

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le défi du droit face au commerce électronique

Rolin Jacquemyns, Laetitia; Dusollier, Séverine

Published in:

Systèmes d'Information et Management

Publication date:

2000

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rolin Jacquemyns, L & Dusollier, S 2000, 'Le défi du droit face au commerce électronique', *Systèmes d'Information et Management*, numéro 1, pp. 93-121.

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.

Le défi du droit face au commerce électronique : les initiatives de l'Union Européenne

**Séverine DUSOLIER¹ &
Laetitia ROLIN JACQUEMYS²**

¹Chargées de recherches,
Centre de Recherches Informatique et Droit
²Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix,
Namur, Belgique

RÉSUMÉ

Les institutions européennes sont très attentives aux évolutions du commerce électronique. Pour encourager ce phénomène très important pour l'Union, la Commission a choisi la voie de la réglementation. Elle est donc en train de constituer un cadre juridique aussi adapté que possible qui servira de base aux réglementations nationales. Les sujets couverts par cet article sont la loi applicable, les contrats à distance, la signature électronique, les paiements électroniques, la TVA, les droits d'auteur et la protection des bases de données.

Mots-clés : Commerce électronique, Loi applicable, Contrat à distance, Signature électronique, Droit d'auteur, Paiements électroniques, Monnaie électronique, TVA.

ABSTRACT

The European institutions are highly concerned by the evolution of the electronic commerce. To encourage that phenomenon, they try to set up a legal framework as suited as possible. This article intends to provide the reader with an overview of that framework that will actually be the basis of the national ones. The subjects covered are the applicable law, the distance contracts, the electronic signature, the electronic payments, the VAT, the copyrights and the legal protection of databases.

Key-words : Electronic commerce, Applicable law, Distance contracts, Electronic signature, Electronic payments, Value added tax, Copyright.

INTRODUCTION

Dans la communication sur le commerce électronique de 1997⁽¹⁾, la Commission européenne soulignait que *"afin de permettre aux opérateurs du commerce électronique de recueillir tous les bénéfices du marché unique, il est essentiel d'éviter des incohérences réglementaires et d'assurer un cadre légal et réglementaire cohérent pour le commerce électronique"*.

Le marché électronique a un besoin crucial de connaître *"les règles du jeu"*⁽²⁾ avant de se lancer pleinement dans le commerce électronique. Pour cela, le cadre réglementaire doit être clair, stable et prévisible, à la fois pour permettre aux nouveaux commerçants électroniques de faire face à tous les défis soulevés par le développement de nouveaux produits et services et pour assurer la confiance des consommateurs dans le nouveau marché électronique. Ce sont les objectifs principaux de l'action législative de la Commission européenne⁽³⁾ qui a, ces dernières années, posé les fondations d'un cadre légal pour le commerce électronique en Europe. Il est important de rappeler que l'action de la Commission a été et doit être guidée par les principes clés du traité instituant la Communauté européenne, particulièrement par l'objectif d'assurer un bon fonctionnement du marché intérieur et l'amélioration de la libre circula-

tion des produits et des services. En conséquence, toute intervention réglementaire de la Commission doit poursuivre un but d'harmonisation ou de clarification des règles juridiques existantes dans la mesure où cette harmonisation efface des incertitudes ou des divergences d'approche réglementaire susceptibles de freiner la libre circulation des biens et des services électroniques. D'autres préoccupations clés de la Commission européenne sont de réfréner un excès de régulation des marchés et des activités électroniques et de rester ouverte à une approche d'autorégulation et de résolution alternative des conflits. Cette dernière ligne de conduite est particulièrement suivie dans la récente proposition de directive sur le commerce électronique⁽⁴⁾.

La Commission européenne couple ses efforts législatifs avec un nombre important de projets de recherche et développement qui mettent au point de nouveaux outils, technologies et services pour le commerce électronique. Dans ce cadre, le projet ECLIP (Electronic Commerce Legal Issues Platform) constitue une plate-forme sur les problèmes juridiques du commerce électronique dont l'objectif premier est de fournir un support et une formation juridique aux projets de recherche financés par la Communauté européenne, stimulant ainsi l'expertise et encourageant la prise en compte des

contraintes juridiques dans le cours du développement économique d'un projet⁽⁵⁾.

Les autres objectifs d'ECLIP consistent à examiner le cadre juridique européen actuel, ainsi qu'à assurer l'intégration des obligations légales dans les outils technologiques. En outre, les outils techniques susceptibles d'apporter une solution aux problèmes juridiques posés par les technologies sont également étudiés par les partenaires au projet. Ces deux approches constituent l'ébauche d'une nouvelle manière de penser pour les juristes spécialisés dans les nouvelles technologies qui ne peuvent plus se permettre de répondre à la technologie uniquement par des outils juridiques, mais sont obligés de développer une pensée technologique qui intègre les caractéristiques technologiques dans les solutions et les principes juridiques.

Un des buts essentiels de ce projet est de produire une vue globale des aspects juridiques du commerce électronique afin d'adresser des rapports et des recommandations à la Communauté européenne, ce qui a notamment été fait en matière de protection de l'utilisateur, de privacy-enhancing technologies (outils techniques respectant la vie privée de l'internaute), de règlement alternatif des litiges, de systèmes de labellisation, de contrat électronique et de protection du droit d'auteur.

ECLIP débutait en 1998 et est renouvelé pour un terme de 2 ans jusqu'à la fin de l'année 2002.

Ses principaux membres sont cinq centres de recherches universitaires spécialisés dans le droit des technologies de l'information, entre autres, l'Université de Namur (Belgique), le Collège Queen Mary and Westfield de Londres, l'Université de Münster (Allemagne), l'Université des Îles Baléares (Espagne) et l'Université d'Oslo⁽⁶⁾. Dans les prochains mois, le projet organisera des modules de formation sur les problèmes juridiques liés aux nouvelles technologies, destinés non seulement à la communauté universitaire mais aussi aux entreprises.

Le but de cet article est de fournir un bref exposé du cadre réglementaire⁽⁷⁾ que l'Union européenne a commencé de mettre en place autour du commerce électronique. La plupart des questions sur lesquelles le décideur européen doit plus particulièrement se concentrer sont des questions clés auxquelles tout acteur de commerce électronique doit faire face au cours des différentes étapes du développement de son activité, depuis l'établissement de celle-ci, la publicité et la promotion de ses produits, la vente des biens et services, jusqu'à la livraison et au paiement. Ce sont à ces différentes étapes et aux problèmes juridiques particuliers que chacune pose que nous allons nous consacrer.

Nous commencerons par un coup d'œil rapide sur le droit européen, ensuite nous aborderons la délicate question du droit ap-

(1) Communication de la Commission européenne (COM(97)157) du 6 Avril 1997, "Une initiative européenne en matière de commerce électronique" <http://www.cordis.lu/esprit/src/ecomcom.htm>

(2) Bangemann, M. (1999), « Which rule for the online world », *Info.*, Feb., Vol. 1., n° 1, p. 11.

(3) <http://www.ispo.cec.be/infosoc/legreg/actionla.html>

(4) Voir infra.

(5) Le projet ECLIP I aujourd'hui terminé est remplacé par un projet ECLIP II qui comporte en outre un volet éducation à distance. <http://www.jura.uni-muenster.de/ecclip/>

(6) Les autres partenaires sont le Professeur Herbert Burkert de l'Université de St-Gall, également Président du Legal Advisory Board auprès de la Commission européenne, et une société belge de management, le Bureau Van Dijk.

(7) L'état des propositions législatives que nous abordons s'arrête au mois de juin 1999.

plicable, et ensuite nous abordons les différentes étapes du commerce électronique susceptibles d'être touchées par la réglementation européenne.

I. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN EN UN COUP D'ŒIL

Une mesure importante pour empêcher les Etats membres d'adopter une approche fragmentée en matière de régulation de la société de l'information est la directive du 29 juin 1998 établissant une procédure pour la fourniture d'informations dans le domaine des standards techniques et des réglementations⁽⁸⁾ (ci-après la "Directive Transparence"). Ce texte impose aux Etats membres de notifier à la Commission et aux autres Etats les projets de normes et d'activité réglementaire qu'ils entreprennent en matière de services de la société de l'information. Ce mécanisme de transparence initie un processus de commentaires et de consultations sur les aspects du projet qui peuvent entraver le commerce, la libre prestation de services ou la liberté d'établissement des prestataires de

service. En cas de commentaires, émanant soit de la Commission, soit d'un autre Etat membre, la mesure proposée peut être suspendue ou modifiée. L'objectif fondamental de ce texte est donc d'éviter que les Etats membres ne fassent cavalier seul en matière réglementaire et par conséquent d'assurer que toute avancée législative dans ce domaine se réalise de manière concertée.

Cette directive établit également une définition des services de la société de l'information qui sera reprise dans des directives ultérieures : *"Tout service presté, normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle du destinataire des services"*⁽⁹⁾.

