

Compte rendu

Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*

Vincent Gautrais**

Le droit du commerce électronique est un droit «bâtard». Comprendons par là qu'il s'agit d'un droit qui se prête difficilement à l'autarcie et au recroquevillement. C'est d'autant plus vrai que ce domaine s'est d'abord forgé à l'échelle internationale¹ pour ensuite donner lieu, comme c'est le cas partout le monde, à des lois nationales ou régionales. Ici, au Québec, une loi spécifique vient d'ailleurs d'intégrer notre droit positif² en apportant, notamment, des changements significatifs au *Code civil du Québec*. Ainsi, depuis le début des années 2000, on assiste dans chaque pays à l'émergence d'une flopée incroyable de textes spécifiques à cette matière³ qui présen-

© Vincent Gautrais, 2002.

* Étienne MONTERO (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, vol. 19 (Bruxelles, Bruylant, 2001), 435 p.; ISBN 2-8027-1510-0.

** Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Codirecteur de la Maîtrise pluridisciplinaire en commerce électronique. Courriel électronique: vincent.gautrais@umontreal.ca. Site Internet: <<http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm>>.

1. Il est d'abord possible de citer la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)* (avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998).
2. Loi québécoise concernant l'encadrement des technologies de l'information mise en vigueur le 1^{er} novembre 2001 et disponible à: <<http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/loi.pdf>>.
3. Cette émergence de lois est la même mais aussi dans la plupart des pays industrialisés. À titre d'exemple, nous retiendrons la Loi ontarienne sur le commerce

tent, on pouvait s'y attendre, sa série de ressemblances et de distinctions.

Le droit du commerce électronique est donc un domaine désormais fortement encadré et cet état de fait constitue une nouveauté par rapport à il y a de ça quelques années. C'est particulièrement le cas en Europe, où la matière dispose déjà d'une pléthore de documents, fruit d'une réflexion véritable et poussée de plus d'une dizaine de documents ayant une portée directe ou indirecte sur les différents acteurs du réseau de réseaux⁴.

Afin d'éviter le risque de voir certaines distinctions apparaître entre les différentes législations des États membres, l'approche européenne, qui vise à l'intégration et à l'harmonisation des normes, utilise le système de la directive européenne, savoir un texte érigé à l'échelon supranational qui établit les principes de base, à charge pour les États membres d'ensuite appliquer des modalités plus précises. Aussi, dans un domaine aussi central et porteur que le commerce électronique, les instances européennes ont donc élaboré la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*⁵. Ce texte constitue la pierre angulaire de la construction juridique européenne de la société de l'information et présente certains éléments majeurs qui auraient dû déjà être transposés dans

électronique (http://192.75.156.68/DBLaws/Statutes/French/00e17_f.htm), les deux lois américaines (Uniform Electronic Transaction Act (<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/eta1299.htm>) et UCITA (<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.htm>) et la loi française du 13 mars 2000 (http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=JUSX9900020L) et évidemment le texte phare que constitue la Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique (disponible à <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecom-f.htm>). (sites visités le 1^{er} décembre 2001).

4. Par exemple, Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données; Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications; 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; Directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques; Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.
5. Texte disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html.

les différents droits nationaux depuis le 17 janvier 2002. La plupart des pays membres sont déjà en retard, ce qui est généralement la norme⁶.

Le présent ouvrage constitue à notre connaissance la toute première étude exhaustive de cette Directive et, de ce seul fait, peut être considéré comme un événement dans la communauté juridique. Il permet ainsi de tracer une vision complète de l'économie générale de la Directive, le tout par une équipe de chercheurs qui constitue sans aucun doute la source européenne première de doctrine sur la question.

1) **Économie de la Directive**

Ce qui choque en analysant ladite Directive, c'est que sa portée est à la fois générale et spécifique. D'abord, la globalité de ce texte se matérialise à plusieurs égards. Ainsi, plusieurs des questions classiques que l'on trouve dans la plupart des lois nationales sont évidemment traitées dans cette Directive. Par exemple, les questions fort communes de contrats électroniques ou de responsabilité des intermédiaires de services disposent, pour ne citer qu'elles, d'un traitement fort naturel dans ce document. À titre d'illustration, il est possible de citer le principe de neutralité technologique qui a été presque universellement utilisé afin d'éliminer les éventuels empêchements juridiques au commerce électronique. Un autre élément qui ressort de la Directive est qu'elle a pour vertu de s'appliquer tant dans les relations de consommation que celles mettant en contact des commerçants entre eux, des spécificités étant souvent de mise, comme ailleurs, pour la première catégorie.

Mais la Directive va plus loin et cherche à s'attaquer à un certain nombre de questions spécifiques. Il est par exemple notoire de constater que des questions aussi précises que l'encadrement de certaines professions réglementées (avocats, architectes, médecins, pharmaciens, etc.), la résolution des différends, la gestion des fichiers «cache», certaines méthodes de publicité comme le pourriel («spamming»), etc., sont autant d'objets qui bénéficient d'un traitement au sein de cette Directive. Il s'agit donc de questions souvent très particulières qui demeurent néanmoins encore évasives du fait

6. À titre d'exemple, la Directive européenne sur la protection des renseignements personnels de 1995 n'a toujours pas été transposée dans cinq États membres. Un processus de rétorsion par la Commission européenne a dans chaque cas été mis en place.

de la portée indirecte des Directives qui ne servent qu'à poser les principes généraux. Cette édicition des normes en deux étapes est assurément un gage fort intéressant à la fois d'adaptation et d'harmonisation, le tout en laissant aux États suffisamment de souplesse pour ne pas annihiler certaines de leurs spécificités nationales.

