

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vers la confiance

Poullet, Yves

Published in:
Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y 2001, 'Vers la confiance: vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace', *Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux*, numéro 141-142, pp. 1-8.

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.

LAMY DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RÉSEAUX

ÉDITION 2001

N° 141 – Novembre 2001

SUPPLÉMENT AU BULLETIN D'ACTUALITÉ N° 141 DU LAMY DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RÉSEAUX
Cahiers du Lamy droit de l'informatique et des réseaux

C.R.I.D./C.Doc

G
19 DEC. 2001

Vers la confiance : vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace

Première partie

1. Le propos est ambitieux : on s'interroge sur l'existence d'une conception

proprement européenne de la réglementation d'Internet. Il se doit d'être

modeste : les réflexions qui suivent constituent le résultat d'une lecture personnelle d'un amas disparate de textes et de décisions officielles des instances européennes. Aucune de ces instances n'a indiqué le « fil rouge » de leur compréhension (1). Ces réflexions n'ont donc d'autre ambition que de susciter le débat et, sans doute, précisément d'aider à la définition d'une politique européenne, clairement affirmée.

2. Ma première considération s'attache à l'étendue de l'intervention européenne. La caractériser ne suffit pas, il faut encore, dans les divers domaines de cette intervention, décrire sa particularité, son originalité (1). Si les interventions législatives européennes se multiplient, marché unique oblige, plus impressionnant encore est le souci des instances européennes de mettre en place des mécanismes qui favorisent au-delà de textes législatifs

Sommaire

Vers la confiance : vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace

par Yves POULLET 1

Le règlement de Bruxelles et la problématique de la détermination du tribunal compétent dans le cadre d'un litige transfrontalier sur Internet

par Sandrine MUNOZ 13

« La guerre contre les moteurs a commencé » ; commentaire du jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 5 septembre 2001

par Arnaud DIMEGLIO 17

Lamy

communs, l'harmonisation complète de l'interprétation et de la mise en œuvre de ces derniers. Bref, la mise sur pied d'un système juridique commun et complet des services de « la société de l'information ». Cette volonté de la société de l'information ne met-elle pas à mal le principe de « subsidiarité », pourtant pilier de la construction européenne (II).

Le III envisage à l'inverse, la manière dont l'Europe aborde la défense de ses conceptions vis-à-vis des pays tiers, en particulier des États-Unis. A cet égard, est soulevé le délicat problème du maintien d'une « souveraineté » européenne dans le contexte du réseau global que constitue Internet.

Enfin, est évoqué l'approche européenne vis-à-vis de l'auto-régulation ou autorégulation. Dans quelle mesure, à travers les textes européens en la matière, ne voit-on pas se profiler une approche proprement régionale de la valeur normative des multiples systèmes d'auto-régulation mis en place par la pratique ?

I - Quelques caractéristiques de l'intervention réglementaire européenne

3. L'intervention réglementaire européenne s'est manifestée dans les trois domaines clés du développement des services de la société de l'information, à savoir la réglementation des opérateurs et des opérations du commerce électronique, la protection des libertés individuelles susceptibles d'être mises en cause par ce développement et, finalement, la protection des droits de propriété intellectuelle et voisins existant le cas échéant à propos du contenu de tels services (B), cette intervention réglementaire, est utile de la caractériser de manière plus globale tant quantitativement que qualitativement (A).

A. Remarques générales

4. A cet égard, on relèvera tout d'abord qu'aucune matière n'échappe à la compétence européenne. Des matières comme la signature électronique, la protection des investissements intellectuels ou la sécurité des moyens électroniques de

paiement ressortissent à l'évidence à la compétence européenne, visant à la construction d'un marché européen unique. L'intervention européenne en matière de protection des libertés, désormais amplement justifiée par l'adoption de la Charte européenne des libertés individuelles (2), ne trouvait auparavant qu'indirectement une justification dans la mesure où le maintien de régimes juridiques différents risquait de créer des barrières aux flux intra-européens ou conduisait à des distorsions réglementaires propices à l'établissement d'un service de la société de l'information dans un Etat plutôt que dans un autre.

Cette justification indirecte par la libre circulation des services ou par la liberté d'établissement conduisit l'Europe à intervenir y compris dans des matières de criminalité informatique, ainsi pour la protection des mineurs et de la dignité humaine (3), au-delà des compétences strictes reconnues par le « 3^e pilier » du Traité d'Amsterdam (4). En ces matières, il est souligné que l'absence d'intervention européenne risquerait de conduire à l'adoption de mesures nationales différentes introduisant des distorsions de concurrence entre pays. Ainsi, des obligations de mise sur pied de « hot lines », de systèmes de filtrage ou de stockage des données d'utilisation des services pourraient être introduites par certains pays et non d'autres. Cette constatation explique une multiplication des interventions réglementaires européennes : dans les seuls domaines spécifiques du multimédia et du commerce électronique, une société de consultance (5) a relevé pas moins de 48 initiatives (directives, recommandations, communications) abouties ou en voie d'achèvement, depuis la fameuse directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique jusqu'à celle sur l'harmonisation des règles à propos de la facturation à des fins de T.V.A. en passant par la Communication et décision-cadre du 28 mai 2001 sur la lutte contre la fraude et la contrefaçon de moyens de paiements non cash ou la proposition introduite par la Commission le 12 décembre 2000 en ce qui

concerne « la mise en œuvre du nom de domaine générique « eu » ».

5. Si le nombre d'interventions est à relever, on soulignera plus encore la rapidité des procédures d'adoption suivies par les directives et les courts délais de transposition imposés aux Etats membres. Lorsqu'on connaît les multiples embûches qui parsèment le parcours du combattant suivi par l'adoption d'une directive (6), on peut considérer que les 18 mois qui ont été nécessaires à l'adoption d'une directive aussi importante que celle relative à certains aspects du commerce électronique relève de l'exploit (7). Le délai de transposition des directives en la matière est souvent de 18 mois (8) et non des trois ans habituels. On ajoutera que nombre de directives prévoit dans leurs textes même ou en préambule des mécanismes de révision dont certains à court terme (9).

6. Le souci de répondre rapidement aux besoins du marché et de son développement explique assurément la hâte des instances européennes, en particulier de la Commission, qui n'hésite pas à recourir à des mécanismes plus rapides et sous son contrôle exclusif lorsque le besoin s'en fait sentir. Ainsi, la Commission utilise la voie de la recommandation accompagnée d'une menace de directive en cas de non suivi des dispositions de cette dernière est utilisée par la Commission (10). En toute hypothèse, il s'agit d'aller vite... au risque d'aller trop vite et de ne point toujours peser les impacts des décisions prises et l'évolution pourtant parfois prévisible des contextes technologiques (11).

B. Des domaines de l'intervention européenne et de ses caractéristiques

a) En ce qui concerne les opérateurs et opérations du commerce électronique ou comment assurer la confiance ?

1. Les directives de base

7. Deux directives mettent en place les principes fondamentaux et généraux propres aux acteurs et opérations du commerce électronique : la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique du 8 juin 2000 (12) et celle sur la protection juridique des

signatures électroniques du 13 décembre 1999 (13).