D'autres textes législatifs clés sont la Directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁽¹⁰⁾ (ci-après la Directive contrats à distance), la Directive sur la protection juridique des services basés sur ou consistant en un accès conditionnel⁽¹¹⁾ (ci-après la Directive accès conditionnel), la Directive sur la protection légale des bases de données⁽¹²⁾ (ci-après la Directive base de données), la Directive sur la protection des données person-

nelles⁽¹³⁾ et plus récemment la Directive sur un cadre commun pour les signatures électroniques⁽¹⁴⁾ (ci-après la proposition de Directive signature électronique).

L'Union européenne est en train d'adopter d'autres directives intéressantes, la proposition de Directive sur certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché interne⁽¹⁵⁾ (ci-après la proposition de Directive Commerce électronique), les propositions Directive sur la monnaie électronique⁽¹⁶⁾ (ci-après les projets de Directive sur la monnaie électronique, la proposition de Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et droits annexes dans la Société de l'information⁽¹⁷⁾ (ci-après la proposition de Directive droit d'auteur) et la proposition de Directive visant à établir un cadre réglementaire clair pour le marketing de services financiers à distance à l'intérieur du marché unique (ci-après la proposition de Directive services financiers⁽¹⁸⁾). Bien que de tels textes ne soient pas encore entrés en vigueur et pourraient donc être sujets à des modifications ulté-

rieures, ils mettent déjà en lumière la position des législateurs européens. Nous notons également que la plupart de ces Directives sont des Directives d'harmonisation minimale, ce qui signifie que les Etats membres restent libres de transposer dans leur ordre juridique interne le texte d'une manière plus protectrice pour le consommateur. Pour cette raison, dans le cadre de cet exposé, nous soulignons que les principales dispositions évoquées ne seront pas obligatoires en tant que telles, soit parce qu'elles sont encore en cours de projet, soit parce que les Etats européens peuvent les transposer d'une manière légèrement différente. Néanmoins, nous pensons que le profil des textes européens que nous dressons ici pourrait être de quelque intérêt pour quiconque cherche à mieux comprendre le processus et les finalités de la politique européenne dans cette matière.

Des textes non obligatoires, tels que Communications, Recommandations ou Résolutions peuvent aussi être d'une grande importance dans la compréhension des

(8) Directive du Conseil et du Parlement européen 98/34/EC, 22 juin 1998, JO L 204, 21.07.1998, modifiée par la Directive 98/48/EC, 20 juillet 1998, JO L 217, 05.08.1998, http://europa.eu.int/eur-lex/en/lif/dat/1998/en_398L0048.html

(9) Voyez l'article 1 (2).

(10) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, JO L 144 04.06.97 p. 19. http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1997/fr_397L0007.html

(11) Directive du Parlement européen et du conseil 98/84/CE du 20 novembre 1998, JOCE, L 320, 28.11.98.

(12) Directive du Conseil et du Parlement européen 96/9/EC du 11 mars 1996, JO L77, 23.6.1996, <http://www2.echo.lu/legal/en/lpr/database/database.html>

(13) Directive 95/46/EC du Parlement européen et du Conseil, 24 octobre 1995 sur la protection des personnes relativement au traitement des données personnelles, JO 23.11.1995 No L 281 p. 31. <http://www2.echo.lu/legal/en/dataprot/directiv/directiv.html>

(14) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. <http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/media/sign/index.htm>

(15) Proposition de la Commission européenne, 18 novembre 1998, <http://www.ispo.cec.be/Ecommerce/legal.htm#legal>

(16) European Commission Proposal for a Directive on the tacking-up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institutions. <http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/finances/general/727.htm>

(17) Proposition de la Commission européenne, 10 décembre 1997 ; proposition modifiée le 21 mai 1999, <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/copy2.htm>

(18) <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/finances/consumer/99-559.htm>

souhaits et préoccupations du législateur européen. Ils seront mentionnés si nécessaire.

II. APPLICATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN AUX TRANSACTIONS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Un premier point de ce chapitre sera de définir dans quels cas le cadre réglementaire européen est applicable au business électronique. Déterminer quelles normes nationales s'appliquent aux transactions du commerce électronique est l'une des plus difficiles et délicates questions posées par les réseaux électroniques ouverts. Les réponses législatives et judiciaires sont rares. Une difficulté supplémentaire provient du fait que l'ensemble de l'activité commerciale ne se déroule généralement pas sur un même territoire, depuis l'établissement d'un site web, la direction technique, la direction des affaires, l'hébergement, l'accès au réseau, jusqu'à la rédaction de contrats, les communications commerciales et la livraison. La question essentielle est de savoir à quels régimes juridiques nationaux l'activité doit faire face. D'une part, en cas de litiges une première question est de déterminer devant quel tribunal porter l'affaire, il s'agit là de définir les règles relatives à la détermination de la compétence internationale des cours et tribunaux. D'autre part, une fois qu'un tribunal se sera déclaré compétent pour juger du litige, il doit déterminer sur base de quelle loi il devra le faire. Par exemple, dans le cas d'une vente conclue entre un Italien et

un Français pour des biens qui devront être livrés en Allemagne se pose la question de la loi applicable à l'éventuel litige qui pourrait survenir. Est-ce la loi allemande, la loi française, la loi italienne ? Ici on parle de loi applicable. Les deux questions forment l'objet principal du droit international privé, dont l'Europe tente d'assurer une certaine harmonisation. Le développement du commerce électronique rend encore plus aiguë cette question, de telle sorte que la Commission européenne a entamé un processus de modification des conventions applicables en la matière.

Sans vouloir prétendre dresser un panorama clair de ces questions concernant la loi applicable qui constitue une matière extrêmement complexe et floue, nous pouvons induire de la situation réglementaire actuelle que les activités de commerce électronique tomberaient sous l'application des lois des États membres de l'Union européenne dans les cas suivants :

- Dans le cas des contrats, la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁽¹⁹⁾ reste applicable aux contrats de la société de l'information. La règle principale de la convention est double.

D'une part, les parties ont la liberté de choisir la loi applicable au contrat. Il est donc utile d'insérer, dans les contrats conclus par voie électronique, une clause spécifiant la loi applicable aux éventuels différends (licence de software, accès à une base de données, contrat de vente, etc.).

Quand on traite avec des consommateurs, la Convention prévoit néanmoins une interdiction de déroger aux normes impératives du pays où le consommateur réside. Cette disposition s'applique seulement si une publicité spécifique et/ou une invitation spécialement rédigée a été faite au consommateur dans son pays et s'il l'a acceptée dans ce même pays ; ou si l'autre partie ou son agent y a reçu la commande du consommateur ; ou encore si des voyages transfrontières ont été spécialement organisés par le vendeur. La controverse subsiste en ce qui concerne la publicité de produits ou services faite par Internet, il n'est pas encore certain qu'elle puisse être considérée comme une publicité spécifique dirigée vers les consommateurs. Plusieurs facteurs, comme la langue utilisée, l'emploi d'e-mails individuels, la publicité ciblée ajustée au profil du consommateur, et tout autre élément factuel indiquant que la publicité est spécifiquement dirigée vers les consommateurs d'un certain pays, peuvent être pris en compte pour entraîner l'application de la dérogation à la règle du libre choix de la loi du contrat. Concrètement, dans la mesure où la protection du consommateur est généralement encadrée par des normes impératives en Europe, cela signifierait que le consommateur conserverait les droits garantis par une telle protection si la loi prévue par contrat ne fournit pas le même niveau de protection que dans son propre pays.

D'autre part, en l'absence de choix exprès de la loi applicable, le contrat est régi par la loi du

pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Selon la Convention, ces liens sont présumés se nouer avec le pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence. Cette présomption est réfragable, c'est-à-dire, sujette à la preuve contraire, par exemple s'il apparaît que le contrat a un lien plus étroit avec un autre pays. En matière de vente, la livraison du produit est généralement considérée comme la prestation caractéristique du contrat, entraînant l'application de la loi du vendeur, sauf lorsqu'il traite avec un consommateur. Dans ce dernier cas, la Convention impose l'application de la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur. Ce serait par exemple le cas pour une licence de software si le titulaire de la licence souhaite utiliser le software à des fins privées étrangères à son activité professionnelle⁽²⁰⁾.

Ce principe général de la Convention de Rome en faveur de la protection des consommateurs doit être couplé avec l'article 12 de la Directive contrats à distance qui dispose que les consommateurs ne peuvent pas renoncer aux droits qui leur sont accordés par les lois nationales transposant la Directive. En outre, le choix contractuel de la loi d'un pays non européen ne peut avoir pour conséquence de priver les consommateurs de la protection accordée par la Directive, si le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'au moins un État membre, par exemple, parce que le consommateur et le fournisseur sont établis à l'intérieur

(19) Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, [1980] JO L226/1.

(20) Fawcett, J. & Torremans, P. (1998), *Intellectual Property and Private International Law*, Clarendon Press Oxford, p. 579.

de la Communauté, ou parce que le consommateur seul a sa résidence à l'intérieur de la Communauté et sa commande est enregistrée et exécutée par un agent européen du fournisseur.

Il faut noter que la Convention de Rome est en cours de révision au sein de la Commission européenne, notamment en vue de l'adapter au commerce électronique. Les dispositions relatives au consommateur sont certainement les règles les plus sujettes à discussion ce qui laisse prévoir certains changements.

