

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vers la confiance

Poullet, Yves

Published in:

Le droit international de l'Internet. Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 2002, Vers la confiance: vues de Bruxelles : un droit européen de l'internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace. dans *Le droit international de l'Internet. Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001*. Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 133-176.

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.

**VERS LA CONFIANCE : VUES
DE BRUXELLES : UN DROIT EUROPÉEN
DE L'INTERNET?
QUELQUES CONSIDÉRATIONS
SUR LA SPÉCIFICITÉ DE L'APPROCHE
RÉGLEMENTAIRE EUROPÉENNE
DU CYBERESPACE**

PAR

YVES POULLET

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT (NAMUR)

DIRECTEUR DU C.R.I.D.

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE LIÈGE

Le propos est ambitieux : on s'interroge sur l'existence d'une conception proprement européenne de la régulation 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.

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 (chapitre I^{er}). 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 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 com-

(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.

mun 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 (chapitre II).

Le troisième chapitre envisage à l'inverse, la manière dont l'Europe aborde la défense de ses conceptions vis-à-vis des pays tiers, en particulier des Etats-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, le dernier chapitre évoque l'approche européenne vis-à-vis de l'auto-réglementation 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-réglementation mis en place par la pratique ?

I. – Quelques caractéristiques de l'intervention réglementaire européenne

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 (II), cette intervention réglementaire, il est utile de la caractériser de manière plus globale tant quantitativement que qualitativement (I).

A. REMARQUES GÉNÉRALES

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' ».

(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, 15/9/2000.

(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, J.O., L.270/48, 7/10/1998.

(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>).

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).

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

(6) Dans le cadre de cet exposé, 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 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 *Journal Officiel*.

(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.

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

1. - *En ce qui concerne* *les opérateurs et opérations du commerce électronique* *ou comment assurer la confiance?*

a) *Les directives de base*

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

- 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 »).

(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 »).

(14) On notera que la traditionnelle distinction entre « commerçants » et « professions libérales » et « non commerçants » est, en ce qui concerne les principes fondamentaux, abolie.

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 décliner 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.

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 la particularité de la transaction électronique, c'est bien dans cette découpe temporelle des étapes aboutissant au consentement juste contrepois aux risques qu'une technologie de l'instantané utilisée entre contractants « à distance » fait courir.

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

(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, pp. 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).

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).

b) *En ce qui concerne quelques aspects ou opérations spécifiques*

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 loi disant monnaie électronique.

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 électroni-

(17) J.O., C 377, 29/12/2000, 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 commentaires 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;...

que (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 notoirement 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.

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 communication et recommandation 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 distin-

(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, pp. 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, 97/7/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 1^{er} 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.

quant 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).

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

L'Europe comme les Etats 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 Etats-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 particula-

(25) A cet égard, voy. les 3 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.

rité de l'approche européenne tant à propos de la liberté d'expression (a) qu'à propos de la question de la protection des données personnelles (b).

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

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.

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

(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 KOELMAN, 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. POULLET, *Concerns from a European User Empowerment Perspective in Internet Content Regulation, Communications and Stratégies*, Montpellier, 2001, à paraître.

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

sur les réseaux globaux »; enfin, la décision du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pornographie infantile sur Internet.

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 référent 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).

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 autorisé, atteinte à la propriété intellectuelle, cybersquatting, messages diffamatoires, racistes ou xénophobes).

(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).

b) La protection des données personnelles

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).

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 cablodistribution. 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 «privaticides», notamment par l'utilisation de traitements invisibles (37).

(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, J.O., 25.4.2001) : «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 des 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/dataprot/wp.does/wp.does_99/htm.

3. – En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle et les droits voisins : de l'affirmation aux doutes

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.

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-mêmes un objet digne de protection. Ainsi, la protection 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).

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,

(38) A ce propos, le lecteur se référera aux travaux de l'atelier consacré à ce thème lors du XXV^e 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.

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 interopérables (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 Etats 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 ayants droit) et ceux de la société au profit de certains acteurs comme la recherche, l'éducation, la presse, etc.

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).

(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 *Journal Officiel*.

(41) Sur les limites à imposer aux protections qu'apportent les mesures techniques, lire S. DUSOLIER, Y. POULLET, M. BUYDENS, *Rapport au 3^e colloque « Infoéthique » de l'UNESCO*, disponible sur le site du CRID; <http://www.crid.be>.

(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.

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

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 énergique d'unification présentée au chapitre I^{er} 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.

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 Etats 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)

Depuis le fameux arrêt Cassis de Dijon (44), on peut résumer comme suit la jurisprudence traditionnelle de la Cour de Justice des

(43) Cette partie de l'exposé s'appuie 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, pp. 119 et s.

(44) C.J.C.E., 20 février 1979, *Rec.* 1979, p. 649.

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 natio-

nales plus strictes), optionnelle (laissant aux Etats membres diverses options) ou totale.

Les diverses mesures d'harmonisation citées au chapitre I^{er} 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 décrétée *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

(47) Ainsi, la directive 97/7/CE sur les contrats à distance qui introduit des règles minimales, 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.

(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 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. 14165.

interne, des inconsistances 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 3 mois la procédure nationale. Cette période permet à la Commission et aux autres Etats membres à émettre des commentaires voire des « opinions détaillées » (ces dernières 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 les 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)

(51) Cet article 3 de la directive ne peut cependant, notent les recommandations pour la 2^e lecture (Parlement européen, 12 avril 2000, Final A5-0106/2000, 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.

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.

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 réglementaires, 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 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

(53) Sur l'article 3 et son interprétation, lire A. CRUQUENAIRE, « 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, pp. 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 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'euro-péen, 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^e éd. 2001, de Boeck éd., p. 128). Sur ce principe, entre autres, M.A. GAUDISSERT, « 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, pp. 846 et s., etc.

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

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

(55) en particulier par l'article 5 al. 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'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».

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

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

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.

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

« 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);

(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 fév.-1^{er} mars 2000) (travaux et documents disponibles à l'adresse <http://www.hech.net/e/workprog/jdgm.html>).

(60) Ce règlement (publié au J.O. 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.

- la Résolution du Parlement européen 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^{er}, 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.

La recommandation non obligatoire de la Commission du 4 avril 2001 complète cette première recommandation. Elle précise le prin-

(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. (On line Dispute Resolution Mechanisms).

(62) P. DE LOCHT, in *Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges. 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, pp. 327 et s. L'article 17 de la directive e-commerce stipule : « Les Etats 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'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends disponibles dans le droit national y compris par des moyens électroniques appropriés ».

cipe 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*, chapitre IV, 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).