Sans prétendre être exhaustif, relevons quelques uns de leurs principes. On notera à propos des acteurs que l'accès au marché des opérateurs de services de la société de l'information (14) qui ne peut être soumis à des conditions supplémentaires à celles déjà existantes pour l'offre non électronique des mêmes services. Notons toutefois que les opérateurs de services de certification de signature électronique pourront être soumis à des conditions d'interopérabilité et au contrôle du respect de certaines conditions s'ils entendent que les signatures à l'appui desquelles ils émettent des certificats puissent être dotées d'une valeur probante particulière. Ce principe du libre accès est seulement tempéré par des obligations accrues de transparence, juste contrepartie de l'absence de « face à face » de l'offre et de la demande sur Internet. Ainsi, on priera le prestataire des services de la société de l'information de déclarer son identité, sa localisation, le moyen de l'atteindre et on l'astreindra à rendre accessible directement et par des moyens aisés les conditions, codes de conduite et autres auxquels il accepte de se soumettre.

8. A propos des opérations du commerce électronique, un premier principe est l'obligation faite aux Etats membres de ne point discriminer directement ou indirectement les opérations du commerce électronique par des prescrits légaux affectant la valeur, l'efficacité ou la force contraignante de l'utilisation de l'électronique, et ce à quelque stade de l'opération (15). Ce principe de non discrimination vaut également pour la signature électronique et on ajoute même que l'équivalence de valeur juridique de la signature électronique à celle de la signature manuscrite peut même être obtenue sous certaines conditions.

Ce principe est tempéré par l'exigence de considérer la transaction électronique comme le résultat d'une procédure à diverses étapes afin d'assurer que le consentement auquel elle aboutit soit éclairé, complet et certain. Si on constate particularité de la transaction électronique, c'est bien dans

cette découpe temporelle des étapes aboutissant au consentement juste contrepartie aux risques qu'une technologie de l'instantanéité utilisée entre contractants « à distance » fait courir.

9. Comment ne pas voir à travers ces diverses dispositions, la naissance d'un droit des contrats européen ? Certes, les instances européennes s'en défendent et soulignent à plaisir que leur intervention est limitée, dictée par la loi de subsidiarité. Récemment, cependant, la Commission a lancé un débat concernant le droit européen des contrats (16). La Commission, y lit-on, « se demande en particulier si le bon fonctionnement du marché intérieur peut être entravé par des problèmes liés à la conclusion, à l'interprétation et à l'application des contrats transfrontaliers ». Poser la question, n'est-ce pas déjà y répondre... C'est ce que pense le Parlement européen lorsque dans sa résolution du 16 mars 2000 concernant le programme de travail de la Commission pour 2000, il déclare : « une harmonisation plus poussée dans le domaine du droit civil est devenue essentielle dans le marché intérieur » (17).

2. En ce qui concerne quelques aspects ou opérations spécifiques

10. L'Union Européenne complète le cadre proposé par les deux directives analysées ci-dessus par des dispositions, d'une part, relatives à la protection des consommateurs et d'autre part, concernant la soi disante monnaie électronique.

11. A propos des premiers, la conviction européenne que le développement de la société de l'information implique obligatoirement la confiance des consommateurs (18) a justifié tant des affirmations de principes, telles la Résolution du Conseil de l'Europe du 19 janvier 1999 à propos de la dimension « consommateurs » de la Société de l'information, véritable charte des droits du consommateur-internaute (19), que l'adoption de textes ayant une valeur normative plus directe. On note, à cet égard, la directive sur les contrats à distance du 20 mai 1997 qui étend au monde du commerce électronique, une série de droits impératifs affirmés pour toute

transaction conclue à distance et oblige l'offreur de services à émettre sur « support durable », la trace des transactions opérées par voie électronique (20). On attend de même, incessamment, une directive à propos de l'offre à distance des services financiers (y compris services d'assurance) visant des consommateurs (21) entre autres élargissant notablement les obligations de transparence et d'information, les délais de réflexion et de renonciation et prévoyant des mécanismes efficaces et adéquats de plaintes et de solution des litiges. Parmi ces services, la mise à disposition de services de paiement à distance, ce qui introduit le second sujet.

12. Le second sujet, ayant fait l'objet d'une intervention normative importante des instances européennes est en effet, nous l'avons dit, la monnaie électronique (22), autre élément indispensable pour assurer le développement du commerce électronique (23). Les communications et recommandations de la Commission européenne du 9 juillet 1997 ont déjà été évoquées (supra n° 6). Elles instituent en particulier, outre des devoirs d'information sur l'utilisation du moyen de paiement et ses conséquences, des règles claires de répartition de responsabilités entre émetteur et utilisateur du moyen de paiement, en cas de vol, fraude, perte ou erreur et des mécanismes efficaces de règlement des litiges. Des directives sont adoptées ou en chantier. Deux directives du 18 septembre 2000 visent, d'une part, à harmoniser les réglementations nationales relatives aux institutions de crédit en élargissant le nombre d'institutions aptes à émettre de la monnaie électronique (24) et, d'autre part, à contrôler les opérations de ces institutions. Il s'agit de s'assurer de la stabilité et de la robustesse des émetteurs de moyens de paiement tout en distinguant différents régimes suivant l'importance des risques liés au type de moyens de paiement émis.

Au-delà de ces initiatives, on ajoutera la volonté des instances européennes de lutter contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement non liquides, en particulier par des mesures préventives (25).

b) En ce qui concerne les droits de l'Homme et libertés fondamentales : une difficile équation entre « libertés » et « sécurité » du réseau.

13. L'Europe comme les États-Unis reconnaissent la liberté d'expression comme une valeur fondamentale du réseau Internet. Ces deux régions du monde sont cependant confrontées à la nécessité de fixer certaines limites à cette liberté lorsque l'exercice abusif de celle-ci nuit à autrui par des contenus illégaux ou dommageables. Entre les réponses proposées par l'une et l'autre des deux régions, il y a quelques nuances qu'il importe de souligner.

Cette différence d'approche est plus perceptible encore lorsqu'on envisage le problème de la protection des données personnelles. L'Union européenne comme en témoigne la directive du 24 octobre 1995 accorde au sujet une importance fondamentale alors que les États-Unis se refusent, sous réserve de certaines lois spécifiques, à légiférer en la matière. La multiplication des risques d'atteinte à la vie privée que provoque l'utilisation des réseaux modernes de communication a conduit les autorités européennes à proposer une nouvelle initiative législative. Comme en témoignent diverses déclarations récentes, l'Europe a répété qu'elle estime que la protection des données personnelles est « l'enjeu clé du développement de la société de l'information » (26). Le second point examine donc la particularité de l'approche européenne tant à propos de la liberté d'expression (1) qu'à propos de la question de la protection des données personnelles (2).

1. *Le délicat équilibre entre la liberté d'expression et d'autres valeurs fondamentales dans les textes européens*

14. La mise en place de toute censure sur Internet est au centre des préoccupations européennes. En témoignent les articles 14 et 15 de la directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique, qui, sur le modèle américain (27), limitent strictement la responsabilité des intermédiaires à raison des contenus hébergés et les exonèrent de toute obligation de contrôle préventif de ceux-ci.

