effet sur une tolérance douanière permettant le transport frontalier d'une quantité de tabac destinée à une consommation personnelle.

⁷ Guillemin Christophe, ZDNet 17 octobre 2003

Il nous appartient de nous interroger sur le fondement juridique d'un tel transport, l'administration des douanes ne s'appuyant sur aucune base légale ou jurisprudentielle.

Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que l'achat de tabac ne peut être fait que pour un usage personnel. Cet achat, s'il a été effectué TTC (TVA et droits d'accises) dans l'Etat d'acquisition, ne sera pas retaxés lors de l'introduction des produits en France. Cependant, s'agissant de produits soumis à accises, l'administration exige le paiement des droits et taxes au delà d'un certain seuil. Les douanes présument en effet qu'au delà de 800 unités de cigarettes, l'achat présente un caractère commercial. Le seuil pour les cigarillos est 400 pièces, 200 pièces pour les cigares, et 1 kilogramme pour le tabac à fumer.

C'est ici que le système se contredit. En effet, soit il est possible d'importer, par ses propres soins, des produits du tabac, éventuellement soumis au paiement de divers droits et taxes, soit c'est interdit. Un même acte ne peut pas être à la fois légal et illégal. En effet, le service des douanes dispose dans un premier temps que l'importation de quantités supérieures à ces seuils indicatifs est soumise au paiement des droits de consommation, puis, dans un second temps, incrimine, sur le fondement de la contrebande et parce que constituant une atteinte au monopole d'Etat, une telle importation.

Le fait d'acheter à l'étranger constitue une atteinte au monopole étatique sur la vente de produits du tabac. Les douanes françaises tolèrent pourtant ces importations, lorsqu'elles restent en deçà d'un certain seuil et qu'elles sont effectuées par le particulier lui-même. Cette obligation de transport par soi, qui est dépourvue de fondement juridique, est de surcroît contraire au principe de libre circulation des marchandises dans l'Union Européenne.

En effet, depuis le 1^{er} juillet 1993, le principe de libre circulation des marchandises est assuré à l'intérieur de l'Union Européenne, ce qui implique la suppression des formalités fiscales et douanières liées au franchissement des frontières intra-communautaires.

Ainsi, il est possible d'acheter, pour sa consommation personnelle, des biens dans tout autre Etat membre, sans limitation de quantité ou de valeur. Lorsqu'ils sont achetés sur place, ces biens sont payés TTC, selon le taux en vigueur dans l'Etat en question. Par contre, les achats par correspondance sont soumis à la TVA du pays de livraison.

Toutefois, certains produits particulièrement sensibles, dont les produits du tabac, restent soumis à un régime particulier. Il faut en effet payer des droits d'accises (qui droits de consommation spécifiques) sur ces produits dans le pays d'acquisition.

Selon les douanes, le consommateur achetant sur internet s'expose dans un premier temps aux sanctions prévues par l'article 1791 du Code Général des Impôts, lequel dispose que « *toute infraction aux dispositions du titre III de la première partie du livre Ier, et des lois régissant les contributions indirectes, toute manoeuvre ayant pour but ou pour résultat de frauder ou de compromettre les droits, taxes, redevances, soultes et autres impositions établies par ces dispositions sont punies d'une amende de 15 euros à 750 euros, d'une pénalité dont le montant est compris entre une et trois fois celui des droits, taxes, redevances, soultes ou autres impositions fraudés ou compromis, sans préjudice de la confiscation des objets, produits ou marchandises saisis en contravention* ».

De plus, l'article 1810 CGI sanctionne d'une peine de 6 mois d'emprisonnement le « *transport en fraude de tabacs fabriqués* ».

Ces deux articles sanctionnent donc le fait de transporter frauduleusement des produits du tabac. Il s'agit en l'espèce d'une fraude au monopole étatique sur la vente de cigarettes, lequel englobe la perception des droits de consommation applicables à ces produits. Dans la mesure où il n'existe pas de base légale à l'obligation de transporter soi-même les produits achetés hors de France, l'application de ces textes pose problème.

En effet, l'envoi, par voie postale ou autre, des produits du tabac dans une quantité inférieure aux seuils de tolérance édictés par le service des douanes ne porte atteinte ni ne fraude le monopole de l'Etat. L'importation sur le territoire français de produits du tabac pour une consommation personnelle est en effet tolérée par le service des douanes. La seule limitation apportée à cette pratique est la vente par correspondance, dont nous avons déjà démontré l'absence de base juridique.

De même, en matière de paiement des droits de consommation, ceux-ci ne sont pas plus mis à mal par de telles importations, même dans le cadre d'une vente par correspondance, car, comme le prévoit le droit communautaire, les achats par correspondance sont soumis aux taxes du pays de livraison. Il revient donc aux autorités concernées de collecter ces taxes (droits d'accises et TVA). Il ne paraît pas nécessaire d'émettre une distinction entre produits du tabac et autres biens sur ce

fondement. Les services des douanes sont amenés à récolter des droits pour tous les produits achetés par correspondance, quelle que soit leur nature et dans la mesure où cette importation se fait dans une optique de consommation personnelle. Il nous paraît donc inapproprié de tracer une ligne subjective entre les produits du tabac et les autres.