- La Directive protection des données trouve à s'appliquer⁽²¹⁾ lorsque le traitement des données personnelles est exécuté dans le contexte d'activités d'un établissement du contrôleur sur le territoire d'un Etat membre, ou quand le contrôleur, non établi dans la Communauté, utilise - afin de traiter les données personnelles - un équipement automatisé ou non, situé sur le territoire d'un Etat membre, à moins qu'un tel équipement soit utilisé seulement à fin de transit sur le territoire de la Communauté. L'emploi de cookies ou d'autres types de technologie placés sur le *hardware* des utilisateurs et le traitement de données personnelles pourraient être considérés comme l'utilisation d'un équipement à l'intérieur de la Communauté européenne bien que la question reste controversée⁽²²⁾.

- En matière de droit d'auteur, la question de la loi applicable est très délicate⁽²³⁾. Au-delà des aspects contractuels qui entrent dans le champ de la Convention de Rome, d'autres règles s'appliquent à l'existence et à l'étendue de la protection du droit d'auteur. D'une part, la protection du droit d'auteur sera accordée conformément aux dispositions de la loi interne du pays d'origine, c'est-à-dire, le pays dans lequel a eu lieu la première publication de l'œuvre.

D'autre part, l'article 5(2) de la Convention de Berne établit que *"l'étendue de la protection, ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits, se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée"*. Sans vouloir entrer dans les détails et controverses de cette question, on peut avancer que la loi du pays où la protection est demandée est la loi du pays où l'œuvre est exploitée ou utilisée. Prenons un exemple en matière de commerce électronique. Si un morceau de musique est numérisé et chargé sur Internet, la loi du pays dans lequel le chargement a été effectué sera applicable à notre cas dans la mesure où le chargement fait partie du droit exclusif du titulaire du droit d'auteur. Si une œuvre est communiquée via Internet, la situation est plus complexe, dans la mesure où l'acte de communication illicite

s'est réalisé n'importe où dans le monde où le public a pu percevoir l'œuvre ainsi communiquée⁽²⁴⁾.

- Tout prestataire de service de la société de l'information établi en Europe sera sous le contrôle de l'Etat membre dans lequel il est établi. C'est la solution envisagée par la proposition de Directive commerce électronique. L'objectif de cette disposition est de déterminer quels Etats membres sont responsables pour assurer la légalité des activités *ab initio*, en prévenant ainsi les restrictions à la libre circulation des services de la société de l'information dans l'Union européenne. Sans constituer un principe de détermination de la loi applicable, on peut considérer que le fournisseur de services établi sur le territoire d'un Etat membre aura à assurer que son activité respecte le cadre réglementaire de cet Etat, en ce qui concerne les normes communautaires applicables.

Le critère de l'établissement est défini à l'article 2 de la proposition de Directive comme *"la poursuite d'une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée"*. Cette définition se concentre sur la véritable nature et la stabilité de l'activité. Il est également précisé que la présence et l'utilisation de moyens techniques et de technologies requises pour fournir le service, un site web par exemple, ne constituent pas un établissement.

Ce principe du pays d'origine ne s'appliquerait⁽²⁵⁾ pas aux droits de propriété industrielle et intellec-

tuelle, à l'émission de monnaie électronique, à l'assurance directe, aux obligations contractuelles concernant des contrats avec les consommateurs et aux communications commerciales non sollicitées par e-mail.

III. LA RÉGLEMENTATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

III.1. La fourniture d'informations

Tout le monde connaît la fameuse rengaine : "Sur le web, personne ne sait que je suis un chien". En effet, à l'âge de la société de l'information, il n'est pas rare qu'un utilisateur n'ait aucune idée ou aucune information sur la réalité qui se cache derrière le site web sur lequel il surfe. Certains sites préfèrent rester anonymes, d'autres négligent de fournir des informations autres que leur adresse de courrier électronique. Une étude américaine récente effectuée par la FTC montre que plus de la moitié des sites web ne donnent aucune adresse physique ou point de contact.

Face à un tel manque de transparence, le consommateur ou tout autre type d'utilisateur pourrait hésiter à s'engager commercialement avec une société ou un vendeur sans adresse fixe. En cas de conflit, par exemple si le produit livré n'est pas celui commandé ou est défectueux, si le prix est débité deux fois, on peut se demander où les réclamations doivent être adressées. Une adresse de courrier électronique suffit-elle ? Et qu'arrivera-t-il si personne ne ré-

(21) Plus exactement, la loi nationale de l'Etat membre ayant transposé la directive.

(22) Terwangne, C. de & Louveaux, S. (1997), « Data protection and online networks », CLSR, 08/1997, n° 13/4, p. 234-246.

(23) Pour plus de détails, voyez Fawcett & Torremans, *op. cit.*

(24) Ginsburg, J., Gauthier, M. (1997), « The celestial jukebox and earthbound courts : Judicial competence in the European Union and the United States over droit d'auteur infringements in cyberspace », RIDA, 07/1997, n° 173, p. 61-131.

(25) Annexe II de la directive commerce électronique.

pond à ces courriers électroniques ? Où pourra-t-on alors envoyer un recommandé ?

De nombreuses techniques se sont développées afin de faciliter l'identification et l'authentification des sites web et accroître la confiance des utilisateurs. La labellisation des sites web est l'une de ces techniques, encouragée d'ailleurs par la Commission européenne⁽²⁶⁾. La labellisation résulte d'une procédure d'audit constatant la conformité d'un site Web avec un certain nombre de conditions légales, techniques ou économiques. Le label est alors inscrit sur le site web et garantit la conformité du site avec les conditions dont une liste est accessible via le label, permettant ainsi la vérification par l'utilisateur des obligations auxquelles s'engage le commerçant.

L'article 5 de la proposition de directive commerce électronique oblige en outre les prestataires de services de la société de l'information à s'identifier en fournissant l'information suivante :

- le nom du prestataire ;
- l'adresse où le prestataire est établi ;
- les coordonnées permettant de contacter le prestataire rapidement et de communiquer directement et effectivement avec lui, en ce qui concerne son adresse de courrier électronique ;
- dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre du commerce, le registre auprès duquel il est inscrit et son numéro d'immatriculation ;
- dans le cas où une activité est soumise à un régime d'autori-

sation, les activités couvertes par l'autorisation reçue et les coordonnées de l'autorité qui a donné cette autorisation ;

• en ce qui concerne les professions réglementées :

- l'ordre professionnel ou l'institution similaire dans lequel le prestataire est inscrit, dans le cas où il est inscrit dans un tel ordre ou une telle institution,

- le titre professionnel octroyé dans l'Etat membre d'établissement, les règles professionnelles applicables dans l'Etat membre d'établissement, ainsi que les Etats membres dans lesquels les services de la société de l'information sont fournis d'une manière régulière ;

• dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro TVA sous lequel il est enregistré auprès de son administration fiscale.

L'information en question doit être facilement accessible, d'une manière directe et permanente. Il est dit dans les commentaires de cet article qu'une icône ou un logo inséré sur les pages web doublé d'un lien hypertexte vers une page contenant l'information est suffisant pour remplir cette condition.

III.2. Les communications commerciales

L'Union européenne a accordé une attention particulière aux problèmes juridiques posés par les communications commerciales faites en ligne vers le consommateur mais également entre professionnels.

Dans sa communication du 4 mars 1998 à la suite du Livre vert sur les communications commerciales dans le Marché intérieur⁽²⁷⁾, la Commission renonce à adopter un instrument contraignant pour les communications commerciales dont l'objectif serait par exemple une interdiction harmonisée de la publicité pour certains produits (par exemple tabac, drogues, etc.), ou l'élaboration de conditions spécifiques relatives par exemple à la langue utilisée, ou aux informations à fournir.

Au lieu de cela, elle propose l'application d'une méthodologie spécifique pour évaluer les effets et la proportionnalité de toute mesure adoptée par les Etats membres à ce sujet. L'application de cette méthodologie éviterait toute restriction nationale sur les communications à l'exception de celles basées sur des objectifs d'intérêt public. La Commission envisage également la constitution d'une base de données reprenant les dispositions communautaires et nationales ainsi que les codes d'auto-réglementation en la matière.

La proposition de Directive commerce électronique régit les communications commerciales en les soumettant à certaines conditions de transparence. Les communications commerciales, définies comme *"toutes les formes de communication destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation, ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale"*, devront remplir les conditions suivantes :

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle ;
- b) la personne physique ou morale pour le compte de qui la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable ;
- c) lorsqu'elles sont autorisées par l'Etat membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes, et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ;
- d) lorsqu'ils sont autorisés par l'Etat membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

De plus, l'article 7 de la proposition dispose que des communications commerciales non sollicitées par voie de courrier électronique doivent être clairement et explicitement identifiables dès leur réception par le destinataire.

Par ailleurs, trois Directives européennes offrent aux consommateurs la possibilité de s'opposer aux communications commerciales intrusives :

- la Directive sur la protection des données à caractère personnel⁽²⁸⁾ dont l'article 14 prévoit le droit de la personne concernée de s'opposer, sans

(26) Salaün A. (1999), « E-commerce. Consumer protection - Proposals for improving the protection of online consumers », CLSR, 06/1999, n° 15/3, p. 159-167.