15. Si le principe de la liberté d'expression est clairement posé, la nécessité de lutter contre les contenus illégaux ou dommageables, en particulier la pornographie infantile, devait amener l'Union européenne à définir comment elle opérait la balance entre la liberté d'expression et les autres valeurs mentionnées par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est à travers de multiples textes (28) que se définit cette mise en balance : le livre vert de 1996 suivi par la Recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur le développement de la concurrence de l'industrie de l'audiovisuel et des services d'information par la promotion de systèmes nationaux destinés à assurer un niveau comparable et effectif de protection de mineurs et de la dignité humaine, recommandation qui a fait l'objet d'une évaluation récente (29) ; ensuite la communication du 16 octobre 1996 sur les contenus illégaux et dommageables sur Internet suivie par une décision du Conseil et du Parlement du 25 janvier 1999 « adoptant un plan d'action pluriannuel pour promouvoir une utilisation sûre d'Internet en combattant les contenus illégaux et dommageables sur les réseaux globaux » ; enfin, la décision du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pornographie infantile sur Internet.

16. On peut résumer la position européenne comme suit. Certes les premiers textes adoptés dans la foulée des décisions américaines suite à la déclaration d'inconstitutionnalité du *Decency Act* se réfèrent exclusivement à l'autorégulation et aux développements technologiques pour assurer le développement d'un « réseau sûr ». Progressivement, et sous réserve de ce qui sera dit plus avant (*infra*, n° 41 et s.), l'intervention de l'Etat se fait plus pressante, tout d'abord, par un encadrement de l'autorégulation (30), ensuite, en instituant une coopération maximale entre opérateurs d'Internet et autorités publiques dans la mesure où les textes imposent aux premiers l'obligation de garder préventivement trace des utilisations de chacun (31) et, enfin, par l'obligation mise à charge des intermédiaires de mettre sur pied leur propre système de contrôle en ce qui

concerne en tout cas la pornographie infantile (32).

17. Les récentes discussions menées en Europe (33), à la suite de l'adoption en décembre 2000 par le Conseil de l'Europe d'un projet de convention sur la cybercriminalité, attestent que la tendance relevée à propos des messages relatifs à la pornographie infantile, c'est-à-dire une liberté d'expression sous un contrôle *a posteriori* effectif né de la coopération imposée entre pouvoirs publics et privés visera désormais l'ensemble de la criminalité informatique (atteinte à la protection des données, délits économiques comme sabotage, accès non autorisés, atteinte à la propriété intellectuelle, « cybersquatting », messages diffamatoires, racistes ou xénophobes).

2. La protection des données personnelles

18. Le Livre vert relatif à la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, plus connu sous le titre de « 99 Review » mettait en évidence l'absolue nécessité de revoir la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 sur le traitement des données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, et ce au vu des risques additionnels créés par le développement technologique.

Il s'agissait pour l'Europe de maintenir l'exigence d'un « haut degré de protection des données personnelles », considérée comme une absolue nécessité pour assurer la confiance des utilisateurs vis-à-vis des développements de la société de l'information (34).

19. La proposition de la Commission (35) élargit la protection particulière offerte non seulement aux réseaux téléphoniques mais aussi à tous les réseaux mobiles, satellitaires ou de cablo distribution. Elle impose des devoirs renforcés vis-à-vis de tous les prestataires de services de communications électroniques offertes au public, en particulier de sécurité et de confidentialité. En matière de traitement de données de trafic et de localisation, elle limite fortement le droit des prestataires à les traiter sauf consentement de l'utilisateur, prescrit à l'égard de ces derniers des devoirs

d'information et, enfin, met sur pied, en ce qui concerne du moins les communications par e-mail non sollicitées, un système d'*opt-in* (36). Enfin, la Commission se réserve le droit d'imposer des normes techniques en ce qui concerne les équipements terminaux si elle devait constater des pratiques « privacides », notamment par l'utilisation de traitements invisibles (37).

c) En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle et les droits voisins : de l'affirmation aux doutes

20. L'analyse des tendances européennes en la matière révèle une hésitation entre deux volontés : celle, d'une part, d'assurer une protection maximale de l'investissement et cela au-delà du domaine traditionnel protégé par le droit de la propriété intellectuelle ; celle, d'autre part, de maintenir un système juridique de protection conforme à la façon dont les paradigmes traditionnels du droit de la propriété intellectuelle assurent une balance équitable entre les intérêts, d'une part, des « auteurs » ou de leurs « ayant droits » et, d'autre part, des utilisateurs de l'œuvre voire de la communauté en général.

21. La directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996 participe certes de la première tendance. Elle crée un droit « *sui generis* » à la protection pour des bases de données dont il est reconnu qu'elles ne peuvent être objet du droit d'auteur. On sait combien la littérature américaine s'est insurgée contre cette déviance européenne qui protège clairement l'investissement et non plus la création intellectuelle.

Même tendance présente dans la directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 sur la protection juridique des services d'accès conditionnel comme la télévision payante mais également tout service multimédia accessible sur la base d'une autorisation individuelle et dont l'accès est protégé par des systèmes techniques tel l'encryptage. La directive prévoit indépendamment de toute protection légale du contenu ainsi réservé que les mesures techniques de protection constituent en elles-même un objet digne de protection. Ainsi, la protec-

tion technique devient source d'une protection juridique d'une œuvre en elle-même non nécessairement protégeable légalement et permet d'assurer le contrôle de l'accès à l'œuvre (38).

22. A l'inverse de cette tendance qui satisfait certes les lobbies des prestataires de services de la société de l'information et, de manière plus vaste, les promoteurs du marché de l'édition électronique, d'autres textes se révèlent plus soucieux de l'intérêt d'une meilleure circulation des œuvres et programmes. Ainsi, une résolution du Parlement européen en date du 22 octobre 1998 prône clairement le soutien aux logiciels libres et aux plates-formes ouvertes et interoperables (39). Plus récemment, on souligne que la directive du Parlement et du Conseil, adoptée le 9 avril 2001 (40) à la suite de débats longs et difficiles, directive sur les droits d'auteur et droits voisins dans la Société de l'information a finalement repris le droit des États membres de prévoir des exceptions aux monopoles de l'auteur (droit de reproduction ou de communication au public). Ces exceptions certes proposées de manière optionnelle, peuvent être justifiées par l'utilisation privée, le bénéfice d'institutions publiques d'éducation, l'utilisation à des fins de recherche, de citation, de journalisme, etc. La directive limite dans le même sens la protection que pourraient apporter des mesures techniques (41).

Il reste, il est vrai, à chaque Etat à inscrire dans sa législation nationale de telles réserves et d'assurer ainsi que la balance traditionnelle que les législations relatives au droit d'auteur garantissent entre les intérêts légitimes des créateurs (ou de leurs ayant droit) et ceux de la société au profit de certains acteurs comme la recherche, l'éducation, la presse, etc.

23. Les limites de la protection des contenus de l'Internet ainsi tracées, c'est très légitimement que les instances européennes adoptent les mesures nécessaires pour une protection judiciaire plus efficace par une meilleure coopération entre les administrations en charge de la détection et

de la répression des actes de piratage ou de contrefaçon (42).

