

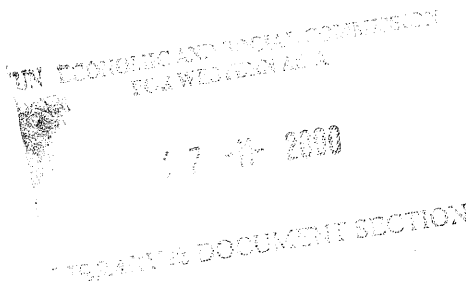


**ECONOMIC AND SOCIAL
COUNCIL**

Distr.
LIMITED
E/ESCWA/ED/2000/WG.1/18
8 November 2000
ORIGINAL: ENGLISH

Economic and Social Commission for Western Asia

Expert Group Meeting on Trade Facilitation
and Electronic Commerce in the ESCWA Region
Beirut, 8-10 November 2000



EUROPEAN AND AMERICAN EXPERIENCE IN E-COMMERCE

by

**Pierre Catala
France**

Sponsored by:

- Association for the Development of Informatics and Law in Lebanon (ADIL)
- Crédit Libanais (CL)
- Friedrich Ebert Stiftung (FES)
- General Union of Chambers of Commerce, Industry and Agriculture for Arab Countries (GUCCIAAC)
- International Development Research Center (IDRC)

Note: This document has been reproduced in the form in which it was received, without formal editing. The opinions expressed are those of the author and do not necessarily reflect the views of ESCWA.

00-0658

Rapport de synthèse

Pierre CATALA

Ce que je sais le mieux c'est mon commencement. Il est agréable : il me revient de présenter mes remerciements les plus vifs et aussi mes compliments les plus cordiaux au Président Bismuth et à toute l'équipe des organisateurs qui l'ont aidé à réaliser ce magnifique congrès de l'IFCLA, dont je retiendrai l'accueil chaleureux, l'excellente organisation, et l'intérêt soutenu des séances. Je dois aussi remercier mes collègues étrangers qui ont remis des écrits grâce auxquels j'ai pu préparer le rapport de synthèse et en espérant ne pas trop déformer leur pensée. Je terminerai par des remerciements non moins sincères à mes collègues français qui n'ont remis aucun papier, certainement dans l'amical souci de ne pas obérer ma mémoire vive et donc d'alléger ma tâche.

Quand j'ai lu le programme du congrès, ma première réflexion a été "on aurait pu avoir ce même programme il y a vingt ans". Il y a vingt ans, l'informatique et la télématique lançaient déjà au droit les mêmes défis qu'aujourd'hui, qui avaient été détectés dès ce temps là et même, pour certains, relevés. On avait parlé des données personnelles et la loi de 1978 en était sortie ; la protection des logiciels avait donné lieu à une jurisprudence de la Cour de cassation et la loi de 1985 n'était pas loin ; la fraude informatique avait reçu une réponse dans une loi spéciale qui a été depuis lors intégrée au code pénal. Il y avait aussi une jurisprudence abondante sur les contrats, des thèses de doctorat publiées ou en cours ; on parlait de responsabilité, de parasitisme, de concurrence déloyale... Et déjà la question se posait : est-il si nécessaire de légiférer, puisque les parties et le juge gèrent tant bien que mal la situation ? Je vous rappelle que, sans l'affaire SAFARI, on n'aurait pas eu la loi informatique et liberté ; à chaque fois il a fallu un détonateur. Mais, au total, la réponse est claire : depuis vingt ans nous avons assisté et assistons à ce qu'on pourrait appeler l'explosion du *computer law*, (je risque de temps en temps un anglicisme pour vous montrer que je ne suis pas intégralement chauvin). Or, malgré beaucoup de traités, malgré des directives nombreuses, malgré de multiples lois nationales, cette même question nous hante à nouveau et revient dans un cadre apparemment inchangé à propos des mêmes thèmes : la responsabilité, les contrats, la sécurité, les données personnelles : faut-il encore et toujours de nouveaux textes ?