2. - La coopération administrative

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 quelque 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

(63) A cet égard, les recommandations du e-confidence 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/saacc_just/saacc_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.taecd.org/papers/ecommerce/Ecom-12-00.rtf>.

- 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.

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.

La directive dite « commerce électronique » est un bel exemple de cette politique européenne. L'article 24 prescrit en effet la coopération entre Etats 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 Etats 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).

III. – Les relations avec les pays tiers : une politique de souveraineté : de la politique défensive à une politique plus active

Si à l'intérieur de l'Union, les instances européennes cherchent à créer un cadre réglementaire uniforme afin de garantir le bon fonctionnement d'un marché unique européen du commerce électronique, quelle est leur attitude vis-à-vis de la situation existante, au-delà des frontières européennes ?

Sans doute, et c'est un leitmotiv de leurs discours, les instances européennes sont convaincues de la nécessité de créer un cadre non seulement européen mais mondial du commerce électronique. L'idée de la « Charte globale » d'Internet prônée par le Commissaire Bangemann en septembre 1997 au forum « Interactive Telecom 97 » de l'I.T.U. (70) a été prolongée par de nombreuses discussions, résolutions et débats menés au sein de diverses enceintes européennes (71).

Si cette coordination « globale » est réclamée et justifie l'action des organes de l'Union au sein des instances internationales publiques comme l'OCDE, l'UIT, le G.8., etc., cette volonté ne s'entend pas d'une renonciation de l'Europe à défendre les valeurs auxquelles elle est attachée et de faire ainsi prévaloir une « souveraineté » non plus nationale mais européenne.

Sans doute, la notion de souveraineté est-elle à repenser à l'heure du cyberspace au vu de la dimension globale des réseaux, des

(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.

(70) Le discours de M. Bangemann avait donné lieu à une Communication de la Commission européenne du 4 février 1998 : « Globalisation et Société de l'information : la nécessité d'une coordination internationale renforcée ».

(71) Ainsi, la résolution adoptée le 14 janvier 1999 par le Parlement européen à propos de la communication de la Commission, le débat mené au sein du Conseil des Ministres Télécom., le 30 novembre 1999 : « The I.S. of the future, responding to the challenges of global electronic commerce ». Cette révolution fait suite aux recommandations émises par le Global Business Dialogue (G.B.D.) sur le futur cadre de la politique réglementaire. Plus récemment, au sein du Parlement européen ou plus exactement de la Commission juridique et du Marché intérieur, l'avis sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen. L'organisation et la gestion de l'Internet – Enjeux internationaux et européen (COM (2000) 202 – C5-0263/2000-2000/2140 (COS)).

(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 octobre 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.

acteurs et dès lors des enjeux, dimension que favorisent encore les technologies ? La souveraineté est une manifestation de liberté et d'indépendance par laquelle l'Etat impose la règle à ses nationaux et en exige le respect de la part des autres Etats. L'appartenance d'un individu à un Etat donne à cet individu le droit de bénéficier d'une protection par la législation de cet Etat des garanties et libertés constitutionnelles qui lui sont octroyées tout en lui imposant certaines limites dictées par la considération que l'Etat peut avoir des valeurs essentielles que ce même Etat entend faire respecter. Ces garanties et libertés de même que leurs limites ne peuvent être remises en cause du seul fait que les technologies de l'information et de la communication abolissent les frontières physiques.

Dans le contexte de ces technologies, la souveraineté doit alors être envisagée comme l'obligation positive pesant sur l'Etat et ses juges d'obtenir, y compris vis-à-vis des Etats étrangers et des opérateurs étrangers, le respect de telles valeurs dans leurs relations avec les personnes résidant sur son territoire. S'il y a risque d'invasion, celle-ci ne sera plus physique mais opérera à travers les réseaux comme l'a montré récemment le débat en Europe à propos des pratiques du réseau Echelon d'écoutes des messages satellitaires.

Cette défense de la souveraineté européenne s'opère de diverses manières :

- la première attitude est sans doute défensive : c'est celle notamment du juge français dans l'affaire Yahoo c'est celle du Parlement européen dans l'affaire Echelon. Il s'agit d'interdire certaines pratiques extraterritoriales ou du moins d'en limiter les effets vis-à-vis des citoyens européens, et ce au nom de valeurs sociales jugées primordiales par un Etat donné ;
- la deuxième attitude possible est plus ouverte : il s'agit, sans renier les valeurs européennes, de chercher, sans impérialisme outrancier, dans le respect des systèmes des pays tiers, la protection adéquate des libertés et valeurs prônées par l'Europe. L'article 25 de la directive européenne 95/46 en matière de protection des données personnelles et plus encore l'application récente qui en a été faite dans le cadre des négociations Union européenne / Etats Unis illustrent cette deuxième voie ;
- enfin, une troisième voie est celle de l'entrée des instances européennes dans les organes d'autoréglementation. Cette troisième voie est celle suivie par les instances européennes à propos de

« l'organisation et la gestion de l'Internet », en clair l'entrée de la Commission européenne comme telle dans l'ICANN qui gère l'attribution des noms de domaine au niveau mondial.

A. - L'ATTITUDE NÉGATIVE : LES AFFAIRES YAHOO ET ECHELON

1. - *L'affaire Yahoo*

Sans analyser plus avant la décision et discuter son bien fondé (72), notons simplement que l'ordonnance du vice-président du Tribunal de Grande Instance de Paris enjoint à une Société américaine de prendre les mesures nécessaires pour que les internautes français ne puissent accéder aux pages web d'un site d'enchères hébergé par cette société et présentant à la vente des objets nazis.

Ce faisant, la décision française fait triompher la norme nationale relative à l'interdiction de messages racistes et xénophobes sur le principe de liberté d'expression, affirmé par le premier amendement de la Constitution américaine. En d'autres termes, le cyberspace n'est pas un espace sans lois. C'est le rôle des lois nationales et des juges en application de ces lois de rappeler, au nom de valeurs, que l'Etat considère comme essentielles les limites, certes étroites mais réelles, de la liberté d'expression.

En l'occurrence, on rappellera que la mission d'expertise réclamée par le juge sur les possibilités techniques réelles de bloquer l'accès des sites incriminés pour les citoyens français avait mis en lumière les vertus de l'adresse IP qui permettait dans la grande majorité des cas d'établir la provenance de la requête d'un internaute. Ainsi, la décision « souveraine » d'un Etat peut trouver dans la technologie même un allié permettant d'en assurer l'effectivité. Sans doute, cette effectivité n'est pas absolue mais n'est-ce pas le propre de toute règle de droit !