II - Les mécanismes mis en place pour l'Europe pour assurer une unification la plus complète possible des systèmes juridiques nationaux et de leur application

24. Il est trivial d'opposer à la globalité d'Internet l'existence de multiples sphères juridiques nationales. Cette multiplicité des ordres juridiques nuit au développement de la société de l'information. Elle crée pour le prestataire dont le service peut être atteint à quelques points du globe une incertitude quant à la législation susceptible d'être invoquée par l'internaute - consommateur ou simplement contractant ; pour ce dernier, elle multiplie les difficultés administratives d'un recours et diminue les chances d'une exécution rapide et effective des décisions le cas échéant rendues.

Ces constatations ont conduit les instances européennes à développer à la fois une politique éditoriale d'unification présentée au chapitre I et au-delà, des procédures qui visent à prévenir des distorsions de contenu entre systèmes juridiques. Il s'agit de contrôler préventivement la production législative nationale et de limiter la marge de manœuvre nationale. Ce point sera analysé dans le point I de ce chapitre.

25. A cette politique qui vise le cadre juridique de référence, il faut ajouter, ce sera le point II de ce chapitre, les initiatives européennes tendant à favoriser la création d'un espace juridictionnel unique qui garantisse une mise en œuvre aisée du respect des règles établies. Trois points seront soulignés à ce propos :

- la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères ;
- la coopération administrative entre États membres ;
- enfin, la promotion de systèmes extra-judiciaires de résolution des litiges.

A. De l'arrêt « Cassis de Dijon » aux directives « Transparence » et « Commerce électronique » (43)

26. Depuis le fameux arrêt Cassis de Dijon (44), on peut résumer comme suit la jurisprudence traditionnelle de la Cour de Justice des Communautés en ce qui concerne les divergences entre réglementations des Etats membres et la création d'un marché unique :

- La Cour considère de manière positive l'existence de systèmes juridiques divergents considérés comme un élément de concurrence, nécessaire à la dynamique d'un marché unique européen ;
- en particulier à travers le principe dit « d'équivalence », la Cour a dégagé du Traité, dans un certain nombre d'arrêts portant sur des faits plus ou moins analogues (interdiction par un Etat membre de l'importation d'un service ou d'un produit pour non conformité à la réglementation du pays d'importation ou non agrément de ceux-ci selon les règles du droit de ce pays) un principe applicable aussi bien au commerce de marchandises qu'à la fourniture de services ou encore à l'exercice d'une activité professionnelle dans un Etat membre autre que celui d'origine. Ce principe interdit aux autorités nationales d'imposer des exigences matérielles ou des mesures de contrôle dont l'effet est équivalent à celui de l'action déjà déployée par l'Etat membre de provenance de la marchandise, de la personne ou du service concerné ;
- cependant, des limites (45) sont posées aux divergences admises par application de la règle dite « de raison ». Ainsi, les Etats membres peuvent intervenir et restreindre l'importation ou la conditionner lorsque les exigences réglementaires posées par l'Etat d'importation satisfont aux conditions de nécessité, de causalité et de proportionnalité (46) vis-à-vis des objectifs déjà, en ce qui concerne certains, énumérés par l'arrêt Cassis de Dijon par la suite complétés par d'autres décisions : l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la loyauté des

transactions commerciales et la défense des consommateurs.

C'est donc face aux entraves admises aux conditions visées ci-dessus que l'action européenne d'harmonisation se justifie. Cette harmonisation européenne peut s'opérer par des mécanismes de reconnaissance mutuelle, être minimale (favorisant des mesures nationales plus strictes), optionnelle (laissant aux Etats membres diverses options) ou totale.

27. Les diverses mesures d'harmonisation citées au I attestent que concernant la réglementation des services de la société de l'information, l'Union européenne a, considéré qu'étaient nombreuses les possibilités d'entraves susceptibles d'être justifiées par la règle de raison alors qu'elle estime absolument nécessaire la création d'un marché des services de la société de l'information ou de communication électronique fonctionnant sur des règles plus ou moins identiques. Cette conjonction d'arguments explique la multiplication des interventions européennes et, de ce fait, on comprendra que si certaines des mesures d'harmonisation citées se réfèrent à des mesures minimales (47) ou optionnelles (48), la plupart sont totales (49).

Au-delà de cette multiplication de textes dits d'harmonisation, l'Europe met en place des mécanismes visant à prévenir la divergence des systèmes juridiques lors de l'adoption de nouvelles réglementations dans les pays membres. Il s'agit de prévenir des actions réglementaires nationales en matière de services de la société de l'information qui risqueraient de créer des entraves mais également par cette analyse préventive, de détecter le cas échéant des zones où l'harmonisation est nécessaire et d'agir le cas échéant.

La directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 sur la transparence (50) est à cet égard remarquable. Considérant que l'harmonisation des règles en matière de services de la société de l'information décriée *a priori* par les instances communautaires est trop risquée voire prématurée, la directive met en place un système de contrôle et de coordination communautaire de toute initiative nationale

en la matière. Il s'agit par là d'éviter la fragmentation du marché interne, des incohérences réglementaires ou une frénésie réglementaire qui freinerait le développement de la société de l'information.

Ainsi, la directive impose aux Etats membres de soumettre tout avant-projet de réglementation relative à un service de la société de l'information, notion définie de manière très large, à une procédure de notification à la Commission. La notification suspend pendant trois mois la procédure nationale. Cette période permet à la Commission et aux autres Etats membres à émettre des commentaires voire des « opinions détaillées » (ces derniers ayant force obligatoire vis-à-vis de l'Etat membre ayant pris l'initiative) sur tout aspect de l'initiative prise qui peut avoir un effet sur la libre circulation des services ou le libre établissement des opérateurs de tels services.

L'émission de telles « opinions » prolonge la suspension. La Commission a également le droit de prolonger la suspension en invoquant l'existence d'une proposition réglementaire communautaire.

La directive dite « commerce électronique » va plus loin encore. Son article 3 affirme le principe selon lequel les opérateurs de services de la société de l'information sont soumis à la réglementation et au contrôle des Etats sur le territoire duquel ils sont établis (51). Leur conformité à cette réglementation leur autorise à offrir le service dans toute l'Union européenne.

Les autres Etats membres ne pourront s'opposer à une telle offre que pour des raisons d'ordre public précisées par la directive (52) par des mesures proportionnées (53). La directive ajoute que ces mesures ne pourront être prises qu'après constat de l'absence de prompt réaction de l'Etat d'origine et notification à la Commission qui peut prendre des mesures réglementaires propres pour solutionner la question.

28. Ainsi, progressivement, l'Union européenne non seulement uniformise les règles mais, surtout, par des mécanismes de notification obligatoire par les Etats membres de leurs projets ré-

glementaires, se réserve le droit d'intervenir le cas échéant lorsqu'elle constate qu'une réglementation nationale existante ou en projet, voire la menace de son application, risque de créer un obstacle à la création d'un marché unique européen des services de la société de l'information.

On note à cet égard que ces possibilités d'intervention préventive confèrent à la Commission européenne, une compétence qui jusqu'à présent n'était confiée qu'aux instances juridictionnelles européennes dans le cadre d'un recours *a posteriori* fondé, comme nous l'avons dit (*supra* n° 24) sur la règle de la raison.