Revenez dans une ville après vingt ans ou revoyez une personne après vingt ans. Rien n'a vraiment changé, la personne est toujours la personne, la ville est toujours la ville, mais plus rien n'est pareil. Eh bien, les temps vont aujourd'hui plus vite qu'autrefois,

en tous domaines, pas seulement dans le cyber-espace. Pour ce qui nous occupe, au cours des vingt années écoulées, trois événements majeurs se sont produits : ① l'ordinateur est entre toutes les mains, ② le numérique permet de traiter toute espèce de données, ③ les réseaux enserrant la planète. Conclusion : un simple outil de calcul est devenu un instrument de communication universelle. Ce phénomène est trop récent et trop colossal pour qu'on puisse à ce jour prédire exactement où il nous mène. Que sait-on avec quelque certitude ? On sait que la mondialisation est au bout des doigts sur le clavier, et que, de ce fait, toute la problématique de naguère est à revoir. Les cadres de la pensée n'ont pas fondamentalement changé mais rien n'est pareil. Alors... la difficulté dans le genre d'exercice qui m'incombe ici, est de trouver un point de départ et de cheminer.

Au commencement était le verbe, dit l'Évangile de Saint Jean, et le verbe dans un sens laïc c'est l'information, et l'ordinateur convertit l'information en données numériques. Ces données sont en expansion illimitée. Leur valeur réelle est déjà grande ; leur valeur virtuelle fait chavirer tous les esprits. On a connu l'or jaune métallique, l'or noir, puis l'or vert, et voilà le *e.gold*. Je prendrai donc ce constat comme extrémité du fil d'Ariane que nous essaierons de suivre en trois étapes.

Les données, d'abord, vont nous conduire aux **contrats, première étape**, car les données sont objet de contrat. Elles nourrissent le marché de l'information, marché qui ne cesse de croître à travers la presse en ligne, les CD-Roms, les DVD, les bases de données, les liens hyper-texte. Mais les données qui sont objet de contrat sont aussi, et c'est plus singulier, instruments de contrats. Non seulement par les voies traditionnelles de la publicité qui sont incitatives de la consommation, mais aussi - et on arrive ainsi à Internet - par l'interactivité, le dialogue : dis-moi qui tu es, dis-moi ce que tu aimes, dis-moi à quoi tu joues... et j'empile des informations. On en recueille même de façon plus insidieuse grâce à des captures furtives, vous avez compris que je pense aux "cookies".

Voici donc le contrat électronique en plein essor, et la doctrine nous rassure : "*c'est un vrai contrat*", nous dit M. DAI DAVIS, "*c'est une vraie offre*", nous affirme W. HARB. Donc les grands principes généraux vont s'appliquer ; il y aura le consentement, la capacité, l'objet et la cause ou la considération. Mais deux éléments chers à J. HUET, l'immatérialité et l'internationalité, posent des problèmes. Ils posent des problèmes au consentement : est-il suffisamment éclairé par les informations en provenance du fournisseur ? Combien de clics ? Ils posent des problèmes pour la rétractation de l'acceptation : sera-t-elle permise ? Sous quel délai ? Ils posent des problèmes de capacité : protection des enfants... et des parents ; protection des faibles d'esprit. Ils posent des problèmes quant à l'objet et à la cause : où commence l'illicite, où siègent l'ordre public et les bonnes mœurs ? Pour la pédophilie, nul n'en doute mais quid du cyber-squatting ? Si l'opération est transfrontières, comme ce sera souvent le cas, quelle sera la loi applicable, quel sera le juge compétent ? Au plan des formes et des preuves, que valent l'écrit et la signature électroniques ?

Voilà les problèmes. Pour les résoudre, on nous propose des solutions qui puisent à toutes les sources du droit. Elles puisent, d'abord, dans le contrat lui-même : il s'agit là de l'autodiscipline qui est prônée aux marchands, afin qu'ils communiquent des documents contractuels de qualité, clairs et complets, dont Mme SMITH nous a entretenus, ainsi que des *inco-terms* évoqués dans sa communication.

Cependant, il n'en faudra pas moins recourir à des textes normatifs, soit supranationaux, soit internes. C'est ici que les choses commencent à se gâter car, s'agissant de faire des lois, on sent bien, (c'était surtout vrai hier matin) qu'il existe un antagonisme sourd et latent entre deux tendances opposées : le libéralisme et la sécurité, la réglementation et l'autorégulation. Ces antagonismes sont assez largement géographiques. Pour ce qui est de l'Europe, plusieurs directives sont intervenues sans simplifier ni toujours clarifier les problèmes, car leur langage ne plaît ni aux anglais ni aux français ; c'est la rançon du galimatias inter-linguistique débouchant sur des textes qui offusquent les puristes des deux bords. Tel est le destin des normes supranationales.

