

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Préfaces

Poullet, Yves

Published in:
Commerce électronique Canada-Union européenne

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y 2018, Préfaces. dans X Van Overmeire, E Wéry & C Bernier (eds), *Commerce électronique Canada-Union européenne*. Droit des technologies, Larcier , Bruxelles, pp. 5 - 9.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Préfaces

L'ambition poursuivie par ces auteurs dont les noms sont bien connus et appréciés dans les cercles du droit du numérique des deux côtés de l'Atlantique s'exprime modestement : « amener la confiance », et ce, par une meilleure connaissance des environnements réglementaires d'un commerce qui n'a plus de frontières et singulièrement pas entre les continents nord-américain et européen. À l'heure des dernières discussions à propos des accords AECG (Accords économiques et commerciaux généraux) entre le Canada et l'Europe, on sait, en particulier en Wallonie, combien cette confiance est nécessaire et pourra contribuer à un développement des échanges commerciaux, spécialement par voie électronique, entre les deux partenaires. On s'étonne que le contexte de ces accords ne soit mentionné qu'en conclusion de l'ouvrage, qui reprend les extraits significatifs de l'Accord en ce qui concerne précisément les actions à développer pour mieux harmoniser les réglementations⁽¹⁾.

D'emblée, les auteurs précisent l'ambition de l'ouvrage : il ne s'agit pas d'un traité analysant chaque thématique juridique liée au commerce électronique. Seuls les thèmes essentiels sont abordés : la publicité en ligne, le contrat électronique (formation, preuve et questions particulières liées aux contrats *B to C*), la protection des données à caractère personnel et la responsabilité des intermédiaires, laissant de côté des questions comme les droits de propriété intellectuelle, la liberté d'expression et la

(1) « Au niveau du commerce électronique, l'Accord prévoit que les parties s'engagent à respecter la vie privée des utilisateurs ; à favoriser le développement de l'interopérabilité, de l'innovation et de la concurrence pour faciliter le commerce électronique. Il prévoit en outre qu'un dialogue entre les parties devra être tenu en ce qui concerne entre autres la reconnaissance des certificats de signature électronique délivrés au public ; la responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires en ce qui concerne la transmission ou le stockage d'informations ; sur le traitement des communications commerciales électroniques non sollicitées (les spams, vus en partie I du présent ouvrage) et la protection des renseignements personnels et la protection des consommateurs et des entreprises contre les pratiques trompeuses et frauduleuses dans le domaine du commerce électronique ».

criminalité informatique ou des questions plus spécifiques comme les aspects juridiques du *cloud* ou des *blockchains*.

En un nombre de pages limitées – on mesure l'exploit – les auteurs nous permettent de saisir, de manière claire, simple, mais toujours précise, les approches développées des deux côtés de l'Atlantique, au Canada principalement, avec de temps en temps un débordement vers la situation réglementaire aux États-Unis. Il s'agit, à cette occasion, d'en montrer les ressemblances et parfois les différences, et d'illustrer leurs propos par quelques sommaires de jurisprudence sur les thèmes traités. Une première annexe reprend les textes réglementaires commentés ; une seconde renvoie à une bibliographie législative, doctrinale et jurisprudentielle. Que ce soit celui qui souhaite simplement être introduit au droit du commerce électronique ou celui qui souhaite prolonger cette introduction, chacun trouvera dans l'ouvrage les éléments nécessaires à son bonheur.

L'ouvrage débute par un court rappel des éléments essentiels du droit « constitutionnel » canadien et européen. Pour le lecteur européen, on soulignera les réflexions sur les particularités du fédéralisme canadien, à la fois de *common law* et de droit civil, et construit sur une répartition des compétences entre l'État fédéral et les provinces, difficile à comprendre.