L'utilisation automatique de l'adresse IP comme révélateur de la provenance de l'internaute était bien connu d'ailleurs de Yahoo, qui, sur cette base, sélectionnait automatiquement la langue utilisée pour les pages web et certaines publicités. Le fait que le juge

(72) Sur cette décision, le lecteur se référera au débat organisé par L. THOMYRE sur son site Juriscom (<http://www.juriscom.net/uni/doc/yahoo.htm>) (janv.-fév. 2001) auquel prirent part P. TRUDEL, J. REIDENBERG, M. GEIST, et l'auteur lui-même.

condamne dès lors Yahoo pour avoir tiré bénéfice de cet adressage sans en même temps en avoir tiré les conséquences quant à la sélection des pages rendues accessibles, remet en cause l'irresponsabilité des hébergeurs vis-à-vis des contenus auxquels ils donnent accès. C'est leur devoir, lorsqu'ils utilisent le nouveau média d'Internet pour promouvoir leurs produits ou services dans un marché national qui n'est pas le leur, de veiller à mettre en place ou simplement utiliser les outils technologiques existants qui garantissent que ne soient pas mises en cause les valeurs essentielles de cet Etat.

2. - *L'affaire Echelon*

Un rapport au Parlement européen publié par le STOA (73) devait en 1998, alerter l'opinion européenne sur l'existence d'un réseau appelé ECHELON, géré par les services secrets anglais, américains, canadiens, néo-zélandais et australiens, capable de capter voire d'analyser l'ensemble ou en tout cas certains des messages passant par des satellites géostationnaires, messages tant téléphoniques que fax, télex ou messages de type Internet.

L'inquiétude suscitée portait tant sur l'atteinte à la confidentialité de messages privés émanant ou reçus par des citoyens européens que ceux économiques d'entreprises.

La réaction européenne se fit attendre dans la mesure où le Royaume-Uni participait au réseau et où d'autres pays développaient des pratiques similaires. Sans doute, les préoccupations économiques et la lutte contre l'espionnage industriel de puissances étrangères vis-à-vis d'entreprises européennes déterminèrent également cette réaction, mais au centre des préoccupations des parlementaires est surtout le rappel des principes de la convention du Conseil de l'Europe sur le droit des Etats d'attenter à la vie privée des citoyens.

Cette protestation amène le Parlement européen (74) à plaider pour une politique européenne indépendante et souveraine en matière de cryptographie, domaine où la dépendance européenne vis-à-vis des Etats-Unis est évidente (75) et au-delà pour un système européen de contrôle sur les activités des services de renseignements.

B. - UNE ATTITUDE PLUS OUVERTE :

LA PROTECTION « ADÉQUATE » DE L'ARTICLE 25 DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE 95/46 EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

En vertu de l'article 25.1 de la directive 95/46, « les Etats membres prévoient que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, ou destinées à faire l'objet d'un traitement après leur transfert, ne peut avoir lieu que si, sous réserve des dispositions nationales, prises en application des autres dispositions de la présente directive, le pays tiers en question offre un niveau de protection adéquat ». Le principe est donc l'interdiction du transfert des données personnelles sauf à démontrer le caractère adéquat de la protection offerte dans le pays tiers.

La directive précise ensuite en son article 25.2, que l'appréciation du caractère adéquat de la protection du pays tiers doit tenir compte de « toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts » et en particulier de différents facteurs, dont certains sont fonction du transfert considéré, tels la nature des données, la finalité et la durée des traitements, les pays d'origine et de destination, et d'autres concernant le niveau de protection dans le pays tiers, comme « les règles de droit générales ou sectorielles en vigueur ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées ».

Le texte de l'article 25 suppose en particulier une approche fonctionnelle, c'est-à-dire que la protection s'évalue tant par rapport

(73) Le STOA (Scientific and Technological Options Assessment) est un département de la direction générale pour la recherche du Parlement Européen. Le rapport du STOA « Appraisal of Technologies Control » se basait notamment sur les travaux de D. CAMPBELL (Working Document for Stoa Panel « Development of Surveillance Technology and Risk of Abuse of Economic Information », Part 4/4 : The State of the Art in communication intelligence of automated processing for intelligence purposes of intercepted broadband multi-language leased or common carrier <http://www.europarl.int/stoa/publi/pdf/98-14-01-2en.pdf>).

(74) Cf. le rapport présenté par G. Schmidt sur l'existence d'un système global de surveillance pour l'interception de communications privées et commerciales (Système d'interception Echelon) au comité temporaire sur le système d'interception Echelon, 18 mai 2001 (PE 305.391).

(75) Voir la Résolution n° 15 proposée par le rapport Schmidt cité note précédente : « Urges the Commission and member States to develop appropriate measures to promote, develop and manufacture European encryption technology and software and above all to support projects aimed at developing user-friendly open-source encryption software ».

aux risques d'atteinte à la protection des données, risques générés par le flux en question, que par rapport aux mesures spécifiques ou générales mises en place par le responsable des données dans le pays tiers pour pallier ces risques.

En effet, la notion de « protection adéquate » induit la confrontation des exigences de protection de la directive avec les réponses données par les pays tiers. Il s'agit de rechercher s'il y a « similarité fonctionnelle ». Cette dernière implique que l'on recherche non la transposition pure et simple des principes et systèmes de protection européens dans le pays tiers, mais bien la présence de tout élément remplissant les fonctions recherchées, même si lesdits éléments doivent être d'une nature différente de ceux que l'on connaît en Europe. Elle permet sans doute un meilleur respect des structures et des caractéristiques juridiques locales qu'un requis de protection équivalente, qui exige une similarité législative complète (76).

En particulier, à propos des instruments de protection mis en place dans le pays tiers, l'article 25 se réfère non seulement aux normes issues de l'autorité publique, qu'elles soient générales ou sectorielles, mais également aux codes de conduite voire aux mesures techniques pourvu que ces instruments soient « respectés ». Ainsi, la personne chargée d'évaluer la protection étrangère sera plus attentive à l'effectivité d'un instrument, qu'à sa nature : ce qui importe, c'est que la connaissance de l'instrument et de son contenu, même s'il s'agit d'une simple « Company Privacy Policy », soit largement répandue parmi les responsables des fichiers et les bénéficiaires dudit instrument; de même, on sera attentif à la possibilité d'un recours des particuliers à l'encontre des responsables de fichiers en cas de non-respect des instruments en question. Enfin, on évaluera soigneusement la qualité de l'autorité en charge du recours, son accessibilité et la transparence de son fonctionnement (77).