L'exclusion des produits du tabac du champ des produits susceptibles de commercialisation par correspondance paraît donc tourner à l'avantage des sites proposant de tels produits.

En ce qui concerne le monopole d'Etat, les arguments que l'administration présente sont en effet difficilement défendables.

Par contre, le but de protection de la santé, oublié dans ces derniers débats, peut-il être valablement mis en avant par l'administration dans son refus de vente par correspondance ? Le Code de la Santé Publique, comme nous l'avons dit plus haut, tente de protéger les mineurs contre les effets du tabac et interdit ainsi la vente de tabac aux mineurs de moins de 16 ans. Sur internet, la vérification de l'âge est rendue plus difficile par la dématérialisation du support de la vente. Les contacts entre le vendeur et l'acquéreur sont dématérialisés. Cependant, il existe des moyens techniques pour limiter l'accès des mineurs à de tels sites.

De surcroît, la vente d'alcool, bien que réglementée, est autorisée sur internet, et par correspondance de manière générale. Pourtant, là aussi, le législateur a mis en avant la protection des mineurs contre les produits alcoolisés et prohibe toute vente d'alcool à des mineurs de 16 ans. L'article L3342-1 du Code de la Santé Publique dispose en effet que « *dans les débits de boissons et tous commerces ou lieux publics, il est interdit de vendre ou d'offrir à titre gratuit à des mineurs de moins de seize ans des boissons alcooliques à consommer sur place ou à emporter* ».

B. Les règles de droit international privé

Les caractéristiques d'internet mettent en avant des problèmes liés à la détermination du juge compétent et la loi applicable. Nous n'envisagerons ici que la responsabilité délictuelle d'un site faisant commerce du tabac, et écartons de notre champ d'étude les éventuels litiges d'ordre contractuel qui peuvent apparaître (et qui ont apparu) entre un tel site et des consommateurs français. Dans la majorité des cas, les recours contre ces sociétés qui se savent au bord de la légalité sont vains, tant celles-

ci ont soigneusement brouillé les pistes et jouent avec caractère douteux de leur activité pour faire patienter les consommateurs.

L'affaire e-tabac.com est parlante sur ce point. Les gérants de cette société, ne pouvant faire face à la bonne exécution des commandes, invoquent diverses raisons pour expliquer les retards de livraison, tels des problèmes de stock, des saisies opérées par les douanes ou mettent en cause La Poste.

De plus, on voit mal un internaute agir contre une société fournissant des produits dont l'importation en France est pour le moins réglementée, si ce n'est prohibée lorsqu'elle se fait par correspondance. Une telle action serait infondée aux termes du droit français, car un contrat ayant un objet illégal n'existe pas juridiquement.

En France, l'article 414 du Code des Douanes dispose que « *sont passibles d'un emprisonnement maximum de trois ans, de la confiscation de l'objet de fraude, de la confiscation des moyens de transport, de la confiscation des objets servant à masquer la fraude et d'une amende comprise entre une et deux fois la valeur de l'objet de fraude, tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration lorsque ces infractions se rapportent à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées ou fortement taxées au sens du présent code* ».

Un site proposant à la vente des produits du tabac tomberait sous le coup de la contrebande de produits fortement taxés. Encore faut-il que la loi française soit applicable en matière de délit commis sur internet.

Le droit international privé français, en matière délictuelle, prévoit l'application de la *lex loci delicti*⁸. En effet, dans l'arrêt Gordon & Breach⁹, la Cour de Cassation a disposé, en matière de délit complexe, qu'il n'y avait pas de hiérarchie entre la loi du lieu de survenance du dommage et la loi du lieu du fait générateur.

L'arrêt Mobil North Sea vint confirmer cette jurisprudence et indiqua que l'option entre la loi du lieu du fait générateur et la loi du lieu du dommage appartenait au juge, lequel peut choisir la loi qui a le plus de proximité avec le litige.

En matière de commerce électronique, on est dans l'hypothèse d'un délit complexe, où il faut distinguer la loi d'émission (celle du prestataire de service) de la loi de réception (celle de l'internaute).

⁸ Arrêt Lautour, Cour de cassation, 25 mai 1948

⁹ Cour de Cassation, Civ. 1ere, 14 janvier 1997, BC1 n°14 p.8

C'est la loi de réception qui est le plus souvent privilégiée, car le lieu de réalisation du dommage est généralement le lieu de réception de l'information diffusée sur internet. Cette solution est malheureusement fortement critiquable. En effet, le lieu de réception est à la fois multiple et accidentel, car un site est accessible à tous partout dans le monde. Ainsi, toutes les lois du monde sont potentiellement applicables, ce qui met à mal la nécessité d'une certaine prévisibilité juridique.