Cette intervention légitimée, diront les instances européennes, par les caractéristiques mêmes de l'offre des services *on line*, en particulier leur ubiquité et la possibilité de les délocaliser facilement, soulève cependant la question des limites de l'intervention européenne. Le principe de subsidiarité (54) de l'action européenne dans les domaines ne relevant pas de sa compétence exclusive a été affirmé par les traités récents de l'Union européenne (55). S'il est clair qu'il incombe à ce titre aux instances européennes, en particulier à la Commission, de démontrer le besoin d'une action spécifique au niveau communautaire plutôt qu'au niveau national, régional ou local, cette preuve semble, en matière de services de la société de l'information, bien vite trouvée et l'adéquation des modalités d'intervention communautaire au but poursuivi aussitôt affirmée (56). L'élément « transnational » par essence des activités en matière de tels services apparaît bien en effet comme l'indice de cette plus-value communautaire (57).

Cette harmonisation ainsi légitimée et justifiée, est-elle effective ? La Commission multiplie ses observations, recommandations aux Etats membres lors de l'exercice difficile de transposition par ces derniers des textes communautaires. Ce suivi européen des transpositions suffira-t-il à éviter que demain ne soit détruit le travail d'intégration européenne ?

B. Vers un espace « juridictionnel » européen unique

29. Au-delà de l'uniformisation du droit matériel, objet du point I, l'introduction du chapitre mentionnait trois domaines d'intervention par lesquels l'Europe entendait bien contribuer à un espace judiciaire et au-delà juridictionnel commun. Il s'agit, dans un premier temps, de faciliter la saisie de cours et tribunaux d'autres pays de l'Union européenne et de reconnaître aux décisions prises par ces juridictions, une force exécutoire accrue. Certes, l'intervention européenne en la matière ne s'explique pas uniquement par le développement des opérations *on line* mais il faut reconnaître cependant que le développement du commerce électronique et la multiplication des opérations de caractère transnational qui s'en suit a précipité la réflexion en la matière, tant au niveau européen (58) qu'international (59).

Le règlement du Conseil pris le 22 décembre 2000 (60) sur la juridiction et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale propose quelques modifications de la convention de Bruxelles de 1968. Ainsi, sont précisées les hypothèses où le consommateur peut bénéficier de dérogations au principe de la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur et, surtout, facilitées les procédures d'exécution de la décision étrangère sur le territoire de la partie qui en réclame l'exécution.

Les deux autres domaines d'intervention méritent une analyse plus fouillée dans la mesure où les dispositions européennes visent directement les opérations du commerce électronique.

a) Les modes alternatifs de règlements des litiges : une mode ou un plus ?

30. « L'Europe soucieuse de promouvoir la confiance des consommateurs et par là même de développer le commerce électronique, souligne la nécessité pour les consommateurs de pouvoir régler leurs litiges de manière efficace et adéquate par la voie de procédures extrajudiciaires ou d'autres procédures comparables ».

L'établissement de modes alternatifs de résolution des litiges en matière de consommation fait en effet l'objet de préoccupations européennes depuis une dizaine d'années. Cette préoccupation a été mise en avant notamment dans les documents suivants :

- Le Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique (1993) ;
- la Résolution du Parlement européenne sur la communication de la Commission « plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges (1996) ;
- la Communication de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (1998) ;
- la Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (1998).

Afin d'encourager le développement du commerce électronique et de le rendre effectif tout en assurant un haut niveau de protection des consommateurs, la directive dite commerce électronique vise à garantir de meilleurs moyens de recours par l'utilisation en ligne des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends (61). Dans cette optique, elle impose, par l'article 17 § 1, aux Etats membres de supprimer ou de modifier dans leurs législations les obstacles à cette utilisation (62).

Au-delà de ce premier prescrit qui crée à charge des Etats membres une obligation de résultat, relative à l'ensemble des A.D.R., la suite de l'article 17 prévoit, obligation de moyens, que les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaires en matière de litiges de consommation à appliquer les principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, de l'efficacité de la procédure, de la légalité de la décision, de la liberté des parties et de représentation, dans le respect du droit communautaire. Ces principes sont ceux cités dans la Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux

organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation.

31. La recommandation non obligatoire de la Commission du 4 avril 2001 complète cette première recommandation. Elle précise le principe d'indépendance de l'organe et celui de transparence de la procédure. Elle insiste sur l'effectivité de la procédure qui, à coût réduit, doit permettre une solution rapide et réelle des difficultés rencontrées par les consommateurs (63). Enfin, elle insiste sur la nécessité d'informer les consommateurs des possibilités de recours devant les tribunaux judiciaires et de leur droit d'interrompre à tout moment la procédure extrajudiciaire.

On notera enfin que l'idée de la Commission est de créer un réseau d'organes extrajudiciaires de résolution afin de faciliter les recours transnationaux des consommateurs (64).

Ces initiatives qui prennent place parmi toutes celles classiquement qualifiées d'autorégulation (cf. *infra*, n° 41 et s.) font l'objet par ailleurs d'expériences financées par les instances européennes (65) et ont reçu le soutien souvent enthousiaste de différents forums (66).

b) La coopération administrative

32. Nombre de textes européens réclament une meilleure coordination des actions menées par les administrations nationales (échanges d'informations, relais de plaintes...). Ces administrations nationales jouent en quelques sorte le rôle de guichet

unique vis-à-vis de leurs citoyens lorsque ceux-ci ont quelques démêlés avec des opérateurs ou prestataires de services situés dans un autre pays de l'Union européenne. Au-delà, cette coopération entre administrations conduit, on l'espère, à une application plus uniforme, des textes nationaux pris en application d'une directive communautaire et renforce l'harmonisation de systèmes juridiques. On ajoute que la coordination s'opère sous l'égide de la Commission, ce qui accentue le rôle de celle-ci et le développement d'une politique proprement européenne dans les divers domaines concernés.

33. La directive dite « commerce électronique » est un bel exemple de cette politique européenne. L'article 24 prescrit en effet la coopération entre États membres (avec le concours de la Commission) par la mise sur pied de points de contacts administratifs où les destinataires et prestataires de services de la société de l'information peuvent obtenir des informations sur leurs droits contractuels, les mécanismes de recours et les autorités à contacter le cas échéant.

Même initiative en matière de lutte contre la fraude et la contrefaçon de moyens de paiements non liquides : la décision-cadre du 28 mai 2001 prescrit une coopération administrative et des points de contact nationaux pour une lutte plus efficace contre les fraudeurs ou contrefacteurs (67).

La directive « signature électronique » prévoit la création d'un comité « Signature électronique », composé de représentants des différents États membres, qui aidera la Commission dans la définition des standards et des critères de conformité applicables en la matière. La directive « Droit d'auteur dans la société de l'information » institue de même un comité de contact entre représentants des autorités nationales (68).

On citera encore la récente communication du 6 juin 2001 à propos de la « Sécurité de l'information et des réseaux - Proposition d'une approche politique européenne » qui souhaite la mise sur pied d'un système européen d'information et d'alerte, système fondé sur des relais nationaux.