Chacune des parties et sous-parties poursuit son propre plan. Certaines développent de manière résumée les aspects techniques sous-jacents aux problèmes juridiques (*cf.* en particulier la partie sur la publicité qui évoque les médias utilisés, les évolutions par l'utilisation des technologies et les techniques susceptibles d'être mises en place pour éviter les conflits de juridictions) ; toutes distinguent, en points séparés, les approches réglementaires européennes et canadiennes. On peut regretter que les auteurs ne procèdent pas systématiquement ensuite à une analyse comparative de ces approches, même si elle ressort souvent clairement de leurs exposés (exemple parmi bien d'autres : « À la différence du droit européen, la LPC n'impose pas au commerçant d'indiquer dans ses informations précontractuelles, le rappel de l'existence d'une garantie légale, de services après-vente ou de code de conduite le cas échéant »). Le lecteur sera donc attentif à ces divergences qui, sans être d'importance égale, méritent d'être analysées par les opérateurs économiques et leurs clients lors des flux transfrontières outre-Atlantique.

Ainsi, je souligne quelques exemples non exhaustifs notés à la suite des auteurs. En matière de publicité, le Canada développe, outre la loi générale sur la concurrence, un système d'autorégulation à travers le « Code canadien des normes de la publicité » (www.adstandards.com/fr/Standards/canCodeOfAdStandards.aspx), là où l'Europe poursuit une approche législative à travers les directives bien connues sur le commerce électronique et celles sur les pratiques commerciales déloyales ; la notion de consommateur est définie de manière plus étendue en Europe qu'au Canada. Toujours en matière de publicité, là où le critère suivi en Europe pour apprécier le caractère trompeur d'une publicité est le « consommateur moyen », les tribunaux canadiens préfèrent celui d'« impression générale » donnée par la publicité sans référence à la qualité du consommateur. On note également des approches différentes sur des questions particulières, comme la publicité pour enfants : alors que le Canada proscribit toute publicité pour enfants, en Europe ce n'est qu'avec le règlement de protection des données à caractère personnel qui soumet la publicité pour enfants à l'autorisation parentale. En matière de *spamming*, ou de pourriels comme aiment à dire les Québécois, l'Europe aurait peut-être intérêt à suivre l'exemple canadien offert par la loi de 2014. Enfin, en matière d'insertion via un méta tag du nom d'un concurrent, les auteurs soulignent les résultats discordants des jurisprudences européenne et canadienne : la première admet de telles utilisations, alors que la seconde y voit une forme de parasitisme.

En matière cette fois de contrat électronique, on relève que les deux ordres juridiques classent le contrat électronique suivant les mêmes caractéristiques (contrat à distance et contrat d'adhésion), ce qui n'empêche pas des divergences à propos de certaines questions spécifiques. Ainsi, en ce qui concerne la notion de « clauses abusives », les auteurs soulignent que la *common law* canadienne ne donne pas de définitions de cette notion. Autre exemple : à propos de l'opposabilité des clauses contractuelles, les clauses dites externes, c'est-à-dire nécessitant l'activation d'un hyperlien, ne sont pas valables en Europe, mais peuvent l'être au Canada (voy. l'arrêt *Dell* cité à titre d'illustration), sauf si le Code civil québécois prévoyant l'inopposabilité d'une clause non portée à la connaissance du consommateur s'applique. On ajoute que ce dernier droit ne connaît pas le droit de rétractation du consommateur, même si certains moyens juridiques

sont possibles pour arriver à un résultat proche de celui lié chez nous à ce droit, en particulier au Québec, avec le droit à la rétrofacturation institué par la loi sur la protection du consommateur. Enfin, dernier exemple, la reconnaissance de la validité de la signature et du document électroniques semble plus aisée au Canada avec la loi PIPEDA (à l'exception du Québec, avec sa loi de 2001 concernant le cadre juridique des technologies de l'information) que sous le règlement 910/2014 « electronic IDentification, Authentication and trust Services » (eIDAS).