(76) Sur la protection « adéquate » ou comment un ordre étatique peut imposer souplement des valeurs aux pays tiers dans la société globale de l'information, voir Y. POULLET et B. HAVELANGE, « Preparation of a methodology for evaluating the adequacy of the level of protection of individuals with regard to the processing of personal data », *Office of Publication of the European Communities*, 1998, Annex to the Annual Report 1998 (XVD/5047/98) of the WG art. 29 of Dir. 95/46/EC.

(77) Cf. sur ces critères, les documents publiés et approuvés par le Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, groupe dit « de l'art. 29 », ainsi le WP 4 (5020/97) « Premières orientations » (juin 97) et le WP 12 (5025/98) « Applying articles 25 et 26 » (juillet 98).

Cette politique mise en place par l'Europe vis-à-vis des systèmes de protection des données des pays tiers est intéressante à plus d'un égard :

- elle a été à la base de la reconnaissance par l'Europe des « Safe Harbor Principles » mis en place aux Etats-Unis, sur l'initiative du Department of Commerce (78);
- elle témoigne – et nous reviendrons amplement sur ce point (cf. *infra*, n° 41) d'une attitude positive de la Commission vis-à-vis de l'auto-réglementation (79);
- enfin, on peut imaginer que l'attitude ouverte permise par le concept de protection adéquate soit étendue à d'autres domaines que la protection des données personnelles. On pense en particulier à celui de la protection des consommateurs.

C. – UNE ATTITUDE « PARTICIPATIVE » :

LA POLITIQUE EUROPÉENNE VIS-À-VIS DE L'ICANN

On connaît l'importance dont bénéficie l'association « non profit » ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) à la fois non seulement dans l'organisation et la gestion des adresses I.P. et des noms de domaine, mais au-delà plus généralement vu les exigences de la convergence, sur les questions de numérotation et l'adressage dans l'ensemble du secteur des communications électroniques.

(78) Le lecteur trouvera les principes sur le site web : <http://www.ita.doc.gov/safeharbor.htm>.

78 organisations ont à la date du 1^{er} juillet déclaré suivre les principes du Safe Harbor.

Sur l'approche américaine v. l'approche européenne, lire C.H. MANN, *European and American Privacy : Commerce, Rights and Justice*, paper présenté à la conférence annuelle de l'Academy of Legal Studies in Business, 11 août 2001, Albuquerque. Pour une analyse plus détaillée des dispositions des Safe Harbor Principles et leur caractère adéquat ou non, Y. POULLET, « Les Safe Harbor Principles : une protection adéquate », disponible sur le site du CRID (<http://www.droit.fundp.ac.be/orid.htm>).

(79) ... dans le cas des Safe Harbor, on s'interroge : s'agit-il d'autorégulation pure ou de corégulation ? La réponse n'est pas facile dans la mesure où le Department of Commerce a joué un rôle dans la mise sur pied des Safe Harbor Principles et joue un rôle dans leur mise en œuvre par la tenue d'un registre des entreprises ayant déclaré leur adhésion, l'effectivité des règles vient entre autres mais certainement de la possibilité de recours devant une juridiction officielle (la Federal Trade Commission).

Ces questions de l'attribution des noms et numéros sont stratégiques (80). De leur réponse, dépend la structuration du réseau. On rappelle qu'au départ, c'est le gouvernement américain qui, en 1998 (81), décida de confier la gestion et l'organisation d'Internet à cette organisation privée.

Les instances européennes réagirent, dès juillet 1998 (82), à ces décisions qui maintenaient sous l'orbite américaine des questions aussi stratégiques pour le développement du réseau des réseaux en réclamant une représentation plus équilibrée géographiquement dans les organes de l'ICANN. Mais à cette première prise de position ne s'arrête pas la revendication européenne. L'Europe milita certes pour que la définition des règles en matière d'octroi des noms de domaine relève de la compétence de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI/WIPO) (83), une organisation publique internationale et joua un rôle important dans l'adoption des règles prises par l'OMPI à ce propos. Au-delà, fortes de la créa-

(80) « Quel est l'enjeu, par exemple, du nouveau protocole IPv6 ? Il faut savoir, pour cela, que la version 4, en cours actuellement, a été développée pour supporter 4 milliards (410⁹) d'adresses dont deux tiers sont aujourd'hui réservées à l'Amérique du Nord, soit à quelque 5 % de la population mondiale. Le nouveau protocole devrait supporter 3,410³⁸ adresses (340 trillions de trillions de trillions) et autoriser la convergence de toutes les technologies de communication (adresses IP actuelles, généralisation d'une téléphonie IP, d'annuaires électroniques,...). Mais sous ce caractère purement technique, il y a des problèmes de vie privée qui ne sont pas résolus et pour lesquels l'IETF semble faire aujourd'hui des propositions; il y a aussi des décisions politiques sur des modes de vie du futur, notamment d'une informatique de plus en plus envahissante, prises en dehors des autorités nationales et internationales. Il n'y a au monde que 13 serveurs de routage : 10 aux USA, 2 en Europe (Londres et Stockholm) et 1 en Asie. Cet état de fait ne contrevient-il pas au caractère international de l'Internet ? Quelle est la légitimité d'organismes qui se sont attribués le droit de la régulation technique en dehors de toute supervision reconnue, étatique ou par des organismes publics internationaux ? Que se passera-t-il quand la Chine réclamera que les standards propres qu'elle a développés soient pris en considération par les organes de normalisation technique quasi strictement américains ? etc. » (J. BERLEUR et Y. POULLET, « Les régulations pour l'Internet », *Études*, 2001, à paraître.)

(81) Cf. le « White Paper » à ce propos publié par l'US Department of Commerce en juin 1998. La structure de cette organisation privée a été modifiée par le Board de l'association, le 10 mars 2000 (Assemblée du Caire) et les élections de 5 directeurs sur présentation de 18 candidats furent clôturées le 10 octobre 2000.

(82) Le 24 juillet 1998, la Commission adopte une communication intitulée : « Internet Governance - Management of Internet from the E.C. of the U.S. Department of Commerce ». Sur tous ces points et une relecture de la politique européenne à cet égard, lire R. DELMAS, « L'Internet et les chantiers législatifs européens », in *L'Internet et le Droit*, Actes du Colloque organisé par l'Ecole Doctorale de droit public et de droit fiscal de l'université Paris I, les 25 et 26 septembre 2000, Coll. Legipresse, Paris, 2001, pp. 70 et s., sous la direction de Georges CHATILLON. Cf. la lettre en date du 4 novembre 1998 du Commissaire Bangemann au secrétaire américain du commerce qui note les progrès réalisés.