Mais il y a aussi le droit interne. Des lois nombreuses ont vu le jour au nom de l'unification ou de l'harmonisation voulue par les communautés. Tout récemment est apparue la loi française du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électroniques, dont a parlé M. ALTERMAN. Elle n'est pas un aboutissement mais un commencement, car elle ouvre la voie à de multiples textes techniques d'application, qui régleront les mesures de sécurité applicables à la signature, la date, l'archivage, la délivrance.

Ici apparaît un autre élément du changement, que je n'ai pas encore évoqué parce qu'il n'est pas d'origine juridique mais technique et sur lequel A. BENSOUSSAN nous a donnés hier des éclaircissements saisissants. A propos, notamment, du PKI il semble que l'on aboutira à une "sécurisation" extrême des actes sous seing privé. Sera-ce au détriment de l'acte authentique ? Si les premiers deviennent vraiment sûrs, aura-t-on encore besoin des seconds ? En tout cas, s'il est vrai que l'itinéraire partant de *Primus* et aboutissant à *Secundus* en passant par *Tertius 1* et *Tertius 2* (les deux tiers de confiance qui gardent les sceaux) est inattaquable, le commerce électronique ne peut pas ne pas prospérer. Avec, sans doute, du contentieux, mais peut-être moins qu'on ne le craint.

Ainsi, les données, objets ou instruments du contrat, ont en elles-mêmes, avant même qu'on ne les exploite par le truchement du contrat, une valeur latente que leur circulation va potentialiser mais qui préexiste à leur utilisation contractuelle. Autrement dit, il faut admettre une bonne fois que l'immatériel est capitalisable, ce qui nous conduit à la **deuxième étape** : nous allons passer du contrat à la **propriété**.

Les propriétés intellectuelles existent de très longue date : il y a plus de deux siècles qu'elles ont été consacrées par des textes et, merveille, il y a plus d'un siècle qu'elles sont couvertes par de très larges conventions internationales. En dépit de quoi, la

matière est en pleine effervescence pour la simple raison que les techniques, analogique d'abord, numérique ensuite, permettent la capture du texte, de l'image, du son et offrent la possibilité de les enregistrer sur un même support. Par les virtualités de capitalisation extrêmes que ces techniques proposent, se développe une tendance naturelle à l'appropriation privative, c'est-à-dire à reconnaître de nouveaux droits de propriété.

C'est ainsi que l'on a vu, depuis pas mal d'années, s'étendre la propriété littéraire et artistique aux droits voisins ; c'est ainsi que le droit d'auteur, lui-même cette fois, a été appliqué aux jeux vidéos, aux logiciels, aux banques de données ; c'est ainsi que des droits nouveaux, comme le droit *sui generis* applicable aux bases de données, ont fait leur apparition. C'est ainsi que, non contents du droit d'auteur, les Américains glissent vers la brevetabilité des logiciels d'application, M. BENDER nous a expliqué cela à propos de l'importante affaire "*State street*". Si l'on brevète tout logiciel produisant un résultat utile, concret et "tangibile" - j'aime bien tangible, d'ailleurs, pour l'immatériel ! - bref, si l'on brevète tous les logiciels d'application, on peut se demander jusqu'où cela mènera et qu'est-ce qu'on protégera à la fin.

En même temps, ces droits qui se renforcent ou s'étendent sont menacés et attaqués. Passons sur le conflit possible que la brevetabilité des logiciels pourrait susciter entre le brevet et le droit d'auteur sur un même logiciel, l'avenir nous éclairera ; mais pensons au conflit de qualification qui plane sur le multimédia entre l'œuvre collective et l'œuvre composite, auquel J. HUET a fait allusion. A l'ordre du jour cette fois, et non plus à titre d'hypothèse, un conflit est ouvert entre les noms de domaines, les noms de marques, et les noms commerciaux, sur lequel nous avons entendu M.M. BEARDWOOD et DUTHIL.