Enfin, une lutte efficace contre les messages illégaux et illicites plaide pour la création d'un réseau européen de *hot lines* nationales avec échange d'informations et de « best practices » ; visant à promouvoir la coordination des initiatives nationales (69).

(A suivre)

Yves Poullet
Doyen de la Faculté de droit des
FUNDP (Namur),
Directeur du C.R.I.D. des FUNDP,
Professeur à la Faculté de droit de Liège
yves.poullet@fundp.ac.be
<http://www.droit.fundp.ac.be/crid.htm>.

Notes

- (1) A noter cependant quelques documents clés, ainsi la Communication de la commission européenne du 8 décembre 1999 sur une initiative appelée « e-Europe - Une société de l'information pour tous » reprise largement par les conclusions du Conseil européen de Stockholm des 22 et 23 mars 2001.
- (2) Sur cette Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, approuvée au conseil européen de Nice en décembre 2000, lire les Actes des Journées d'études de Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, publiés à la revue universelle des droits de l'Homme, 12, 15 sept. 2000.
- (3) Recommandation du Conseil du 24 septembre 1998 sur le développement de la concurrence dans l'industrie des services européens audiovisuels et de l'information par la promotion des cadres réglementaires nationaux ayant pour but l'adoption d'un service comparable et effectif de protection des mineurs et de la dignité humaine. JOCE n° L 270/48, 7oct. 1998.
- (4) Les dispositions du Traité d'Amsterdam sont en vigueur depuis le 1^{er} mai 1999. A noter que la recommandation reprise à la note précédente ne pouvait dès lors même pas s'y référer.
- (5) Il s'agit de la société namuroise Cullen International Cy., qui depuis cette année est en charge pour la Commission européenne de la construction d'un site web présentant l'ensemble des initiatives réglementaires européennes dans les domaines du multimédia et du commerce électronique (<<http://www.cullen-international.com>>)
- (6) Dans le cadre de cette étude, nous ne pouvons analyser les dispositions prévues par le Traité de l'Union européenne en ce qui concerne l'adoption d'une directive (cf. en particulier, l'article 251 sur la procédure de co-décision). Sur ces dispositions, le lecteur se référera aux nombreux ouvrages de droit européen.
- (7) Dans ce cas spécifique, la proposition de directive de la Commission a été émise le 18 novembre 1998 ; le vote en première lecture du parlement européen, le 6 mai 1999 ; la proposition modifiée de la Commission émise le 1^{er} septembre 1999 a fait l'objet d'un accord politique du Conseil le 7 décembre 1999 et d'une position commune le 28 février 2000. Le vote final par le Parlement en seconde lecture a eu lieu, le 4 mai et la directive adoptée par le Conseil et le Parlement le 8 juin a été publiée le 17 juillet au JOCE.
- (8) La date limite de transposition de la directive e-commerce est ainsi fixée au 17 janvier 2002. Même délai pour la directive sur les signatures électroniques.
- (9) Cf. à cet égard, l'exemple significatif de la directive dite commerce électronique qui prévoit la réévaluation des dispositions sur la responsabilité des intermédiaires et sur les exceptions en matière d'actes notariés et autres ; la directive dite « propriété intellectuelle et droits voisins » prévoit dans son préambule une évaluation de l'impact des dispositions au regard de l'évolution des technologies nouvelles et le maintien des équilibres traditionnels entre la protection des auteurs et la circulation des idées.
- (10) Deux exemples :
- la recommandation (COM(97)353 du 9 juillet 1997) relative aux transactions concernant des instruments de paiement électroniques et en particulier la relation entre l'émetteur et le porteur qui réclame la prise de mesures par les émetteurs et ce avant le 31 décembre 1998 avec évaluation de la mise en œuvre et propositions de directive si cette mise en œuvre est insuffisante et non satisfaisante. Le 20 mars de cette année, la Commission a publié l'étude évaluant cette mise en œuvre (réalisée par le CRID des FUNDP et le Center for Commercial Studies du Queen Mary College de Londres) qui conclut précisément à la non correcte application de la recommandation européenne ;
- la recommandation (COM 2001/310/CE) relative aux « principes à suivre pour la mise sur pied d'organes extrajudiciaires en charge de la solution conventionnelle des litiges de consommation », publiée le 4 avril 2001.
- (11) A cet égard, nous ne pouvons que faire nôtre les réflexions de L. Lessig, *The laws of cyberspace*, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/index.html>>.
- (12) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive dite « commerce électronique ») ; texte reproduit in Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2001, n° 2501.
- (13) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (directive dite « signature électronique ») ; texte reproduit in Lamy, précité, n° 3118.
- (14) On notera que la traditionnelle distinction entre « commerçants » et « professions libérales » et « non commerçants » est, en ce qui concerne les principes fondamentaux, abolie.
- (15) Ce principe obligera à notre sens non point à abandonner le « formalisme » contractuel mais sans doute à rechercher des équivalents fonctionnels aux formalités traditionnelles basées sur le modèle conventionnel du document papier. Cf. à ce propos, D. Gobert et E. Montero, Les contrats conclus par voie électronique, in Le commerce électronique sur les rails, in M. Antoine et alii, Cahier du CRID, n° 19, Bruylant 2001, p. 240 et s.
- (16) Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen concernant le droit des contrats, Bruxelles, le 11 juillet 2001, COM (2001) 398 final. Cette communication se fonde en particulier sur les travaux du groupe dit de Pavie qui a récemment publié l'ouvrage : « *European Contract Code : Preliminary Draft* » (Univ. de Pavie, 2001).
- (17) JOCE n° C. 377, 29 déc. 2000, p. 323. La résolution fait explicitement référence aux changements du contexte technologique pour expliquer ce besoin.
- (18) Cette conviction est rappelée avec force par les commentateurs de la Commission européenne dans sa réponse en date du 21 avril 1999 à la demande de la FTC américaine de réactions académiques et de commentaires publiés suite au rapport de la FTC : « *US perspectives on Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace, US Federal Trade Commission Notice requesting academic papers and public comments* ».
- (19) La Résolution du Conseil des Ministres en charge de la consommation du 19 janvier 1999 reprend un certain nombre de principes, ainsi, notamment celui de la transparence et du droit de recevoir une information suffisante et fiable avant et après la transaction ; celui de la non discrimination dans l'accès aux produits et services et de l'attention aux consommateurs vulnérables ; celui de la distribution équitable des risques et des responsabilités ; celui de la participation des organisations de consommateurs dans la

protection des intérêts des consommateurs ; celui de l'information et de l'éducation des consommateurs, aptes à les rendre capables de développer des savoir-faire appropriés...

(20) Sur cette notion importante, lire M. Demoulin, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », REDC, 2000, p. 361 et s.

(21) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/71/CE et 98/27/CE.

(22) Notion définie comme suit par la directive du Parlement et du Conseil (2000/28/CE) du 18 septembre 2000 modifiant la directive 77/780/CE sur la coordination des lois, règlements et dispositions administratives relatives au démarrage et à la poursuite des activités des institutions de crédit. « *Monetary value as represented by a claim on the issue which is : stored on an electronic device ; issued on receipt of funds of an amount not less than the monetary value issued ; accepted as means of payment by undertakings other than the issuer.* »

(23) Cf. Communication de la Commission sur le commerce électronique du 16 avril 1997 (COM(97) 157) : « Une initiative européenne en matière de commerce électronique ». La Commission notait que le commerce électronique ne se développerait pas « sans des moyens de paiement électronique robustes, conviviaux, efficaces et sûrs ».