(83) Certains (en particulier L.R. HELFER et G. DINWOODIE, *Hybrid anational Lawmaking*, à paraître, pp. 33-42) ont critiqué cette intervention trop forte de l'OMPI en notant que les questions liées à l'attribution des noms de domaine soulèvent d'autres questions que celles de propriété intellectuelle, ainsi la liberté d'expression, la concurrence, etc.

tion du nom de domaine générique : « eu » (84) qui donne aux instances européennes une légitimité d'agir en la matière, celles-ci réclameront « un rôle de chef de file en matière d'administration de l'Internet, notamment en ce qui concerne la définition de la future organisation et des politiques de l'ICANN » (85) et la mise sur pied conjointe par l'Europe et l'ICANN de codes de conduite dans des domaines aussi sensibles que l'allocation et la protection des noms de domaine, la lutte contre la fraude et le cybersquatting, l'accès et la protection des données personnelles dans le contexte de l'attribution et la gestion des adresses et noms de domaines (86).

Il est clair que de telles prises de position sans remettre en cause « la base autoréglementaire des activités de l'ICANN » plaide pour un système de corégulation (87).

IV. - L'approche européenne face à l'autorégulation : un « oui, mais »

La fameuse « 99 Review » ou communication de la Commission européenne du 10 novembre 1999 estimait que la réglementation publique devait être limitée « au minimum nécessaire à la rencontre d'objectifs clairement définis » (88). Cette volonté de limiter l'intervention réglementaire publique s'explique par ce qu'on pourrait appeler une certaine forme de subsidiarité des normes publiques vis-à-vis des normes privées : « ce qui peut être obtenu mieux et plus

(84) Cf. la communication de la Commission du 5 juillet 2000 (COM (2000) 421) sur le système des noms de domaine sur Internet - « Vers la création d'un nom de domaine générique EU » et la proposition de réglementation du 12 décembre 2000 sur la mise en œuvre de ce nom de domaine.

(85) Résolution du Parlement européen du 15 mars 2001 à la suite de la Communication de la Commission (COM (2000) 202, 7 avril 2000) sur l'organisation et la gestion d'Internet - Enjeux de Politique européenne et internationale, 1998-2000.

(86) Ceci illustre bien que la protection des libertés même dans des matières aussi techniques est au centre des préoccupations européennes (cf. *supra* n° 18).

(87) Ainsi quand on lit que « la neutralité de l'ICANN doit être renforcée par une forte présence de l'Union européenne, en collaboration avec les États-Unis et d'autres gouvernements, via le Comité consultatif des gouvernements ».

(88) Ces objectifs étant par ailleurs définis : promotion d'un marché européen des services de communication, ouvert et compétitif; bénéfice pour le citoyen européen; consolidation du marché intérieur dans un environnement de convergence; sauvegarde des intérêts européens dans les négociations internationales.

efficacement par l'autorégulation doit l'être de cette manière » (89). L'autoréglementation ou autorégulation est définie par P. Trudel (90) comme « le recours aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité ».

Si tel qu'envisagé dans la plupart des milieux, le droit se fonde sur le paradigme de l'Etat, « l'Etat territorial doté de la souveraineté (91) afin de régir l'ensemble des conduites se déroulant sur le territoire qu'il contrôle... » (92), le lien entre souveraineté étatique, territorialité et droit semble perdre de sa pertinence voire de sa légitimité dans un espace ouvert, transnational où coexistent de multiples systèmes de valeurs comme le cyberspace. Ainsi, certains s'interrogent : l'autoréglementation florissante sur l'Internet n'est-elle pas en définitive une réponse plus rapide, plus experte, plus internationale, plus efficace aux défis de l'Internet que la régulation publique internationale difficile à définir et à mettre en place et *a fortiori* que la réglementation publique nationale (93). Nombre d'instances internationales, publiques comme l'OCDE, le G.8 ou l'OMC se sont fait dès lors les chantres de l'autorégulation, relayant et relayées par différents lobbies du monde des affaires, parmi lesquels on compte entre autres le « Global Business Dialog » (GBDe) (94) créé à l'initiative du commissaire européen M. Bange-mann pour accroître la coopération internationale et le développement du commerce électronique.

C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre la position européenne. Le clair soutien des instances européennes à l'autorégula-

(89) Le principe de subsidiarité est affirmé à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne : « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que dans la mesure où les objectifs de l'action 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 et son application à l'autoréglementation », lire Y. POULLET, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet, l'autorégulation et le rôle du droit étatique », *Ubiquité*, n° 5, Juin 2000, pp. 55 et s.

(90) P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 1989, vol. 19, n° 2, 251.

(91) Cf. déjà nos remarques sur cette notion dans le cadre du débat : Echelon, *supra*, n° 37.

(92) P. TRUDEL, « Quel droit et quelles régulations pour le cyberspace? », *Sociologie et sociétés*, Vol. XXXII, 2.

(93) Selon l'expression fameuse de L. LESSIG (Exposé à la New York Media Association, le 10 juin 1998, reprise in *Code and other Laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999) : « We have no problem of governance in cyberspace. We have problem with governance ».

(94) Voir le site de cette organisation qui s'illustre par des travaux de qualité remarquable sur les divers instruments d'autorégulation, <http://www.gbde.org>. A noter la présentation de la création du groupe par Associated press : « Global Companies form group to curb government regulation of Internet ».

tion est attesté par de nombreux documents émanant tant du Conseil que du Parlement (95). Leur analyse fera l'objet du premier point. Le second point montrera cependant que cette « promotion » de l'autorégulation est loin d'être un blanc seing mais est entouré de conditions. Il s'agit de trouver la « right balance between self-regulation and regulation » (96).

A. LA PROMOTION DE L'AUTORÉGULATION

Il est remarquable de constater que la plupart des domaines abordés par les textes européens fassent l'objet de dispositions promouvant clairement l'autorégulation. En matière de protection des données personnelles, l'article 27, § 1^{er} de la directive dite « Protection des données » affirme que les Etats membres et la Commission « encouragent » l'élaboration de codes de conduite destinés à contribuer, en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales. Les rédacteurs de tels codes pourront les soumettre aux autorités de contrôle qui en vérifieront la conformité au regard de la réglementation.

Le texte envisage également l'élaboration de codes communautaires qui peuvent, quant à eux, être soumis au groupe européen de protection des données qui examinera notamment s'ils respectent les dispositions nationales.

Le principe de la directive est simple : l'autorégulation comme la certification constituent en aval des principes de la directive des outils efficaces de la mise en œuvre de tels principes. Ils contribuent à améliorer l'image de marque de celui qui s'y soumet et accroissent la confiance de l'internaute. Leur souplesse et leur spécificité les rendent aptes à offrir des solutions évolutives adaptées aux particularités de chaque secteur. Enfin, leur caractère européen permet de garantir une équivalence de protection à propos des traitements opérés en quelque coin de l'Europe.