Avec ce conflit, c'est Internet qui pénètre dans l'ordre contentieux. Une autre innovation du Web porte sur l'usage non-autorisé d'un nom patronymique, que ce soit à la faveur d'un méta-tag - Mme Pamela Anderson l'a éprouvé - ou encore dans une tentative de cyber-squatting puisque, il n'y a pas si longtemps, on entendait à la radio qu'on avait réservé le site Chirac 2002 et Jospin 2002. Or, les noms patronymiques ne sont pas protégés, à ce jour, par un droit de propriété intellectuelle. Je ne pense pas qu'ils le soient davantage par la loi informatique et liberté tant qu'il n'y a pas d'informations associées. Ils sont généralement considérés comme des éléments de la personnalité, comme des attributs de la personne. Celle-ci est en soi hors commerce, encore que certains n'hésitent pas à admettre aujourd'hui la mise sur le marché de produits et d'organes extraits de la personne humaine : le sang, les tissus, les organes. Si tel n'est pas le cas du droit français, il existe ailleurs un commerce des éléments corporels de la personne. Cela étant, va-t-on vers une patrimonialité des attributs de la personne qui remettrait en question le statut du nom, ou bien peut-on considérer - en France en tout cas - que l'article 9 du code civil, qui protège la vie privée, est suffisant comme bouclier pour empêcher que l'on abuse des noms de personnes à des fins non autorisées ? Ou encore, faudra-t-il, ici aussi, un texte spécial ?

Avec les néologismes que l'on vient de rencontrer, le méta-tag, le cyber-squatting, nous arrivons aux frontières de la fraude et la fraude nous ouvre le vaste domaine de la **responsabilité**. Ce sera la **troisième étape**. Ouvert à tous les justes, Internet l'est aussi à tous les méchants. Les enjeux patrimoniaux que l'on vient d'évoquer, tant du côté du contrat que de la propriété (droits réels), suscitent évidemment des convoitises. S'agissant du commerce électronique, la malice aboutit à la concurrence déloyale ; s'agissant des protections privatives, à la contrefaçon. Il importe que les actes illicites engagent la responsabilité pénale ou civile de leurs auteurs ou les deux ensemble. Est-ce le cas ?

M. STRITTMATTER nous a donné une typologie parfaite des agissements délictueux qui riment entre eux : *spamming, framing, squatting, linking* (non... le *linking* n'est pas *a priori* suspect). A. MILLÉ nous a montré, cas et transparents à l'appui, l'actualité incroyable du phénomène, notamment aux Etats-Unis. Nous avons affaire en somme à un catalogue de délits et à une population de malfaiteurs en plein essor. Ceci bien sûr interpelle le droit pénal et le droit civil.

Au plan pénal, la règle de l'interprétation stricte s'oppose à la sanction de faits qui ne sont pas spécifiquement incriminés par des dispositions particulières. Certes, la loi pénale peut être utilisée dans beaucoup de cas : contrefaçon, injures, violation de secret, incitation au crime ou au délit, atteinte aux bonnes mœurs, etc. Mais, en marge de ce catalogue d'infractions, si copieux soit-il, il existe certainement des agissements illicites qui échappent à toute répression parce qu'ils ne coïncident pas avec une incrimination précise. Tout à l'heure encore M. HOEREN évoquait à propos de l'affaire "Compuserve" la mésaventure du juge allemand qui avait prononcé une condamnation pénale et dont la décision a été renversée. M. WALDEN, dès le premier matin, nous avait montré la dimension du problème et la difficulté de trouver un juste équilibre entre sécurité et liberté, entre prévention et répression.

Au plan civil, les choses sont plus flexibles. Il existe des sanctions applicables aux méfaits commis sur Internet. Les règles relatives aux clauses abusives protègent le consommateur dans les contrats électroniques comme dans tout autre contrat, M. DAI DAVIS nous l'a rappelé. Les manquements au droit de la concurrence tombent sous le coup des législations antitrust ou apparentées - M. WESTERMAYER y a fait allusion - ou encore des règles propres à la concurrence déloyale dont nous a entretenus M. LEMARCHAND. Ce sont des lois spéciales mais, en matière civile, l'interprétation analogique est autorisée, ce qui permet de faire vivre le droit. Du reste, à côté de ces régimes particuliers, il existe des dispositions générales qui peuvent fonder d'utiles recours. Ainsi, pour le droit français, l'article 6 du code civil permet de faire annuler des conventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, l'article 9 protège toute personne contre une atteinte portée à sa vie privée et l'inusable article 1382, grâce au principe général de responsabilité qu'il énonce, demeure un admirable outil pour sanctionner les comportements dommageables. La jeune histoire du parasitisme en est un exemple topique.