Sur le plan international, il est possible de constater qu'à bien des égards, lorsque l'on compare la Directive avec d'autres textes de portée nationale, et notamment ceux dont on dispose au Canada, elle possède son lot d'éléments distincts et de ressemblances. Par exemple, les obligations de tous commerçants quant à l'information qu'ils ont le devoir de dispenser, tant sur eux que sur les produits qu'ils proposent, ressemblent sensiblement aux principes qui apparaissent, à quelques détails près, dans les lignes directrices du Bureau de la Consommation⁷. En revanche, quant aux obligations d'un commerçant qui contracte avec un consommateur, et comme nous le montrent plusieurs des coauteurs du livre, la Directive constitue un exemple d'un texte assez protecteur, notamment quant aux obligations relatives à l'accusé de réception.

Un autre élément assez significatif que l'on est capable de distinguer dans cette Directive est la progression logique qui a tendance à suivre la mise en place du processus contractuel, même si plusieurs éléments sont clairement de nature délictuelle. Ainsi, on devine une volonté d'encadrer les différentes étapes de la mise en marché électronique en passant par la façon de divulguer l'information, les méthodes transactionnelles à proprement parler et, enfin, tout ce qui constitue le nécessaire suivi post-transactionnel de service à la clientèle. L'avant, le pendant et l'après contrat sont donc encadrés par la Directive, qui propose en certains cas des mesures précises quant à la façon de procéder.

2) L'économie de l'ouvrage

Quant à l'ouvrage en tant que tel, il est d'abord notable de constater qu'il provient d'un centre de recherche fort réputé et très prolifique, le CRID (Centre de Recherches Informatique et Droit)⁸ qui,

7. Bureau de la Consommation, «Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique et documents connexes», (1999), disponible à: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01185f.html>>. Notons qu'en ce cas, il ne s'agit pas d'un vrai texte formel mais davantage d'une source que l'on pourrait qualifier d'usage.

8. Le site du CRID est disponible à: <<http://www.droit.fundp.ac.be/crid/default.htm>>.

depuis plus de vingt ans, produit notamment cette collection d'ouvrages sur la question, dont le présent recueil constitue la dix-neuvième réalisation⁹. Aussi, et afin de répondre promptement à la demande, l'interprétation de la Directive qui est proposée dans cet ouvrage est le fruit du travail de huit collaborateurs de ce centre de recherche, qui ont suivi le découpage de la Directive pour en faire une lecture article par article.

Face à ce texte fondamental de la construction de l'Europe électronique, ce livre illustre par lui-même qu'il n'est pas de trop et que les plus de quatre cents pages qui le constituent sont toutes nécessaires à la compréhension de ce nouvel outil juridique. En effet, malgré l'apparente simplicité de la Directive, il persiste un certain nombre d'interrogations qui ne manqueront pas de survenir dans l'avenir, notamment lors de l'étape de la transposition. Aussi, les professeurs, enseignants et chercheurs du CRID ont eu la riche initiative de mettre rapidement à profit leur expertise unique pour élaborer ce qui constitue un vrai ouvrage de doctrine alors que, comme nous le signalions plus tôt, la Directive n'est pas encore transposée dans plusieurs pays.

Pour le lecteur nord-américain, il est néanmoins possible de déceler deux légers éléments qui auraient pu améliorer la portée didactique de l'ouvrage. D'une part, ces experts sur la question eurent été plus fortement compris en intégrant tout simplement ladite Directive dans l'ouvrage lui-même et ce, même si des passages en sont fréquemment repris au fur et à mesure de son interprétation et si, encore une fois, il ne s'agit pas d'un droit d'application directe comme peut l'être, par exemple, un règlement. Aussi, l'ouvrage, et on le comprend tout à fait (cela apparaît dans son titre même), est directement dirigé dans une perspective nationale et donc dans la perspective de transposition de la Directive en Belgique. À cet égard, l'ouvrage se termine avec une proposition intéressante des auteurs eux-mêmes d'un *Avant projet de loi belge sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*¹⁰.

Cet ouvrage constitue donc, en dépit d'une substance propre, un exemple instructif d'un encadrement légal complet, très complet même. Face à cet ensemble de principes généraux qui sont reproduits dans les soixante-cinq considérants, les vingt-quatre articles et

9. L'ensemble de la collection des Cahiers du CRID est disponible à : <<http://www.droit.fundp.ac.be/crid/cahiers.htm>>.

10. Page 403.

l'annexe qui constituent cette Directive et qui pourraient rendre jaloux tout juriste friand de règles à appliquer et à interpréter, il est en effet possible de se rendre compte que tout encadrement législatif dans un domaine aussi neuf soulève immanquablement des doutes quant à son application. À ce titre, la présente Directive constitue la première étape législative, à laquelle la Commission entend déjà apporter certains ajouts (sur le «spamming» notamment). Mais il faut bien commencer quelque part, et cet ouvrage constitue le premier guide d'interprétation de ce premier texte, une sorte de Directive annotée qui traduit en termes clairs mais néanmoins scientifiques le traitement européen de l'encadrement juridique du commerce électronique.