(95) En particulier, dans les documents faisant suite au Livre vert de la Commission européenne (COM (97) 263) du 3 décembre 1997, déjà cité sur la convergence, ainsi l'opinion exprimée par le Parlement européen le 27 janvier 2000 et l'adoption le 28 juin 1998 par le Conseil des Ministres de la Culture des conclusions exprimées par la Commission dans le cadre du suivi de son « Livre Vert ».

(96) C'est en tout cas la demande exprimée par le Conseil des Ministres des Télécommunications le 30 novembre 1999 au COREPER. Cette demande faisait suite au débat organisé par le Conseil sur « The I.S. of the future : responding to the challenges of global electronic commerce ».

La recommandation du Conseil européen du 24 septembre 1998 (98/560/CE), relative au développement de la concurrence en matière d'audiovisuel et de l'industrie des services d'information par la promotion de cadres nationaux aptes à assurer un niveau comparable et effectif de protection des mineurs et de la dignité humaine, va plus loin encore dans la mesure où son annexe fixe des lignes directrices « indicatives » destinées à promouvoir l'autoréglementation.

La proposition de directive relative à certains aspects du commerce électronique établit, dans le même sens, que les codes de conduite en la matière doivent lorsqu'il s'agit de questions relatives à des utilisateurs, avoir été élaborés avec le concours de représentants des consommateurs, faire l'objet de mesures visant à permettre à tous leur accessibilité et assurant l'évaluation de leur application.

Cette promotion ne s'arrête pas à la possibilité pour le secteur privé de définir des contenus réglementaires, l'Europe encourage également la solution des litiges par des systèmes de médiation ou d'arbitrage, en dehors des cours et tribunaux officiels (97). Ainsi, comme déjà signalé, l'article 17 de la directive dite « commerce électronique » oblige les Etats à faciliter le recours à des systèmes alternatifs de règlement des litiges et, en écho, deux textes consacrent, d'une part, les principes applicables aux organes en charge de ces systèmes alternatifs (98) et, d'autre part, la création d'un réseau communautaire pour la résolution alternative des litiges de consommation (99).

B. - LES CONDITIONS

MISES À LA RECONNAISSANCE DE L'AUTORÉGULATION

La DG SANCO de la Commission européenne a, dans le cadre du travail d'un Groupe appelé « e-confidence », posé un certain nombre

(97) A noter, à propos de ces systèmes dits d'O.D.R. (on line Dispute Resolution), les réflexions du consortium ECODIR (CNRS-CRDP-CRID) créé dans le cadre d'un projet européen du même nom visant à la mise sur pied d'un système de règlement des litiges B to C (<http://www.ecodir.org>).

(98) Cf. la recommandation du 30 mars 1999 sur les principes applicables aux organes responsables pour la solution extrajudiciaire des litiges de consommation et plus récemment la recommandation de la Commission du 4 avril 2001 (2001/310/CE) à propos de « Principes pour les organes travaillant à la solution conventionnelle des litiges de consommation », *J.O.* 19.4.01.

(99) Cf. la résolution du Conseil du 13 avril 2000 sur la création d'un réseau communautaire de règlement alternatif des litiges de consommation.

de principes et de recommandations pour la rédaction et l'effectivité des codes de conduite (100). Ainsi, les principes de « loyauté », de « transparence », de « valeur ajoutée », de non discrimination, de dimension globale, de responsabilité sociale, de garantie de conformité des solutions au droit existant, d'existence de mécanismes accessibles, de sécurité et de protection des données doivent entourer le fonctionnement de codes de conduite, systèmes de « best practices », labels et autres initiatives d'autoréglementation.

Au-delà, de ces principes, c'est des textes mêmes promouvant l'autoréglementation et cités plus haut que l'on peut déduire certaines conditions à la reconnaissance européenne de l'autoréglementation. Ces conditions tournent autour de trois aspects : le premier concerne la « légitimité » des auteurs de l'autoréglementation ; le deuxième, la conformité du contenu des règles ainsi édictées aux réglementations publiques de référence ; le troisième, enfin, l'effectivité de ces règles, c'est-à-dire la garantie de leur respect.

Le besoin d'une légitimité des acteurs se conçoit comme la nécessité, dans toute la mesure du possible, d'obtenir la participation de tous les acteurs « intéressés » directement ou indirectement aux questions objet de l'autorégulation. Cette participation doit s'entendre d'une participation à la mise sur pied, au contrôle et à l'évaluation du système. Ainsi, comme nous l'avons dit, la directive dite « Commerce électronique » envisage la participation des organisations professionnelles et représentatives des consommateurs pour l'élaboration des codes de conduite ayant trait à des opérations B to C ; les lignes directrices visant à lutter contre les contenus illicites et dommageables mentionnent une participation plus large encore et le rapport d'évaluation de la Commission relative au suivi des lignes directrices en date du 27 février 2001 déplore le manque de participation de certains groupes dans la rédaction des instruments d'autorégulation ; enfin, en matière de systèmes alternatifs de règlements des litiges B to C, le Conseil invite, dans la Résolution déjà citée du 13 avril 2000, les Etats membres à encourager la coopération entre organisations professionnelles et de consommation dans la mise sur pied de tels systèmes.

La conformité des normes privées aux dispositions légales est une autre préoccupation. On la retrouve dans le principe de valeur ajoutée.

(100) Disponible à l'adresse suivante : <http://www.econfidence.jrc.it/default/htm>.

tée de l'autoréglementation affirmée par le « e-confidence forum » déjà cité (101). Les instances européennes insistent dans plusieurs documents sur le fait que l'autorégulation doit compléter la réglementation des Etats membres (102).

Ce contrôle de la conformité des instruments d'autorégulation est assuré par des mécanismes souples : la procédure d'homologation des codes de conduite en matière de protection des données personnelles par les autorités de protection nationales ou européennes est prévue par l'article 27 de la directive 95/46/CE déjà cité (103). La directive dite « commerce électronique » prévoit la communication des codes de conduite à la Commission (104).

L'effectivité d'une règle s'entend de diverses mesures propres à garantir le réel respect de la règle. La nécessité d'informer les personnes concernées de l'existence d'un code de conduite et de son contenu est affirmée par les conclusions du « e-confidence forum » et par la directive dite de commerce électronique. Le premier document cité ajoute le besoin de mettre en place à la fois des procédures de plainte et de résolution des litiges et des procédures permettant un réel contrôle du respect des prescrits nés de l'autoréglementation avant la délivrance d'un label ou d'une certification ; le second document, en son article 22, demande aux Etats membres de veiller à ce que des sanctions existent, soient proportionnées et en même temps suffisamment dissuasives pour tout manquement à une norme, qu'elle soit publique ou privée.