À propos de la protection des données à caractère personnel, les auteurs consacrent une part importante de leurs réflexions aux dispositions du nouveau règlement européen en vigueur le 25 mai 2018 et leur analyse est solide. Sans doute, dans le contexte de l'examen des régimes juridiques applicables aux flux électroniques entre nos deux continents, y aurait-il eu intérêt à consacrer quelques mots, d'une part, à la portée territoriale du règlement qui s'étend désormais à tout traitement, même situé en dehors du territoire de l'Europe, qui constitue une offre de biens ou services à destination de personnes résidentes en Europe ou un suivi du comportement de ces derniers, et, d'autre part, au renforcement des exigences en matière de protection adéquate offerte par les pays tiers à l'Europe, ce qui, selon l'auteur de ces lignes, ne devrait pas soulever de difficultés en ce qui concerne le Canada.

Dernière remarque, à propos du dernier point couvert par l'ouvrage, en matière de responsabilité des intermédiaires, les auteurs soulignent l'approche québécoise qui fonde la responsabilité des intermédiaires sur l'analyse de l'activité proposée par ce dernier et non sur une qualification *a priori* des métiers, comme c'est le cas en Europe avec la directive dite : « Commerce électronique ».

Au terme de ces quelques considérations, qu'il me soit permis de remercier les auteurs de l'ouvrage d'avoir contribué, sur un sujet technique et bien souvent présenté de manière hermétique, à nous expliquer que même si les divergences existent entre les deux ordres juridiques étudiés (ou trois, le droit québécois apparaissant par ses multiples particularités comme une sorte d'intermédiaire entre les deux autres), les mêmes soucis de protection des consommateurs et de protection des libertés des citoyens aboutissent à des solutions souvent identiques obtenues certes

par des voies originales. Prenant conscience de ces soucis communs, il s'agit d'aider – et nous reprenons le mot des auteurs – à créer la confiance des citoyens en surmontant les apparentes divergences d'approches juridiques, et ce, au-delà des barrières géographiques, langagières et culturelles. Il s'agit ainsi de promouvoir le commerce électronique et l'adoption par chacun de ses bénéfices.

Yves Pouillet

Recteur honoraire de l'Université de Namur
Professeur honoraire à la faculté de droit
Professeur associé à l'Université catholique de Lille
Membre de l'Académie royale de Belgique

Si le commerce mondial continue à croître de façon importante depuis la crise financière de 2008, les données concernant le commerce électronique sont difficiles à colliger. Un rapport de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), daté d'octobre 2017⁽²⁾, estime toutefois que les ventes mondiales effectuées au moyen du commerce électronique représentaient un montant de 25 300 milliards USD en 2015, dont 90 % se faisaient entre entreprises (*B to B*). Donc, seulement 10 % de ces ventes étaient effectuées avec des consommateurs (*B to C*). Les transactions issues du commerce électronique correspondaient, par ailleurs, à 6 % du PIB mondial, ce qui est relativement modeste. Ce type de transactions, on le sait, est toutefois en forte croissance.

Le commerce électronique est, cela dit, confronté à de multiples enjeux de nature juridique, dont plusieurs diffèrent des transactions effectuées par des modes plus traditionnels. On pense ici aux enjeux liés à la formation du contrat, à la preuve électronique, à la protection du consommateur et à la publicité en ligne, à la protection des données personnelles, à la responsabilité des tiers fournisseurs de services, aux modalités de paiement, à la propriété intellectuelle, à la fraude et aux cybercrimes, etc.

(2) unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2017_en.pdf, p. XIII.

Qu'apporte l'ouvrage présenté par Xavier Van Overmeire, Étienne Wéry et Chantal Bernier dans ce contexte ? Dans leur introduction, les auteurs indiquent qu'il a pour ambition de mettre en lumière certains éléments inhérents au développement du commerce électronique et qu'il s'articule autour des thématiques de la publicité sur Internet, du contrat électronique et de la vie privée. Les auteurs ont donc fait un choix, celui de présenter un nombre limité de sujets, tout en faisant une synthèse de ceux-ci. L'ouvrage vise, selon ses auteurs, à « permettre aux non-professionnels du droit d'appréhender le droit du commerce électronique en le vulgarisant ». Il prend pour terrain d'analyse le droit de l'Union européenne et du Canada, tout en survolant le droit américain.