(27) <http://europa.eu.int/comm/dg15/en/media/commcomm/commer.htm>

(28) Directive 95/46/EC, op. cit.

aucun frais, au traitement de ses données personnelles à des fins de marketing direct ;

- une autre directive sur la protection des données à caractère personnel adoptée en matière de télécommunications, dont l'article 12 interdit les appels non sollicités aux fins de marketing direct, à moins que le consommateur n'ait donné son consentement ;
- la directive contrats à distance dispose que les moyens de communication à distance qui permettent des communications individuelles peuvent être utilisés seulement quand il n'y a pas d'objection claire de la part du consommateur.

III.3. La protection du consommateur

De plus en plus de consommateurs européens ont recours au commerce électronique pour acheter par le biais d'internet livres, CD ou d'autres biens. Cependant, toutes les législations nationales ne réglementent pas ces pratiques ou en tout cas pas de la même façon.

Afin de générer un rapprochement des législations nationales, une directive récente régit les contrats conclus à distance entre consommateurs et prestataires. Dans la version initiale de ce texte, les services financiers étaient exclus du champ d'application de la directive. Plus récemment, la Commission a publié une proposition de directive sur la commercialisation à distance des services financiers pour ajouter à l'arsenal lé-

gislatif européen des dispositions spécifiques à ceux-ci.

Les contrats à distance couvrent "tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même" (article 2.1). A partir de cette définition et des domaines qui sont explicitement exclus du champ de la directive⁽²⁹⁾, il apparaît clairement que la livraison et/ou la distribution de biens par la voie électronique sont couvertes par la directive. Les règles principales de la directive sont les suivantes :

Information préalable : Préalablement à la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit se voir fournir les informations⁽³⁰⁾ concernant :

- a) l'identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse ;
- b) les caractéristiques essentielles du bien ou du service ;
- c) le prix du bien ou du service, toutes taxes comprises ;
- d) les frais de livraison, le cas échéant ;
- e) les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ;
- f) l'existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3 ;

g) le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base ;

h) la durée de validité de l'offre ou du prix ;

i) le cas échéant, la durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

Concernant les services financiers, le contenu de l'information préalable est élargi au prix du service qui doit être plus détaillé.

Pour des contrats qui sont conclus par Internet, le mieux est que ce type d'information soit inclus dans le site web d'une manière clairement accessible. Un lien vers une page d'information devrait être suffisant à condition qu'il renvoie à cette information de manière continue et qu'il soit accessible à toute étape de la consultation du site web.

Confirmation écrite de l'information : l'article 5 dispose que : "Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès.

En tout état de cause, doivent être fournies :

- une information écrite sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation ;
- l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;
- les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants ;
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

Droit de rétractation : En principe, pour tout contrat conclu à distance, le consommateur bénéficie d'une période d'au moins 7 jours ouvrables pour renoncer au contrat sans pénalité et sans aucun motif. Le fournisseur sera alors obligé de rembourser les sommes payées, sans aucun frais⁽³¹⁾. Néanmoins, une exception est prévue, qui s'appliquera probablement à certains cas de distribution on-line de matériels protégés si la prestation a commencé avec l'accord du consommateur.

Prestation : A nouveau, à moins que les parties en aient convenu autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans un maximum de 30 jours à partir du jour où le consommateur envoie sa commande au fournisseur⁽³²⁾.

III.4. La signature électronique

L'accomplissement de transactions électroniques pose la question de la reconnaissance de la validité formelle des fichiers et documents numériques. De plus, la plupart des pays européens imposent encore dans certains cas que

(29) Article 3.1.

(30) Article 4.

(31) Article 6.1 et 6.2.

(32) Article 7.1.

l'existence et le contenu des actes soient prouvés au moyen d'un écrit authentifié par une signature manuscrite. Sur les réseaux numériques, le problème de la preuve et de l'authenticité des documents et des parties a été largement discuté. Bon nombre de pays ont adopté (ou comme la Belgique sont en passe de le faire) une législation qui accorde une valeur juridique égale aux signatures manuscrites et numériques. A côté du travail déjà accompli par l'UNCITRAL et l'OCDE, la Commission européenne vient de publier une directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques⁽³³⁾.

Son objectif est double :

- empêcher les Etats membres de refuser à la signature électronique effet juridique, validité et force exécutoire sur la seule base qu'elle soit faite électroniquement ;
- et assurer la libre circulation des services de certification et des certificats au sein de l'Union européenne.

En vertu de cette directive, les Etats membres reconnaîtront la validité et la valeur probante des signatures électroniques qui sont basées sur un certificat qualifié émis par un prestataire de service de certification qui satisfait aux conditions listées dans la proposition. Les certificats seront considérés comme qualifiés s'ils incluent certaines mentions obligatoires, comme :

- l'identité du fournisseur du service de certification,
- le nom du titulaire et ses attributs spécifiques,

- la signature du système de vérification,
- la durée validité,
- la signature électronique du prestataire de service de certification,
- le code d'identité du certificat.

Les opérateurs qui désirent s'engager dans des activités de certification devront remplir certaines conditions de confiance et d'honnêteté. Par exemple, ils auront à justifier qu'ils emploient du personnel qualifié, qu'ils prennent des mesures contre la contrefaçon de certificats et pour la confidentialité, qu'ils ont la capacité financière de payer des dommages s'ils étaient reconnus responsables. Ils devront aussi fournir aux consommateurs une série d'informations préalables à la conclusion du contrat et s'abstenir de conserver des clés privées, sauf si le titulaire donne son consentement. Ces exigences ne sont pas indispensables pour l'exercice de l'activité mais les certificats qui seront délivrés bénéficieront d'une plus grande force probante.

D'autres dispositions de la directive règlent le régime de responsabilité des fournisseurs de service de certification, les conditions de protection des données et la garantie de libre circulation et de reconnaissance mutuelle des certificats et des services de certification.

III.5. Les contrats électroniques

La reconnaissance de la validité des transactions électroniques est le complément nécessaire de l'octroi d'une force probante à la signature électronique. Ce problème est en fait le nouvel avatar de la

question de l'EDI soulevée au milieu des années 70 et qui avait stigmatisé en son temps le manque de reconnaissance légale du contrat électronique. Normalement, le contrat est formé entre deux parties quand il y a consentement réel à conclure un tel accord. Une des questions qui se posent est de savoir si cliquer sur une icône "J'accepte" ou "Je suis d'accord" équivaut à la conclusion du contrat. Non seulement la question de la réalité du consentement est quelque peu complexe dans le cadre d'un système électronique, mais la preuve et la validité de l'accord électronique peuvent également poser problème dans certains pays qui imposent encore des conditions formelles.

Ce sont les deux obstacles qui constituent la principale justification de dispositions concernant la formation des contrats dans la proposition de directive commerce électronique.

L'article 9 exige que : *"Les États membres veillent à ce que leur législation rende possibles les contrats par voie électronique. Les États membres s'assurent, notamment, que le régime juridique applicable au processus contractuel n'empêche pas l'utilisation effective des contrats par voie électronique ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique"*. Cet article est formulé très largement et vise à couvrir toutes les étapes du processus contractuel. Cela signifierait que les Etats membres auraient à contrôler et systématiquement revoir toute règle qui pourrait empêcher, limiter ou dissuader l'utilisation de contrats électroniques. Il faudra donc revoir et modifier, si nécessaire, non

seulement les conditions de forme inscrites dans une réglementation nationale telle que l'obligation de produire un document papier, mais aussi toute règle qui pourrait en pratique constituer une difficulté pour contracter par voie électronique. Les différentes étapes du processus contractuel qui entrent en considération sont : l'invitation à commercer, l'offre de contrat, les négociations, l'offre ou l'invitation à contracter, la conclusion du contrat, l'enregistrement, l'annulation ou l'amendement du contrat, la facturation et l'archivage du contrat.

La proposition de directive autorise toutefois les Etats membres à prévoir des exemptions en matière de droit familial, contrats de succession, les contrats exigeant l'intervention d'un notaire ou l'enregistrement devant une autorité publique.

Le problème du consentement à la conclusion du contrat est organisé autour des principes de transparence et d'information. En effet, l'article 10 impose que le prestataire de services explique la manière dont le contrat sera formé de manière claire, non équivoque et avant la conclusion du contrat. Cette information devra inclure :

- les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat ;
- la possibilité ou non d'un archivage et d'un accès au contrat ;
- tous les moyens disponibles de correction des erreurs de traitement.

Cette information ne sera pas obligatoire entre parties professionnelles si ces dernières en ont convenu autrement.

(33) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, 19 janvier 2000.

Il incombera aux Etats membres de prévoir dans leur législation les différentes étapes à suivre pour conclure un contrat électronique afin de permettre aux parties de donner un consentement plein et éclairé. Le prestataire de services devra mettre à la disposition du destinataire les moyens nécessaires pour identifier et corriger les erreurs de traitement. La proposition ne spécifie donc pas si un consentement automatisé exécuté par des agents intelligents serait valide, ni la façon dont les termes contractuels et les pages web devraient être rédigés et présentés.