Le critère de la loi du pays d'émission n'est cependant pas plus satisfaisant, car, bien que cela permette au prestataire d'évaluer les risques, cela peut favoriser l'établissement de sites dans des paradis législatifs. En l'espèce, la société e-tabac.com s'était établie sur l'Ile Maurice, laquelle connaît une législation plus favorable en matière de commerce du tabac. Bien que cet établissement était en réalité fictif, l'impossibilité d'appliquer la loi française à l'encontre d'une société commerçant avec la France montrait les limites de la théorie de la loi d'émission.

Ces deux théories aboutissent à des résultats extrêmes, c'est pourquoi a été proposée une solution alternative, à savoir la théorie de la loi du territoire visé par le site. Il s'agit ici de rechercher la loi qui est la plus proche des éléments caractéristiques de l'affaire et de déterminer le centre de gravité du litige.

Le projet de Convention de Rome II, applicable aux relations extra-contractuelles, prévoit une application de cette théorie, et envisage l'application de la loi qui a les liens les plus étroits avec le fait dommageable, tout en instituant une présomption en faveur de la loi du pays de résidence de la victime.

Pour déterminer le pays qui a les liens les plus étroits, il faut regarder le public visé par le site en question. Ce public sera généralement constitué de la clientèle effective du site. De plus, et malgré l'absence de lien de rattachement préexistants, la technique du faisceau d'indices permettra d'établir l'existence de liens avec tel ou tel pays, et notamment le nom de domaine, la langue du site, la possibilité de livrer en France et la monnaie utilisée.

En l'espèce, de nombreux sites ont vu le jour et vendent des produits du tabac aux consommateurs français. Certains sont basés aux Etats-Unis et y font l'essentiel de leurs affaires. Ils ont cependant étendu à la France leur zone de livraison. La législation européenne permet de vendre du tabac sur internet, lorsqu'il existe un moyen de limiter l'accès aux personnes majeures. On est ici dans une situation proche de celle de l'affaire Yahoo!, dans laquelle un site basé aux Etats-Unis proposait à la vente des produits dont le commerce était interdit en France. Le juge français n'avait alors pas

hésité à prononcer l'interdiction de l'accès à ces produits en France. Une telle mesure est donc pleinement envisageable à l'encontre de sites vendant du tabac.

En matière de détermination de l'ordre juridictionnel compétent sur internet, la jurisprudence française a pour habitude de donner compétence aux tribunaux français du seul fait de la réception d'un contenu sur le territoire français. Cette jurisprudence a été établie par les arrêts condamnant le site Yahoo!, dans lesquels le juge français s'est déclaré compétent pour tous les contenus diffusés sur internet et ce sans rattachement particulier avec la France.

La Cour suprême de l'Etat de Victoria, Australie, vint confirmer cette jurisprudence le 10 décembre 2002¹⁰ dans une affaire opposant la société américaine Dow Jones à l'homme d'affaire australien Joseph Gutnick au sujet d'une publication diffamatoire. Le juge australien saisi de l'affaire se déclara compétent au motif que la personne diffamée vivait en Australie, avait une réputation à faire respecter et possédait des biens sur ce territoire.

Cette position, bien que permettant d'éviter un forum shopping, pose un problème en terme de proximité. En effet, le tribunal du lieu de réception, lequel est généralement accidentel et imprévisible pour le défendeur, n'est pas nécessairement le mieux placé par rapport aux éléments de fait du litige.

Les juges français, comme leurs homologues australiens, se sont donc octroyés une compétence universelle s'étendant à tous les contenus diffusés sur internet, sans condition de rattachement particulier avec la France. Cette compétence est posée dans un but nécessaire de protection des consommateurs, et est à l'avantage du demandeur.

¹⁰ Dow Jones & Company Inc v Gutnick (2002) HCA 53 (10 december 2002)

BIBLIOGRAPHIE

De Groote Bertel, en collaboration avec Derroitte Jean-Francois, *L'internet et le droit international prive : un mariage boiteux ?*, 2003, www.droit-technologie.org

Gillies Lorna, *A Review of the New Jurisdiction Rules for Electronic Consumer Contracts Within the European Union*, 2001

Guillemin Christophe, *Acheter son tabac sur le net est séduisant mais totalement illégal, prévient Bercy*, 2003, ZDnet.fr

Nicholson Andrew, *The Expanding Web of Defamation: Gutnick v Dow Jones*, 2001, Murdoch University E law Journal Vol.8

Puel Hélène, *L'achat de cigarettes en ligne devrait décoller*, 2001, 01net.

Puel Hélène, *e-tabac.com part en fumée*, 2004, 01net.

Verbiest Thibault, *Vente et Publicité en ligne de tabac : quel cadre juridique ?*, 2003, www.droit-technologie.org