Mon collègue Yves Poulet s'étant principalement attardé au contenu de l'ouvrage, je me limiterai, pour ma part, à faire quelques remarques sur son utilité et à certaines constatations résultant de ma lecture de celui-ci.

Soulignons que l'une des utilités principales de l'ouvrage résulte de la grande qualité de la synthèse juridique. Le droit étant une matière qui peut apparaître fort difficile à cerner pour le non-initié, on peut certainement dire que les auteurs ont réalisé leur ambition. La lecture est particulièrement aisée et le découpage de la matière favorise bien sa compréhension. Nous estimons qu'il est très utile pour les non-juristes à qui il s'adresse. Il peut être également le point de départ d'une recherche plus approfondie pour le juriste non spécialiste dans ce secteur du droit, ou bien à celui qui vise à connaître rapidement les règles applicables. En ce sens, la synthèse de la jurisprudence européenne, apparaissant à la fin de l'ouvrage, est très efficace.

Sur le plan des constatations, je me permets de citer mon collègue Vincent Gautrais, spécialiste du commerce électronique, qui mentionne à juste titre, selon moi, « que le commerce électronique est encore adolescent ; les faits entourant son développement évoluent très rapidement sans que l'on ne mesure encore tout à fait l'ampleur de la révolution communicationnelle que nous sommes en train de vivre. Quant au droit, il tente, avec un succès assez mitigé, fort de ses lois, de ses jurisprudences, de ses normes de plus en plus nombreuses, d'encadrer le tout ;

plus exactement, il essaye de donner une certaine impression d'encadrement »⁽³⁾. La tendance des législateurs, tant européens que canadiens, vise à assurer aux utilisateurs du commerce électronique davantage de confiance sans toutefois réussir à accomplir pleinement leur rôle. Ainsi, le droit, avec ses sources usuelles (conventions, usages, lois, jurisprudence), tente avec un succès assez limité d'encadrer adéquatement ce secteur, qui prend de plus en plus de place. Sachant que le commerce électronique évolue dans un monde virtuel sans frontière, on assiste, ici comme ailleurs, à une incapacité réelle des autorités gouvernementales et des commerçants d'arriver à un encadrement juridique efficace face aux nombreux défis qui sont posés par ce type de transactions. Il y a bien quelques initiatives d'uniformisation du droit dans ce secteur, mais elles sont nettement insuffisantes. Il y a donc lieu de se demander si nos institutions sont réellement efficaces et si elles ne devraient peut-être pas se remettre en cause.

D'une façon plus spécifique, mentionnons que la réglementation européenne sur la protection des données nous apparaît particulièrement novatrice et pourrait certainement influencer les législateurs canadiens et québécois à travailler sur des projets de loi plus contraignants, compte tenu de la valeur commerciale et de l'importance de l'exploitation des données personnelles « collectées » sur la toile informatique.

En terminant, nous souhaitons qu'à l'avenir les auteurs envisagent une couverture plus large des sujets visés par le commerce électronique, ce qui permettrait à cet ouvrage d'être encore plus utile... Le défi est donc lancé aux auteurs de se lancer dans l'écriture d'une seconde édition !

Guy Lefebvre
Membre distingué de l'Ordre d'excellence en éducation du Québec
Avocat émérite au barreau du Québec (Ad. E.)
Professeur titulaire, faculté de droit, Université de Montréal
Vice-recteur aux affaires internationales et à la francophonie

(3) V. GAUTRAIS, « Préface », in A. ELLOUMI, *Le formalisme électronique*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2011.