Finalement, la proposition de directive détermine le moment où le contrat électronique sera censé être conclu, c'est-à-dire quand le destinataire du service reçoit du fournisseur de service, à travers des moyens électroniques, un accusé de réception de l'acceptation du destinataire. L'accusé de réception est censé être reçu quand les parties à qui il est destiné peuvent y avoir accès.

Ce moment de conclusion du contrat est utile pour déterminer non seulement le moment où le contrat acquiert force obligatoire pour les parties, la loi applicable au contrat mais encore toute autre modalité qui pourrait être déterminée par un critère temporel. Ce problème était déjà crucial pour d'autres types de contrat conclus à distance, par exemple par téléphone, fax ou courrier ordinaire. Le contrat était considéré comme conclu à des moments différents selon les pays, certains accréditent la thèse de l'envoi de la lettre d'acceptation, alors que d'autres retiennent le moment de la réception. Une fois adopté, l'article 11 devrait aider à résoudre les divergences parmi les lois nationales des Etats membres.

III.6. Les paiements électroniques

Créer un cadre légal adéquat pour les paiements électroniques est un défi particulier pour la réglementation d'Internet. D'abord parce qu'il y a des catégories différentes de paiement et ensuite parce que ces paiements utilisent parfois des technologies complexes. Les principales catégories de paiement en Europe sont l'instrument de monnaie électronique et la carte de crédit. Il est important de marquer la différence entre ces deux types d'instrument car ils ne sont pas réglementés exactement de la même façon et poursuivent des finalités différentes. La carte de crédit a l'avantage d'être utilisée mondialement et la renommée de son émetteur lui assure généralement un bon accueil comme instrument de paiement sur Internet. De plus, elle offre la possibilité de faire des paiements de montants élevés.

L'instrument de monnaie électronique est, au contraire, destiné à permettre d'effectuer des petits voire micro paiements, la confiance qu'il inspire repose davantage sur la technologie complexe sur laquelle il est basé. Le paiement est fait offline grâce à une technologie qui permet le stockage d'unités monétaires sur un périphérique qui pourrait être soit une carte à puce soit une mémoire d'ordinateur.

Cartes de crédit

Le choix de limiter l'analyse aux cartes de crédit et de ne pas parler des autres instruments de paiement pourrait apparaître arbitraire. Mais il semble que celles-ci sont en train de devenir un des instruments de paiement les plus populaires sur Internet et dont

l'utilisation risque de croître encore grâce aux développements de systèmes de sécurisation tels que la cryptographie ou les signatures électroniques et les certificats. Ces applications permettront au numéro de la carte de crédit de voyager à travers le réseau de manière plus sécurisée.

Il existe un texte européen qui est d'une grande aide pour anticiper la réglementation des cartes de crédit quand elles sont utilisées pour des cyber paiements. Il s'agit de la recommandation de la Commission (ci-après la recommandation) concernant les transactions effectuées à l'aide d'un instrument de paiement électronique⁽³⁴⁾.

Nous notons qu'une recommandation n'est pas considérée comme un instrument légal contraignant, mais il reste que son analyse présente un intérêt car la Commission a prévu d'effectuer une enquête pour examiner si celle-ci a été suffisamment mise en œuvre dans les différents Etats membres, si ce n'est pas le cas, elle présentera une directive qui risque d'être fortement inspirée de l'actuelle recommandation.

Pour être compris dans le champ d'application de la recommandation, l'instrument de paiement électronique doit permettre au titulaire de réaliser des transferts de fonds ou/et des retraits d'argent⁽³⁵⁾. Il n'y a pas de disposition particulière sur la qualité de l'émetteur qui est défini à l'article 2 (e) comme "une personne qui, dans le cours de son activité,

met à la disposition d'une autre personne un instrument de paiement en exécution d'un contrat conclu avec lui/elle". Mais il supporte plusieurs obligations qui se rapportent d'un côté à la transparence des conditions de transaction et d'un autre côté à la perte ou le vol d'un instrument de paiement.

Avant la transaction, pour respecter la transparence, l'émetteur doit par exemple⁽³⁶⁾ :

- Dès la signature du contrat ou, en tout état de cause, bien avant la délivrance de l'instrument de paiement électronique, communiquer au titulaire les conditions contractuelles régissant l'émission et l'utilisation en question. Les conditions indiquent la loi applicable au contrat.
- Les conditions sont présentées par écrit, y compris, le cas échéant, par voie électronique, en termes simples et aisément compréhensibles, et elles sont disponibles au moins dans la ou les langues officielles de l'Etat membre où est proposé l'instrument de paiement électronique.
- Dans ces conditions figurent au moins :
 - a) une description de l'instrument de paiement électronique, et, le cas échéant, des caractéristiques techniques de l'équipement de communication que le titulaire est autorisé à employer, ainsi que les utilisations possibles de l'instrument, y compris, le cas échéant, les plafonds appliqués ;

(34) Recommandation de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *Journal officiel*, n° L 208 du 02/08/1997 p. 0052-0058, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1997/fr_397X0489.html

(35) Article 1.1 et 2 (a).

(36) Pour une liste complète des obligations voyez l'article 3 de la recommandation.

- b) une description des obligations et responsabilités respectives du titulaire et de l'émetteur ; sont notamment indiquées les précautions élémentaires que doit prendre le titulaire pour assurer la sécurité de l'instrument de paiement électronique et des moyens (numéro d'identification personnel ou autre code) qui en permettent l'utilisation ;
 - c) le cas échéant, le délai sous lequel sera normalement débité ou crédité le compte du titulaire, ainsi que la date de valeur, ou, si le titulaire n'a pas de compte ouvert chez l'émetteur, le délai sous lequel la facturation lui sera normalement adressée ;
 - d) tous les types de frais à la charge du titulaire ; sont notamment précisés, le cas échéant :
 - le montant des frais initiaux et des frais de cotisation annuels,
 - la nature de toutes les commissions et de tous les frais payables par le titulaire à l'émetteur pour certains types d'opérations,
 - le taux d'intérêt éventuellement appliqué, ainsi que la manière de calculer celui-ci ;
 - e) le délai imparti au titulaire pour contester une opération, et une indication des procédures de réclamation et de recours dont il dispose ainsi que des modalités d'accès à celles-ci.
- Si l'instrument de paiement électronique est utilisable pour des opérations à l'étranger (c'est-à-dire en dehors du pays d'émission ou d'affiliation), le ti-

tulaire se voit aussi communiquer les informations suivantes :

- a) le montant des commissions et des frais prélevés sur les opérations dans une devise étrangère et, le cas échéant, les taux appliqués ;
- b) le cours de change de référence utilisé pour convertir le montant des opérations réalisées dans une devise étrangère et la date prise en compte pour le déterminer.

Des informations postérieures à la transaction doivent également être fournies comme par exemple une référence pour identifier la transaction, la somme débitée et les frais imputés⁽³⁷⁾.

Mais la partie la plus intéressante de la recommandation concerne la répartition des droits, obligations et responsabilités respectifs de l'émetteur et du titulaire en cas de perte ou de vol de l'instrument. Tout le régime est organisé autour du moment de la notification de la perte ou du vol. L'émetteur doit faire en sorte de mettre à la disposition du titulaire les moyens appropriés pour effectuer cette notification, et lorsque celle-ci est faite par téléphone (ce qui est pour le moment le système le plus fréquent) l'émetteur doit fournir au titulaire une preuve de cette notification.

Pour cette raison, jusqu'à la notification, le titulaire supporte la perte financière qui résulte de la perte ou du vol de la carte à concurrence d'un montant maximal de 150 euro, excepté s'il a agi avec une extrême négligence ou frauduleusement, dans ce cas, aucune limite n'est applicable. Lorsqu'on parle de négligence ex-

trême, on vise par exemple le fait d'inscrire son code PIN sous une forme aisément reconnaissable ou encore une notification tardive. Mais il y a une exception à ce régime, le titulaire de l'instrument est exonéré de toute responsabilité lorsque l'instrument est utilisé sans présentation physique ou sans identification électronique (de l'instrument lui-même) et la recommandation d'ajouter que la simple production d'un code secret ou de tout autre élément d'identification similaire n'est pas suffisant pour engager la responsabilité du titulaire.

Cette disposition particulière doit être lue à la lumière de la pratique qui permet d'utiliser le numéro de la carte de crédit ainsi que la date d'expiration pour effectuer des paiements. Si ce moyen particulier est utilisé par une tierce partie après le vol ou la perte de l'instrument, le titulaire de la carte ne sera pas responsable et ne se verra appliquer aucun plafond de responsabilité. Certains auteurs ont vu dans cette disposition un grand encouragement de la part de la Commission à l'utilisation de la signature électronique et des certificats.

Instruments de monnaie électronique

La Commission européenne a montré un intérêt particulier pour la monnaie électronique et tente à présent de créer un régime juridique afin d'ouvrir son émission à des établissements non bancaires⁽³⁸⁾.

A côté de l'émission, d'autres aspects juridiques de la monnaie électronique ont été réglementés dans la recommandation sur les instruments de paiement électronique que nous avons déjà mentionné. L'instrument de monnaie électronique y est défini comme un instrument de paiement rechargeable autre qu'un instrument de paiement et d'accès à distance, qu'il s'agisse d'une carte prépayée ou d'une mémoire d'ordinateur sur lequel des unités de valeur sont stockées électroniquement, qui permet à son titulaire d'effectuer des opérations comme le transfert électronique de fonds par exemple⁽³⁹⁾.