(24) On peut songer aux opérateurs de réseaux téléphoniques, voire même plus largement aux distributeurs de biens ou services. On ajoute que dans la communication sur le commerce électronique du 18 avril 1997 déjà citée, la Commission européenne avait insisté sur l'importance d'assurer une parfaite concurrence entre les émetteurs traditionnels et les nouveaux entrants.

(25) A cet égard, voir les trois documents suivants :

- Communication de la Commission européenne du 1^{er} juillet 1998 : « Un cadre d'action pour combattre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement non liquides ».

- Décision cadre du Conseil européen du 28 mai 2001 portant le même titre que le premier document cité.

- Communication de la Commission (COM(2001)11) du 9 février 2001 : « Prévenir la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement non liquides ».

(26) Il est remarquable de constater que les sondages américains confirment amplement ce sentiment des instances européennes. Ainsi, les américains interrogés affirment que les risques liés à l'utilisation de leurs données personnelles constituent l'obstacle majeur à une plus large utilisation des services d'Internet.

(27) A propos de l'origine américaine de la disposition européenne et de la comparaison entre les deux textes, lire R. Julia Barcelo, R. et Koelmen K.J., *Intermediary Liability in the e-commerce directive: so far so good but it's not enough*, *Computer Law and Security Report*, 16, n° 4, 2000, 213-239.

(28) Pour un commentaire de ces textes et le débat sur la régulation des contenus sur l'Internet, lire M. d'Udekem-Gevers et Y. Poulet, *Concerns from a European User Empowerment Perspective in Internet Content Regulation*, Communications et Stratégies, Montpellier, 2001, à paraître.

(29) Le 27 février 2001, la Commission européenne a adopté le rapport d'évaluation qui conclut à l'hétérogénéité d'application de la recommandation de 1998.

(30) Ainsi, la recommandation du 24 septembre 1998 déjà citée reprend en annexe « des lignes directrices pour le développement des systèmes nationaux d'autorégulation ».

(31) Cette obligation de garder trace est explicite dans la décision du Conseil du 29 mai 2000. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité adoptée... donne une base légale à cette obligation des opérateurs de services d'information de garder trace des données de trafic et de permettre l'accès aux autorités de police et judiciaire.

(32) Cf. à ce propos, la décision du Conseil du 29 mai 2000 pour combattre la pornographie infantile sur Internet, ce qui, notons-le, est en contradiction avec l'article 15 de la directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique qui exonère les intermédiaires de l'obligation de mettre en place des mesures de surveillance.

(33) Cf. à cet égard, la communication de la Commission du 26 janvier 2001 sur la création d'une société de l'information plus sûre par l'amélioration de la sécurité des infrastructures d'information et la lutte contre la criminalité informatique, suivie par un *public hearing* (7 mars 2001), une discussion en Conseil des Ministres (16 mars 2001) et un suivi au Parlement européen au sein du Comité

« Libertés et droits des citoyens » (19 juin 2001) et des Affaires juridiques (26 juin 2001).

(34) A cet égard, l'avis du Comité économique et social sur les Incidences du commerce électronique sur le marché unique » (OMU) (Doc. 2001/C 123/01, JOCE, 25 avr. 2001) : « La communauté doit accorder la priorité absolue à la protection des données ».

(35) Proposition de la Commission (COM(2000)385) du 12 juillet 2000 pour une directive du Parlement et du Conseil relative aux traitements de données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Cette proposition a fait l'objet d'un premier rapport au Parlement européen, le 19 juin 2001.

(36) Ce point est fortement controversé. Une étude sur les impacts d'un tel choix est attendue.

(37) Les risques liés aux traitements invisibles ont fait l'objet d'une recommandation du Groupe dit de l'article 29 (groupe composé de représentants des autorités de protection des données institué par l'article 29 de la directive 95/47/EC déjà citée) « *Invisible and automate processing of personal data on the internet performed by software and hardware* » (Recommandation 1/99 on Invisible and Automatic Processing of Personal Data on the Internet Performed by Software and Hardware, 23 févr. 1999, W.P. 17, disponible au site <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/d/atapro/wp.does/wp.does.99.htm>.

(38) A ce propos, le lecteur se référera aux travaux de l'atelier consacré à ce thème lors du XXV^{ème} anniversaire du Crid en novembre 1999 et publié sous la direction de Séverine Dusollier, Vers un droit d'accès aux œuvres, Cahier du CRID, n° 18, Bruylant, Bruxelles, 100 pages.

(39) Cette résolution fait suite au Livre vert de la Commission (COM(97)263) du 3 décembre 1997 relatif à la convergence des secteurs des télécommunications, media et technologies de l'information et ses implications pour la régulation.

(40) Publié le 22 juin 2001 au JOCE.

(41) Sur les limites à imposer aux protections qu'apportent les mesures techniques, lire S. Dusollier, Y. Poulet, M. Buydens, Rapport au 3^e colloque « Informatique » de l'UNESCO, disponible sur le site du CRID.

(42) Cf. à ce propos, la résolution du Parlement du 4 mai 2000 faisant suite au Livre Vert de la Commission du 15 octobre 1998 « Combattre la contrefaçon et la piraterie dans le marché unique » et la communication de cette même

Commission en date du 30 novembre annonçant des mesures concrètes pour un tel combat et une proposition de directive d'harmonisation des mesures nationales.

(43) Les développements s'appuient sur l'excellent article de M. van Huffel, « Protection du consommateur et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence », *Revue Ubiquité*, n° 5, 2000, p. 119 et s.

(44) CJCE, 20 févr. 1979, Rec. 1979, p. 649.

(45) M. van Huffel, art. cité, p. 20 et les nombreuses références y reprises.

(46) « Les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » CJCE, 30 nov. 1995, aff. C-55/94, Gebhard, Rec. 1995, p. 14165.

(47) Ainsi, la directive 97/71/CE sur les contrats à distance qui introduit des règles minima, autorise les Etats membres à réglementer les contrats à distance au-delà du seuil minimal établi par la directive.

(48) Ainsi la directive sur l'harmonisation de certains aspects des droits de propriété intellectuelle et des droits voisins dans la société de l'information laisse à chaque Etat membre le soin de fixer les exceptions au droit de reproduction ou de communication parmi une liste fixée par la directive.

(49) Ainsi la directive 99/93/CE sur les signatures électroniques est une directive d'harmonisation totale. Elle comporte en outre une clause « marché intérieur » qui interdit des restrictions à la fourniture de service de certification provenant d'un autre Etat membre.

(50) Il s'agit d'une directive amendant pour la troisième fois la directive 83/89/CE fixant une procédure pour la fourniture d'informations dans le domaine des standards techniques et de la réglementation. A noter qu'au départ, la directive 83/89/CE ne visait que les standards techniques. La directive 98/48 élargit le domaine à l'ensemble des réglementations.