Ainsi, l'approche légale européenne des autres modes de régulation (régulation technique et les diverses formes d'autorégulation) mérite d'être soulignée. Si la réglementation technique et l'autorégulation sont promues, c'est en tout cas, dans le cadre des règles légales et sous contrôle – le mot est peut-être trop fort – des autorités publiques. Les récentes interventions européennes dans le

(101) *Supra*, n° 41.

(102) Cf. la déclaration du Conseil des Ministres de la Culture en date du 28 juin 1999, à propos du Livre vert de la Commission sur la convergence (COM(97)263) déjà cité. Même déclaration du Conseil des Ministres des Télécommunications qui le 30 novembre 1999 lors du débat : « The information Society of the future : responding to the challenge of global electronic commerce » insiste sur la nature complémentaire de l'autorégulation et de la réglementation publique, et ce en réponse aux recommandations du *Global Business Dialog*, plus en faveur de l'autorégulation.

(103) Ce schéma de l'homologation volontaire pourrait être étendu à d'autres domaines : ainsi, on peut prévoir que les organes de labellisation puissent faire « accréditer » leurs services auprès d'un organisme privé, public ou mixte.

(104) Même procédure prévue par le Livre vert sur les communications commerciales.

domaine de la « gouvernance » de l'Internet, et en particulier dans l'ICANN, ont bien manifesté cette tendance (*supra* n° 39).

La proposition de la Commission de pouvoir intervenir dans le domaine de la normalisation technique afin d'assurer le respect des principes de protection des données personnelles lors de l'utilisation d'Internet est également révélatrice de cette tendance. Il est clair que les autorités publiques ne peuvent rester absentes des débats techniques dans la mesure où les choix opérés y ont un impact important sur les droits et libertés des utilisateurs de ces technologies.

Ensuite, à travers les textes des directives, c'est toute l'autorégulation qui est soumise à certaines conditions. On a déjà insisté sur l'importance de la participation de tous les acteurs intéressés que nombre de textes européens soulignent. L'autorégulation, loin d'être un substitut à la réglementation, apparaît plutôt comme son complément, offrant une réelle valeur ajoutée. Ainsi se multiplient les systèmes d'homologation officielle plus ou moins volontaires mis en place pour donner un label « légal » aux initiatives autoréglementaires. Enfin, si l'autorégulation peut être appliquée par des juges ou médiateurs privés, c'est dans le respect de certaines règles procédurales et moyennant certaines garanties en ce qui concerne les juges ou médiateurs.

Enfin, aux acteurs et gouvernements américains qui prônent la non nécessité des lois pour réguler le cyberspace, les instances européennes rétorquent que les américains ont été les premiers à légiférer intensivement dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies et que seules certaines questions comme la protection de la vie privée ou des limites à la liberté d'expression restent actuellement assujetties à la seule autorégulation.

Conclusion

En exergue de ces réflexions, nous nous interrogeons : existe-t-il une politique européenne du droit de l'Internet ?

Il est indéniable que la présence européenne dans la réglementation de l'Internet est chaque jour plus affirmée. L'Europe multiplie les directives, recommandations, livre blanc, communications, etc.

Comment expliquer ce phénomène ? Un seul mot, nous l'avons déjà dit : la confiance. Il est clair que les difficultés de plus en plus ressenties par le secteur du commerce électronique, par exemple, s'expliquent par l'absence de confiance des internautes tant en la sécurité du réseau et des transactions qui s'y nouent que dans la possibilité, en cas de litiges, de pouvoir clairement identifier le cadre légal de référence pour leur apporter une solution et exécuter les décisions prises (105).

Que la loi ait, à cet égard, une fonction rassurante, est évident. Elle crée un cadre de référence clair, soumet les acteurs à des prescrits, qui garantiront la sécurité, la loyauté et la bonne fin des opérations. En outre, elle arme du bras de la force publique la réclamation de celui qui se sera risqué sur la toile. Sans doute, ses limites territoriales sont questionnées à l'heure de la globalité du réseau des réseaux, mais la construction d'espaces juridiques régionaux comme l'Union européenne et les discussions de plus en plus nombreuses au sein d'organismes supranationaux officiels comme l'OCDE, l'OMPI, l'OMC, le Conseil de l'Europe, etc. permettent d'établir progressivement des consensus réglementaires adéquats (106).

Ceci dit, il est peut être utile de s'interroger sur les domaines d'intervention du législateur et d'étudier pour ces divers domaines la finalité poursuivie. Il s'agit, dit-on, de créer la confiance, mais en quoi et en faveur de qui ? Nous limiterons notre analyse à une comparaison des interventions européennes et américaines.

Le premier domaine d'intervention législative est indéniablement celui de la propriété intellectuelle et des droits dits voisins. Comme le notait déjà le rapport Bangemann, il s'agit de protéger les investissements consentis par ceux qui demain deviendront les prestataires de services de la société de l'information. Cette volonté politique de protéger l'investissement se traduit par des lois qui, bien souvent, négligent la prise en considération des équilibres inscrits au cœur des législations traditionnelles sur le droit d'auteur.

Protéger les investisseurs garantit la présence de contenus sur l'Internet. Reste à y développer les transactions qu'il s'agisse de

transactions entre professionnels (B to B) ou avec les consommateurs (B to C). Il s'agissait pour ce faire de rassurer quant à l'identité des partenaires, d'authentifier les messages et d'en assurer la confidentialité. Les législations prises tant d'un côté de l'Atlantique que de l'autre en matière de signature électronique reconnaissant à ces dernières la valeur de signatures manuscrites et, au document électronique, la valeur d'écrit, répondent à cette première préoccupation. L'échec du commerce électronique B to C a amené l'Europe à répondre, par des initiatives législatives, aux inquiétudes de l'internaute. La directive sur le commerce électronique adoptée en juin 2000 avait deux buts : d'une part, promouvoir le commerce électronique en obligeant les Etats membres à dépoussiérer leurs arsenaux législatifs en retirant toute disposition législative qui pourrait priver de validité ou d'efficacité les transactions électroniques, et d'autre part, prévoir des obligations nouvelles de transparence à charge des prestataires de service et de découpage de la transaction en diverses étapes de manière à assurer le consentement complet et éclairé de l'internaute.