Le régime juridique applicable à la monnaie électronique n'est pas très différent de celui de la carte de crédit. Cependant, eu égard à la nature spécifique de cet instrument (valeur de chargement limitée et pré-paiement) la recommandation crée un système original d'application de ses dispositions. Un instrument de monnaie électronique a deux fonctions : une fonction de paiement (sans accès au compte) et une fonction de chargement avec un accès à distance au compte du titulaire. Certaines dispositions ne sont pas applicables à cette fonction de paiement comme par exemple l'article 6 relatif à la responsabilité du titulaire. Ce qui signifie que le régime basé sur la notification ne sera pas applicable aux paiements effectués au moyen d'un instrument de monnaie électronique. Cependant la recommandation s'applique entièrement à la fonction de chargement.

(38) Proposition de la Commission de directives du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions.
<http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/finances/general/727.htm>

(39) Article 1 (c).

Il y a également des dispositions propres à l'instrument de monnaie électronique comme l'obligation pour l'émetteur de fournir au titulaire la possibilité de vérifier les cinq dernières opérations faites avec l'instrument ainsi que la valeur résiduelle. Une autre disposition particulière fait porter à l'émetteur la responsabilité en cas d'exécution fautive d'une transaction due à une défaillance technique.

III.7. Le régime TVA des ventes en ligne⁽⁴⁰⁾

Contrairement à la taxation directe, la réglementation de la taxation indirecte fait partie des compétences de l'Union européenne. Ce qui signifie que la Commission se trouve aujourd'hui devant le défi d'adapter la taxation indirecte au monde numérique. Le problème central vient du fait que toutes les transactions passent par le réseau et ne pour-

raient être comptées ou vérifiées sans de considérables investissements en temps et en argent.

Notions générales

Les transactions suivantes sont soumises à la TVA : la fourniture de biens ou de services effectuée sur le territoire du pays par une personne taxable agissant comme telle et l'importation de biens. Une personne taxable signifie toute personne qui conduit indépendamment une activité économique (...) quel que soit le résultat de cette activité.

Qualification de la transaction

Selon la qualification qui sera donnée à la transaction, la charge de la taxe sera supportée par l'une ou l'autre partie, car il y a des règles différentes selon le type de transaction effectué. Il y a deux catégories principales de transactions qui sont la livraison

de biens et la fourniture de services, chacune de ces catégories contient des sous-catégories comme par exemple dans le cas de la livraison de biens : les cas de vente par correspondance ou les livraisons avec transport par le destinataire du bien, etc.

Dans une communication au Conseil, au Parlement et au Comité économique et social, sur la taxation indirecte et le commerce électronique, la Commission a développé l'idée que la commande et la livraison de biens par le réseau doivent être considérées comme des prestations de services. Cette communication est pour le moment la seule initiative prise par les institutions européennes pour adapter le régime juridique existant en matière de taxation indirecte au commerce électronique.

Lieu de la transaction

La règle générale est que les services taxables sont taxés dans la juridiction à laquelle le prestataire appartient, mais ce principe est soumis à de nombreuses exceptions. Les exceptions trouvent leur justification dans la volonté de limiter les distorsions de concurrence générées par la différence de taux applicables entre les juridictions. Les exceptions portent en général sur des "services intellectuels" tels que le transfert de droits d'auteur ou les services financiers.

Par exemple, au Royaume-Uni, la TVA anglaise peut être appliquée à la fourniture de services si le lieu de prestation est le Royaume-Uni. Un consommateur anglais qui acquiert des "services

intellectuels" peut être considéré comme ayant bénéficié du service au Royaume-Uni même si le prestataire n'y a pas son siège social.

Dans ce cas de figure, un bénéficiaire de services (assujetti à la TVA) devra payer la TVA sur le service importé selon la procédure dite de la "charge renversée". La procédure de la charge renversée fonctionne seulement dans deux cas, quand la fourniture est faite à une personne qui réside hors de l'Union européenne et quand la fourniture se fait à l'égard d'une personne assujettie dans un autre Etat membre agissant pour ses objectifs commerciaux propres.

Le système de TVA européen est complexe et permet pour le moment d'éviter facilement la TVA pour des livraisons ou prestations faites par le réseau car il est extrêmement difficile de surveiller les transactions qui se font.

III.8. Les droits d'auteur

La possibilité de numériser de nombreuses œuvres comme des photos, films, musique, etc. donne à celles-ci une diffusion extraordinaire à l'échelle mondiale. Ce qui ne va pas sans poser de nombreuses questions en matière de droits d'auteur.

La volonté de l'Union européenne d'adapter le droit d'auteur européen à la société de l'information remonte déjà au Livre Vert⁽⁴¹⁾ en la matière datant de 1995. Le Suivi de ce Livre Vert⁽⁴²⁾ concluait sur la nécessité d'harmoniser les règles relatives au droit d'auteur et droits voisins afin d'améliorer le fonctionnement du marché inté-

(40) Pour plus de détails voyez Edwards, L. et Waelde, C. (1997), *Law and the Internet, regulating cyberspace*, Hart publishing, p. 157-170.

Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM(95) 382final.

Suivi du Livre Vert, COM(96) 568final.

Proposition modifiée de directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM(1999) 250 final du 21 mai 1999.

Disponibles sur <http://www.wipo.int>

Trib. 1^{re} inst. Bruxelles, RIDA, avril 1997, n° 1752, p. 238.

Article 6.1. de la proposition de directive révisée sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins : "les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace destinée à protéger tout droit d'auteur ou droit voisin (...) que la personne exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elle poursuit cet objectif".

Article 6.2. "Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre les activités, y compris la fabrication ou la distribution de dispositifs, produits, éléments ou la prestation de services, non autorisées, qui : (a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation dans le but de neutraliser la protection, ou (b) n'ont qu'une raison commerciale ou qu'une utilisation limitée autre que de neutraliser la protection ou (c) sont principalement conçues, produites, adaptées ou réalisées en vue de permettre ou de faciliter la neutralisation ou la protection de mesures techniques efficaces (...)".

Article 13 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 1^{er} septembre 1999, COM(1999) 427final.

La proposition de directive est limitée aux opérations de "stockage automatique et temporaire de l'information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service".

(41) Livre Vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, COM(95) 382final.

(42) Suivi du Livre Vert, COM(96) 568final.

rieur et de favoriser le développement de la Société de l'Information dans un cadre réglementaire adéquat. Cette volonté est consacrée dans la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁽⁴³⁾, datant de décembre 1997.

Le deuxième objectif majeur de cette proposition est de transposer les obligations résultant de l'adoption des deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) de 1996⁽⁴⁴⁾. Ces deux traités, adoptés par la majorité des Etats lors d'une conférence diplomatique de grande envergure, règlent un certain nombre de questions du droit d'auteur dans la société de l'information telles que la définition du droit de communication au public et du droit de distribution, la protection des mesures technologiques de protection et l'information relative aux droits. Nous verrons que sur certains de ces points, la Commission européenne va plus loin que les dispositions des traités.

Cette directive, une fois adoptée, complètera l'acquis communautaire déjà constitué d'un grand nombre de dispositions essentielles notamment en matière de protection des logiciels et des bases de données, de durée de la protection, de droits voisins, du droit de location et de prêt. Cet acquis forme un pan essentiel et consistant de la politique européenne relative aux défis de la société de l'information.

Le droit de reproduction

La définition du droit de reproduction constitue un enjeu essentiel pour les titulaires de droit ainsi que pour les autres acteurs de la transmission et de l'exploitation des œuvres protégées par le droit d'auteur sur les réseaux. Le droit de reproduction est un des principaux droits reconnus à l'auteur d'une œuvre qui lui permet de s'opposer à la reproduction de son œuvre, définie généralement comme la fixation de celle-ci sur un support quelconque. Dans le cadre des nouvelles technologies et des réseaux électroniques, la question principale était de déterminer si le champ du droit de reproduction tel qu'entendu dans nos législations et jurisprudence, suffisait à recouvrir les nouvelles exploitations des œuvres sur ou hors réseau, ainsi que les actes techniques nécessaires à de telles exploitations.

Dès 1996, dans l'affaire *Central Station*⁽⁴⁵⁾, les juges belges ont confirmé que la numérisation et la mise sur le réseau Internet d'œuvres protégées par le droit d'auteur constituaient un acte de reproduction soumis à l'autorisation de l'auteur. Les faits concernaient des articles de presse disposés sous forme d'archives et de revues de presse électroniques et mis à la disposition d'un public payant par les éditeurs des journaux en question.

Cette jurisprudence pionnière a été suivie dans d'autres pays européens qui, d'une seule voix, ont affirmé que le droit de reproduction couvrirait bien les actes de nu-

mérisation, de stockage sur la mémoire d'un ordinateur, et de mise en réseau ou *uploading*.