(51) Cet article 3 de la directive ne peut cependant, notent les recommandations pour la 2^{ème} lecture (Parlement européen, 12 avr. 2000, Final

AS-0106/2000, p. 11) être interprété comme une règle de droit international privé. Cependant, note le même passage : « Comme le demandait le Parlement, la position commune ne laisse plus de doute sur la primauté de la directive sur le droit international privé puisqu'elle prévoit que, même si cette directive ne constitue pas en tant que telle une règle additionnelle de droit international privé, l'application de ce dernier ne doit pas avoir pour effet de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information telle que prévue dans la directive. « Sauf dans certains domaines particuliers, pour lesquels des dérogations explicites sont prévues, la directive disposera que les services de la société de l'information sont normalement soumis au droit national de l'Etat membre où le prestataire est établi et que les autres Etats membres où ces services peuvent être reçus ne restreignent pas la libre prestation de services de la société de l'information. La directive appliquera donc le principe de la « reconnaissance mutuelle » des réglementations nationales dans le « domaine coordonné », à savoir « les exigences applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information ». La directive proposée établira des règles harmonisées spécifiques dans les domaines où cela est nécessaire pour que les entreprises et les citoyens puissent fournir et recevoir des services de la société de l'information dans toute l'Union européenne, sans tenir compte des frontières. La proposition s'efforce ainsi de supprimer les barrières causées par les obstacles à la fourniture de service en ligne en se concentrant sur cinq domaines clés ».

(52) Ces raisons d'ordre public sont par ailleurs énumérées limitativement par le texte de la directive.

(53) Sur l'article 3 et son interprétation, lire A. Crucenair, « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahier du CRID n° 19, Bruylant, Bruxelles, p. 41 et s.

(54) « De façon générale, appliqué au domaine institutionnel, le principe de subsidiarité signifie que, dans une entité donnée (Etat ou une fédération d'Etats), le niveau supérieur du corps politique n'agit que lorsque l'action considérée peut être entreprise à ce niveau de manière plus efficace qu'au niveau inférieur au regard de sa

dimension ou de ses effets. Ce principe de bon sens tend à garantir que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens. Une hiérarchisation des méthodes d'intervention paraît s'imposer : le local, le régional, le national, l'européen, sans oublier l'international. Le principe de la subsidiarité se conçoit ainsi comme un principe « gigogne » ». (S. van Raepenbusch, « Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés européennes », 3^{ème} éd. 2001, de Boeck éd., p. 128). Sur ce principe, entre autres, M.A. Gaudisart, « La subsidiarité : facteur de désintégration européenne ? », J.T., 1993, 173-182 ; K. Lenaerts, *The principle of subsidiarity and the Environment in the E.U. : Keeping the Balance of Federation*, *Fordham International Law Journal*, 1994, p. 846 et s., etc.

(55) En particulier par l'article 5, alinéas 2 et 3 du traité de la Communauté européenne : « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». « L'action de la Communauté n'exécède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».

(56) Ainsi, devraient être privilégiés les modes interventionnistes les moins contraignants : par exemple, l'harmonisation « minimale » de préférence à la reconnaissance mutuelle ou à l'harmonisation totale.

(57) ... et ce qui tend à renverser, comme le font les directives « transparence » et « commerce électronique », la présumption de capacité suffisante d'agir à l'échelon national.

(58) En particulier, les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 insistent sur la nécessaire coopération judiciaire en matière civile sur base du Titre IV en vue de la création d'un espace de « liberté, de sécurité et de justice » (SI (1999) 800) .

(59) Cf. à ce propos les travaux de la convention de la Haye sur la juridiction internationale et les jugements étrangers en matière civile et commerciale qui mentionnent expressément l'importance du commerce électronique (cf. à ce propos le document préliminaire n° 12 « *Electronic Commerce and International Jurisdiction*, Ottawa, 28 févr.-1^{er} mars 2000) (travaux et documents disponibles à

l'adresse <<http://www.hech.net/workprog/jdgm.html>>

- (60) Ce règlement (publié au JOCE du 16 janvier 2001) fait suite notamment à une résolution du Parlement européen (*European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (COM(1999) 348-C5-0169/1999 – 1999/0154(CNS)). Le Parlement consulté sur le règlement avait proposé quelques modifications qui n'ont pas été retenues.
- (61) *Alternative Dispute Resolution Mechanisms* selon l'expression anglo-saxonne. En matière d'organes fonctionnant de manière totalement électronique (réception de plaintes, instructions de l'affaire, émission de la sentence) on parle ainsi d'O.D.R. (*Online Dispute Resolution Mechanisms*).
- (62) P. de Locht in « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », in *Le Commerce électronique européen sur les rails ?*, M. Antoine et alii, sous la direction d'E. Montero, Cahier du CRID n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 327 et s. L'article 17 de la directive e-commerce stipule : « Les États membres veillent à ce qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisa-
- tion des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends disponibles dans le droit national y compris par des moyens électroniques appropriés ».
- (63) A cet égard, les recommandations du e-conférence Forum (<<http://www.confidence.jrc.it/default/htm>> créé le 30 mars 2000 par la Commission européenne. A cet égard, le site de la DG SANCO, Organes extrajudiciaires responsables pour la rédaction des conflits de consommation, <http://europa.eu.int/comm/policy/developments/sa-ccc_just/acc_just04_fr.html>.
- (64) Le 5 mai 2000, le Commissaire européen David Byrne annonçait le lancement d'un tel réseau : EEJ Net doublé depuis le 1^{er} février 2001 d'un réseau FIN-NET, spécialisé dans les services financiers.
- (65) Ainsi, ECODIR, projet lancé en 2000 et géré par un consortium composé d'universités (CNRS, CRID-CITA, Univ. de Namur, Univ. De Munster et de Dublin) et d'un opérateur d'ODR (e-resolution).
- (66) Ainsi, les études du *Transatlantic Consumer Dialogue* (T.A.C.D.) : *Alternative Dispute Resolution in the context of the Electronic Commerce, February 2000*, <<http://www.tacd.org/papers/e-commerce/Ecom-12-00.rf.de>> Consumer International : *Consumer International*
- « *Disputes in Cyberspace Online Dispute Resolution of Consumers in cross-border disputes – an international survey* », <http://www.consumersinternational.org/campaigns/electronic/electronic/sumadr-final.html>, p. 3. du GBDE (Global Business Dialog) ; *Alternative Dispute Resolution and e-Confidence, Recommendations*, 24 August 2000.
- (67) Même type d'initiatives proposées par la Commission le 30 novembre 2000 à la suite de son Livre vert. Combattre la contrefaçon et la piraterie dans le marché unique (15 oct. 1998, COM(98)569 final) et la proposition d'une directive à propos précisément d'un cadre général de coopération administrative en la matière (attendue pour début 2002).
- (68) Ce comité de contact est présidé par la Commission. Il a pour but d'encourager l'échange d'information, d'analyser l'impact de la directive et d'organiser des consultations sur toute question relevante.
- (69) Cf. à ce propos la décision du Conseil et du Parlement européen du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel pour la promotion d'une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les contenus illégaux et dommageables sur les réseaux globaux.