La protection de l'investissement et des transactions sur l'Internet exige également la possibilité de détecter les agissements illicites sur l'Internet et de réprimer efficacement leurs auteurs. La mise en avant de délits de pédophilie sur l'Internet et autres agissements attentatoires à la dignité humaine, comme les messages xénophobes ou racistes, a mené rapidement le législateur national, avec l'appui de leurs opinions publiques, à définir largement la criminalité informatique (dans certains pays le seul fait d'accéder à un site, sans même intention frauduleuse, peut-être réprimé), à élargir de manière considérable les moyens d'investigation des autorités policières en leur donnant le droit de perquisitionner à partir des réseaux, en obligeant les prestataires privés (par exemple, les fournisseurs d'accès) à stocker les données d'utilisation de leurs services et à coopérer avec ces autorités, et, finalement, en promouvant une coopération policière internationale. Sous la pression américaine, le Conseil de l'Europe a adopté, en décembre 2000, une convention internationale sur la cybercriminalité qui traduit l'ensemble de ces tendances et permet une cybersurveillance efficace des agissements

(105) Voir l'avis particulièrement instructif du Comité économique et social du Parlement européen sur les « Incidences du commerce électronique sur le marché unique (OMU) » du 2 mars 2000, J.O. du 25 avril 2001, C 123/1.

(106) Sur les activités de ces diverses instances, lire P. TRUDEL (éd.), *Le droit du cyberspace*, Thémis, 1995.

de chacun sur la toile (107). Dans ce domaine, on peut-être été trop rapidement oubliés les principes de liberté d'expression et de protection de la vie privée, principes dont le même Conseil de l'Europe avait, dans sa convention fondatrice, réclamé la protection quasi absolue et ce au grand dam des instances européennes.

Précisément, c'est à propos de ce dernier thème, la protection des libertés, que doit s'analyser l'intervention législative. La liberté d'expression est certes un des dogmes fondateurs d'Internet. Certains disent même que l'autorégulation serait un compromis pour garder l'esprit de liberté d'Internet. La question des abus de cette liberté (messages illicites ou dommageables) a été envisagée, en dehors de la question de la répression pénale de leurs auteurs, via un système d'exonération de responsabilités des intermédiaires quant à la surveillance des informations auxquelles ils donnent accès (108).

La question de la protection des données personnelles semble être celle qui divise le plus profondément les Etats-Unis et l'Europe. Même s'il faut bien constater que la sensibilité des internautes américains est bien plus grande que celle des européens, les Etats-Unis se refusent à toute initiative à ce sujet, là où l'Europe entend bien adapter à la hausse ses exigences réglementaires pour répondre aux défis posés par les technologies nouvelles.

Balancée entre ces divers intérêts à protéger, l'Europe parle-t-elle d'une voix ? La répartition des compétences et des budgets entre les multiples « Directions générales » de la Commission européenne explique que les volontés ne sont pas toujours concordantes, les unes cédant plus aux poids des lobbies industriels ou, à l'inverse, des consommateurs, les autres plaidant invariablement les vertus du marché unique, et dressant ou non, selon les cas, la nécessité d'une politique européenne originale vis-à-vis de celles des autres blocs régionaux.

(107) Le texte est disponible sur le site du Conseil de l'Europe (<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/cadreprojets.htm>). Sur ce problème de la criminalité informatique, lire D. MARTIN, *La criminalité informatique*, Paris, PUF, 1997.

(108) Il s'agit des fameux articles 14 et 15 de la directive européenne relative à certains aspects juridiques du commerce électronique et de leurs homologues américains présents dans le Digital Millennium Copyright Act déjà cité du 18 nov. 1998 (sur ces dispositions, lire E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Ubiquité*, juin 2000, n° 6, p. 114).

A travers l'impressionnante masse de textes européens, transparaît la volonté de construire un espace juridique, judiciaire, voire juridictionnel et administratif, commun. Sans doute, la subsidiarité n'y trouve pas son compte mais bien les « exigences » du commerce électronique. L'Europe et, en son sein surtout la Commission, apparaît comme un lieu de contrôle préventif des initiatives nationales. Elle coordonne le travail des administrations et met en place des modes plus efficaces de recours judiciaires et juridictionnels, en même temps qu'elle veille à faciliter l'exécution des décisions. L'audace de la Commission sur ces points apparaît réelle : mise sur pied d'un droit européen des contrats, volonté de créer un système européen original de médiation et/ou de conciliation. Sur ces divers points, le commerce électronique et la volonté de sa promotion apparaissent comme légitimant ces innovations qui débordent de loin ce seul domaine d'activités économiques.

La construction d'un espace réglementaire européen se fait certes en dialogue – parfois musclé – avec les autres partenaires de ce commerce chaque jour de plus en plus global.

Certes la recherche au sein d'organisation supranationale ou internationale de principes ou de solutions communs, ainsi notamment en matière de protection des consommateurs ou des mineurs en matière de signature favorise l'uniformisation des conduites des acteurs voire la coopération (ne serait-ce que policière) entre Etats. L'Europe réclame ainsi d'être présente au sein de ces organisations, y compris privées comme l'ICANN. Cette participation témoigne d'une prise de conscience des enjeux non purement techniques, bien loin s'en faut !, des décisions relatives au choix de standards ou de normes techniques.

A défaut de trouver ce consensus, l'Union européenne rappelle, au nom de sa souveraineté, le choix de valeurs que ses textes réglementaires traduisent. Ce rappel et les conséquences dommageables qu'il peut occasionner au commerce électronique constituent le point de départ de négociations internationales avec d'autres pays. Ceux-ci trouveront sans doute par des moyens plus en rapport avec leur propre tradition juridique une protection adéquate vis-à-vis des principes affirmés par l'Union européenne. Les discussions autour des « Safe Harbor Principles » le démontrent.

Ce dialogue normatif, les instances européennes prétendent le nouer non seulement à l'extérieur dans les enceintes internationales

mais à l'intérieur avec les acteurs privés. Quelques principes conduisent le législateur européen dans ce dialogue. Tout d'abord, il s'agit de reconnaître la valeur de ces règles dites d'autoréglementation, mieux de les susciter afin de puiser dans leur contenu l'inspiration pour y définir de nouvelles règles de loi.

Ce mouvement de confiance n'est pas total. Il s'agit en effet ensuite de rappeler que la création privée s'opère dans un cadre réglementaire que les instances européennes fixent elles-même allant jusqu'à préciser les conditions d'une telle création. Ainsi, du point de vue de leur contenu, les initiatives privées doivent apporter à la réglementation étatique une valeur ajoutée. Du point de vue de leur création et de leur mise en œuvre, il convient que les mécanismes de mise au point de ces techniques de réglementation et l'application du contenu de ces normes privées soient transparentes et prennent en compte l'intérêt des divers acteurs.

Allons, le droit européen d'Internet existe bien. Il a un but : créer la confiance.