Pourtant, malgré la variété et l'ampleur du dispositif disponible, on doit reconnaître que toutes les situations que les nouvelles technologies font surgir ne sont pas couvertes de façon adéquate. Il a fallu et il faudra encore légiférer. Cela a commencé en matière de preuve, mais du formalisme *ad probationem* on passera au formalisme *ad validitatem*, et des actes sous seing privé aux actes authentiques.

D'autres trous se créent dans la couche juridique enveloppant le cyberspace (la cybérie), qui tiennent, par exemple, à l'irruption de nouveaux acteurs sur le théâtre des opérations. Tels sont les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement des opérations. Tels sont les services intermédiaires s'imposent aux internautes. A leur propos, les juges français, dont M. GOMEZ ici présent, ont accompli un travail d'interprétation remarquable. Raisonnant par analogie, dans les limites de leur pouvoir d'interprétation, ils se sont d'abord référés à la responsabilité du transporteur (pour le FAI) et de l'éditeur (pour le FHI), avant de glisser vers le régime général de la responsabilité civile. Mais à ce niveau de technicité beaucoup de spécialistes, dont Mme TONNELIER, pensent qu'il faut en arriver à des dispositions spécifiques. C'est ce que fait la directive sur le commerce électronique et c'est le vœu que vient, à l'instant même, d'exaucer le législateur français en ce 16 juin 2000.

Une autre source de difficultés sérieuses tient au caractère transnational que le recours à Internet imprime aux contrats et aux délits. Sans doute peut-on l'esquiver par des règles de conflits uniformes, mais il n'y a pas de solution idéale. Si, par exemple, la loi applicable est celle du vendeur (contrat) ou du fait punissable (délict), alors que le tribunal compétent serait celui de l'acheteur ou de la victime, on plaint les juges qui devront appliquer la loi étrangère. André BERTRAND nous a sensibilisés à ces choix délicats. Peut-être, pour cette raison même, verra-t-on se développer la pratique des modes alternatifs de règlement des conflits. Mais si le pronostic à leur égard paraît raisonnablement optimiste quand de gros intérêts financiers sont en jeu, qu'en sera-t-il pour la cohorte des petits contrats de consommation ? X. LINANT DE BELLEFONDS a montré les obstacles qui jalonnent la voie des règlements amiables.

Alors ? A globalisation de l'économie, mondialisation du droit ? Quelle belle affiche que l'unification ou l'harmonisation des règles rendues nécessaires par l'encadrement juridique des nouvelles technologies. A l'échelle de l'Europe, cette réalité est en marche. L'Europe par la force des armes, c'est fini. L'Europe par l'économie est presque faite. L'Europe par le droit se construit peu à peu. Mais à l'échelle du monde c'est une autre affaire. On a bien senti, ici même, la divergence des doctrines, l'opposition des points de vue entre l'Europe continentale et les Etats-Unis : d'un côté, le contrat, l'autorégulation, la liberté la plus grande ; de l'autre, la loi, le contrôle, une meilleure sécurité. C'est la dialectique du droit et de l'économie qui gouverne ces antithèses, autrement dit **les lois** du marché contre **la loi** du marché. La pure rationalité économique du libéralisme affronte un système plus complexe de valeurs et de finalités.

N'allez pas croire, mesdames et messieurs, chers collègues et amis, que ce conflit se limite à la communication. Il domine tout autant l'avenir du droit des biotechnologies

et de l'environnement, c'est-à-dire, au total, l'équilibre de la planète, la survie des espèces et la santé des esprits. Partout, aujourd'hui, l'on s'interroge sur le prix des mesures à prendre pour atteindre des objectifs de sécurité, sur le coût humain qu'impliquent les attentes de la Bourse. Un chômeur revient-il moins cher à la société qu'un salarié, un aliment transgénique rapporte-t-il davantage qu'un autre, est-il plus profitable d'assainir son industrie ou d'acheter des permis de pollution aux pays économiques faibles ? C'est le type de questions auxquelles le siècle qui va commencer devra répondre. Dans le rôle qu'elle y tiendra, il me semble que l'Europe va engager sa dignité.