La proposition de directive tranche cette question en définissant le droit de reproduction de la manière suivante : "les Etats membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie". La définition reprend quasiment celle figurant dans la directive relative aux programmes d'ordinateur et celle relative à la protection des bases de données. Ici l'élément de permanence ou non de la reproduction est clairement intégré ce qui implique en principe que la reproduction provisoire et éphémère est considérée comme un acte de reproduction soumis à l'autorisation du titulaire de droit. Il s'agit là de l'enjeu le plus délicat de la définition du droit de reproduction. Ainsi, une diffusion en réseau implique nécessairement une multitude d'actes de fixation provisoire à la fois sur les ordinateurs des utilisateurs et sur les serveurs et autres systèmes de transmission utilisés par les intermédiaires techniques.

Si la question épineuse de la reproduction provisoire fut le talon d'Achille de la discussion de l'OMPI sur le droit de reproduction, la Commission européenne n'a pas hésité à trancher le débat en incluant celle-ci dans la définition du droit de reproduction, tout en introduisant la copie provisoire dans la liste des exceptions à ce droit. L'article 5, alinéa 1 de la Proposition révisée exempte du droit de reproduction "les actes de reproduction provisoires tels que les actes de reproduction transitoires et

accessoirs, qui constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique, y compris ceux qui facilitent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante."

Ainsi, les opérations de *browsing*, de *caching*, ainsi que les multiples fixations provisoires de l'œuvre nécessaires à sa transmission en réseau échapperont à la nécessité de l'autorisation de l'auteur si elles répondent aux conditions énoncées par l'exception. Il est important de signaler que les Etats membres devront impérativement transposer cette exception dans leur droit national.

Le droit de communication au public

Le droit de communication au public constitue le deuxième droit essentiel reconnu aux auteurs. Or, sur Internet, le fait que des personnes puissent avoir accès individuellement à des contenus, notamment dans le cadre de services à la demande, remet en cause la notion de public. Les utilisateurs d'Internet ne sont en effet pas nécessairement réunis dans un même lieu lorsque les prestations leur sont communiquées. En outre, contrairement aux communications classiques dans lesquelles le spectateur n'est que passif, le récepteur des œuvres et prestations sur Internet joue un rôle actif dans la sélection du contenu et dans le choix du moment de réception.

En conséquence, aussi bien l'OMPI que l'Union européenne ont inclus dans la définition du droit de communication au public

(43) Proposition modifiée de directive sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM(1999) 250 final du 21 mai 1999.

(44) Disponibles sur <http://www.wipo.int>

(45) Trib. 1^{re} inst. Bruxelles, *RIDA*, avril 1997, n° 1752, p. 238.

la "mise à disposition du public des œuvres de telle manière que chaque membre du public peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement". Cette définition couvre clairement les transmissions des œuvres sur les réseaux, notamment celles qui sont effectuées dans le cadre de services à la demande.

Le droit de distribution

Le droit de distribution est reconnu aux auteurs dans certains pays européens, ce qui leur permet de s'opposer à la distribution et à la vente d'exemplaires de leurs œuvres. Ce droit de distribution s'épuise généralement après la première distribution. Ainsi, les auteurs ne peuvent s'opposer à la revente ou à la nouvelle distribution d'exemplaires mis sur le marché avec leur autorisation.

Dans les premières années du développement d'Internet, les opposants au droit d'auteur et droits voisins ainsi que les autres utilisateurs libertaires de ce nouveau médium cherchaient à appliquer par analogie le droit de distribution à la communication de copies d'œuvres par le biais des réseaux. Ceci afin de profiter de l'épuisement du droit de distribution qui, toujours selon eux, empêcherait les ayants-droit de s'opposer à la réutilisation *online* d'une œuvre ou prestation licitement acquise.

Il est vrai qu'à première vue, la 'distribution' de copies d'œuvres sur Internet pourrait être assimilée, au point de vue fonctionnel, à la distribution d'exemplaires dans l'environnement traditionnel. Toutefois, appliquer le droit de distribution aux transmissions numériques empêcherait les auteurs de bénéficier de l'exploitation des œuvres sur ces nouveaux médias.

En conséquence, la proposition de directive à l'instar des textes de l'OMPI rejette clairement l'application de ce droit aux transmissions immatérielles. La Commission européenne profite également de l'occasion pour déterminer que l'épuisement du droit n'a qu'une portée européenne, ce qui implique qu'une première distribution des œuvres hors du territoire de l'Union européenne n'épuisera pas le droit.

Les exceptions aux droits des auteurs

L'harmonisation des exceptions constitue un des pans les plus importants de la Proposition de Directive européenne. Cette harmonisation poursuit un double but :

- instaurer un dénominateur commun des exceptions admissibles dans les Etats membres. Dans la mesure où la liste des exceptions de l'article 5 n'est qu'optionnelle pour ces derniers, l'harmonisation ne pourra cependant qu'être partielle ;
- adapter les exceptions à l'environnement numérique en reconsidérant leur portée et leur champ d'application afin que le passage à la société numérique ne puisse impliquer que l'exercice de ces exceptions cause un préjudice nouveau à l'exploitation des œuvres.

Ce dernier souci a particulièrement marqué les amendements votés par le Parlement européen qui vont majoritairement dans le sens d'une limitation des exceptions, que ce soit par l'ajout de conditions supplémentaires à leur exercice, ou par le biais de leur transformation en licences obligatoires dont la contrepartie est le versement d'une rémunération aux ayants-droit. Ces modifica-

tions ont été largement reprises par la Commission dans sa proposition révisée.

Outre l'exception pour certains actes de reproduction provisoire dont nous avons parlé plus haut, l'article 5 distingue les exceptions exclusivement au droit de reproduction des exceptions aux droits de reproduction et de communication au public.

L'article 5(2) prévoit que les exceptions suivantes peuvent être apportées au droit de reproduction :

- a) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de tout technique photographique ou par tout autre procédé ayant des effets similaires (cas de la reprographie) ;
- b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur support d'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel, par une personne physique ou pour un usage privé et à des fins non commerciales. Une rémunération équitable doit être versée à l'auteur. Dans le cas de la copie privée digitale, celle-ci ne sera pas permise si des moyens techniques en empêchent l'accomplissement ;
- c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des établissements accessibles au public et qui ne visent aucun avantage économique ou commercial, direct ou indirect, actes effectués à des fins d'archivage ou de conservation ;
- d) lorsqu'il s'agit d'actes éphémères de reproduction effectués par des organismes de radiodiffusion sur leurs propres productions.

Il peut également être dérogé au droit de reproduction et au droit de communication au public dans les cas suivants :

- a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation uniquement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche scientifique, toujours sous réserve d'indiquer la source et dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi ;
- b) lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap, qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap ;
- c) lorsqu'il s'agit d'extraits afin de rendre compte d'événements d'actualité, toujours sous réserve d'indiquer la source et dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre ;
- d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que la source soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la limite justifiée par l'objectif poursuivi ;
- e) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de sécurité publique ou de bon déroulement d'une procédure administrative ou judiciaire.

La liste des exceptions ainsi édictées par le texte de la proposition de directive n'est que facultative, ce qui signifie que les Etats membres pourront ne transposer dans leur droit national que cer-

taines de ces exceptions. Par contre, ils ne pourront prévoir d'autres limitations aux droits que celles prévues dans cet article 5. L'harmonisation ne sera donc que relative sur ce point.

Protection des mesures technologiques

L'adage est maintenant bien connu : si la technologie menace les droits des auteurs, la technologie peut également remédier à l'insécurité de la diffusion des prestations sur les réseaux. Ainsi, la cryptographie, le *watermarking*, les agents électroniques, les techniques anti-copie, permettent de sécuriser la transmission d'une oeuvre, d'en contrôler l'accès ou d'en empêcher la copie. Le point faible de ces systèmes est bien entendu qu'ils peuvent à leur tour être attaqués et neutralisés par d'autres technologies. Une préoccupation majeure des titulaires de droit est donc de sanctionner les personnes qui effectueraient de tels contournements pour avoir accès illégalement à l'oeuvre, ou pour en réaliser une copie, ainsi que les personnes qui fabriqueraient et mettraient en vente des dispositifs ou appareils qui permettraient un tel contournement. Un exemple récent s'est produit avec la technologie du DVD qui incorpore une protection technique destinée à en empêcher la re-

production. Un hacker (pirate informatique) ayant réussi à déjouer ce mécanisme a largement distribué la clé de décryptage sur Internet, au grand désespoir de l'industrie cinématographique.

Les législateurs ont depuis peu répondu à ces inquiétudes. Ainsi les traités de l'OMPI de 1996 imposent aux Etats membres de *"prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs interprétations ou exécutions ou de leurs phonogrammes, d'actes qui ne sont pas autorisés par les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes concernés ou permis par la loi"*.

L'Union européenne propose de transposer cette protection de manière extrêmement détaillée d'une part en interdisant la neutralisation même des systèmes techniques⁽⁴⁶⁾ ; d'autre part en sanctionnant la commercialisation et autres activités de distribution, ainsi que la promotion de dispositifs permettant la neutralisation⁽⁴⁷⁾. Cette dernière disposition rend il-

licites les dispositifs qui n'ont qu'une raison commerciale ou une utilisation limitée autre que la neutralisation des protections techniques du droit d'auteur, ce qui laisse en dehors de son champ d'application, et ceci pour rassurer l'industrie électronique et informatique, les équipements électroniques grand public poursuivant un but parfaitement légitime.

III.9. La protection des bases de données

Une directive européenne récente du 11 mars 1996 protège les bases de données qui sont définies comme une *"compilation d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière"*.

La particularité de cette directive est qu'elle institue une double protection par le droit d'auteur et par un droit spécifique nommé *droit sui generis*.

Le droit d'auteur protège la base de données originale, soit celle qui, par le choix ou la disposition des matières, constitue une création intellectuelle propre à son auteur. Le titulaire du droit est le créateur de la base de données qui peut être une personne morale dans les pays où la législation le permet (par exemple, dans le cadre d'une oeuvre collective en France ou dans le cadre de contrats de travail ou de commande ailleurs). En matière de droit d'auteur, la protection s'applique non au contenu de la base de données (qui reste protégé le cas échéant par un droit d'auteur spécifique), mais bien à la structure de celle-ci. La durée du droit est identique à la durée du droit

d'auteur traditionnel, soit 70 ans après la mort de l'auteur.

Les bases de données non originales peuvent également jouir d'une protection instituée par le droit *sui generis* qui s'applique aux bases de données dont l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu attestent d'un investissement substantiel du point de vue quantitatif ou qualitatif. Le titulaire du droit est le fabricant de la base de données qui est défini comme la personne physique ou morale qui a pris l'initiative et le risque de l'investissement. Le droit qui lui est reconnu est le droit d'empêcher l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une part substantielle de la base.

La durée du droit est de 15 ans à compter de la fabrication de la base de données mais cette durée est renouvelée à chaque modification substantielle.

III.10. La responsabilité des intermédiaires

La problématique de la responsabilité des intermédiaires des réseaux, tels que fournisseurs d'accès, hébergeurs, opérateurs de télécommunications, est vaste et complexe et a constitué tout à la fois une des questions les plus délicates et les plus exposées au *lobbying*. La question consiste à déterminer dans quelle mesure ces intermédiaires sont responsables du contenu illicite qui se trouverait sur le réseau, tel que des contenus en infraction avec le droit d'auteur, les contenus pornographiques ou pédophiles, les sites racistes ou révisionnistes, les propos diffamatoires, etc. Les arguments pour ou contre une responsabilisation des intermédiaires techniques d'Internet sont multi-

(46) Article 6.1. de la proposition de directive révisée sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins : "Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre la neutralisation non autorisée de toute mesure technique efficace destinée à protéger tout droit d'auteur ou droit voisin (...) que la personne exécute en sachant ou en ayant des raisons valables de penser qu'elle poursuit cet objectif".

(47) Article 6.2. "Les Etats membres prévoient une protection juridique appropriée contre les activités, y compris la fabrication ou la distribution de dispositifs, produits, éléments ou la prestation de services, non autorisées, qui : (a) font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation dans le but de neutraliser la protection, ou (b) n'ont qu'une raison commerciale ou qu'une utilisation limitée autre que de neutraliser la protection ou (c) sont principalement conçues, produites, adaptées ou réalisées en vue de permettre ou de faciliter la neutralisation ou la protection de mesures techniques efficaces (...)".

ples. Les personnes susceptibles d'être lésées par l'illicéité d'un contenu sur Internet, par exemple les titulaires de droit d'auteur, estiment que les intermédiaires bénéficient, quoiqu'indirectement, de la profusion de contenus disponibles sur les réseaux et seraient donc à ce titre concernés par l'éventuelle licéité de ces contenus. Enfin, les intermédiaires participent à la diffusion large d'un contenu illicite (par exemple pédophile ou révisionniste) soit en donnant accès au réseau, soit en hébergeant ce contenu sur leur serveur. Par ailleurs, ils sont les plus aptes techniquement pour enlever le contenu litigieux d'Internet ou bloquer l'accès au site.

Un argument plus pragmatique est que, dans la grande majorité des cas, le responsable direct de l'infraction est soit non identifié soit réside dans une juridiction hors de portée. Dès lors, il est apparu plus facile de s'adresser au prestataire technique soit plus proche géographiquement, tel que le fournisseur d'accès national, soit plus solvable.

En face, les arguments ne sont pas moins solides. Les prestataires techniques de l'Internet prétendent qu'ils sont démunis face à l'immensité du contenu des réseaux, immensité qui les empêche concrètement de vérifier les éventuelles violations de droits qui y seraient commises. De plus, même s'ils étaient à même de vérifier ce contenu, ils ne disposent bien souvent pas des éléments leur permettant de juger qu'un contenu est illicite, par exemple parce que numérisé sans le consentement des auteurs. Leur imputer une responsabilité sans limites les forcerait à fermer bouti-

que dans la mesure où leur travail consiste précisément à héberger ou donner accès à des contenus de manière indifférenciée. Finalement ce qu'ils perçoivent ne serait qu'une série de bits dont l'éventuelle qualité d'œuvre ou de prestation protégée leur serait invisible. Un dernier argument est que leur imposer une responsabilité en matière de contenus reviendrait à leur faire jouer le rôle de policier des réseaux. Afin d'échapper à leur responsabilité, ils se permettraient alors de couper l'accès à ou l'hébergement de sites litigieux, ce qui établirait une certaine forme de censure *a priori*.

La jurisprudence est hésitante et diverse, ce qui n'a pas empêché le législateur communautaire de trouver une solution de compromis.

La solution choisie par l'Union européenne est de régler la question de la responsabilité des intermédiaires de manière transversale par la proposition de directive sur le commerce électronique. Dès lors, le régime de responsabilité des intermédiaires techniques sera identique quelle que soit l'infraction en cause. Les types d'intermédiaires visés sont ceux qui effectuent un simple transport, l'hébergement ou le *caching*. Dans le premier cas, le prestataire ne sera pas responsable s'il n'est pas à l'origine de la transmission, s'il n'en sélectionne ou ne modifie ni le destinataire ni les informations faisant l'objet de la transmission. Quant aux hébergeurs de contenus illicites, ils échapperont à toute responsabilité s'ils n'ont pas effectivement connaissance du fait que l'activité est illicite et s'ils agissent promptement, dès qu'ils acquièrent cette connaissance, pour retirer les informations ou

rendre l'accès à celles-ci impossible. Le texte européen ne dit pas de quelle manière la connaissance de l'illicéité doit être acquise. Dès lors, il appartiendra aux législateurs nationaux de déterminer les conditions et la validité d'actes de notification d'une infraction aux prestataires techniques d'hébergement.

Dans le cas précis du *caching*, la proposition de directive sur le commerce électronique instaure un régime dérogatoire de responsabilité dans les conditions suivantes :

- “(a) le prestataire ne modifie pas l'information ;
 - (b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;
 - (c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées de façon cohérente avec les standards de l'industrie ;
 - (d) le prestataire n'interfère pas dans la technologie, cohérente avec les standards de l'industrie, qui est utilisée dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information ;
 - (e) le prestataire agit promptement pour retirer l'information, ou pour rendre l'accès à cette-ci impossible, dès qu'il a effectivement connaissance de l'un des faits suivants :
- l'information a été retirée de là où elle se trouvait initialement dans le réseau,

- l'accès à l'information a été rendu impossible,
- une autorité compétente a ordonné le retrait de l'information ou interdit son accès.”(48)

Il faut toutefois préciser que cette disposition ne semble concerner que les opérations de *caching* réalisées par le fournisseur d'accès(49) soit le *proxy caching*.

CONCLUSION

Le développement rapide d'Internet et du commerce électronique a lancé un défi sans précédent au droit. Les chercheurs et les législateurs se sont rapidement demandé comment la réglementation pourrait s'adapter à ce nouvel environnement électronique.

Le choix des institutions européennes s'est orienté vers une réglementation adaptée, elles ont donc procédé à une approche au cas par cas. La loi à son tour relève le défi du commerce électronique.

Nous constatons que la plupart des textes proposés contiennent une clause d'harmonisation minimale ce qui signifie que la transposition de ces dispositions dans l'ordre juridique interne risque d'être différente d'un État à l'autre, ce qui rend les choses bien plus compliquées que prévu.

D'autre part, l'une des orientations majeures qui préside à l'élaboration de ces normes est la protection de

(48) Article 13 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 1^{er} septembre 1999, COM(1999) 427 final.

(49) La proposition de directive est limitée aux opérations de “stockage automatique et temporaire de l'information fait avec le seul objectif de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service”.

la partie la plus faible en matière de transaction, c'est-à-dire le consommateur. On peut se demander si cette protection accrue ne porte pas préjudice aux intérêts d'une autre partie essentielle, elle aussi, au développement du commerce électronique, à savoir le prestataire de service ou le fournisseur de biens. Un autre point délicat concerne le coût de cette protection, en effet la mise en

œuvre de ces mesures de protection s'avère coûteuse en temps et en argent.

Mais dans certains cas heureusement la réglementation profite à toutes les parties, nous pensons par exemple à la création d'un cadre juridique pour la signature électronique, ce genre d'initiative est sans aucun doute un grand bienfait pour le commerce électronique.