

Aperçus sur le droit du commerce électronique (international)

Par Eric A. Caprioli
contact@caprioli-avocats.com

Plan

Introduction

I/ ECRIT, PREUVE ET SIGNATURE SOUS FORME ELECTRONIQUE

- A) Des sources juridiques internationales
- B) Le rôle fondateur de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique

II/ SIGNATURES ELECTRONIQUES ET AUTORITE DE CERTIFICATION

- A) Les règles uniformes de la C.N.U.D.C.I. sur les signatures électroniques
- B) Le projet de directive européenne sur les signatures électroniques

III/ LES PROPRIETES INTELLECTUELLES

- A) Les actions de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.)
- B) L'harmonisation européenne en matière de droit d'auteur et droits voisins

Conclusion

Introduction

Autoroutes de l'information, réalité virtuelle, Internet, Extranet, Intranet, village global, ..., cyberspace [1], multimédia, courrier électronique, commerce électronique : c'est au cours des années quatre-vingt dix que les médias et les politiques se sont penchés sur ce que l'on appelle la société de l'information [2]. Nombre de discours, articles, études, rapports, colloques, conférences, déclarations, recommandations, livres blancs, verts ou autres à valeur juridique, à savoir, lois, directives ou textes internationaux annoncent, à n'en point douter, un monde sans frontière, plus démocratique et égalitaire [3] et au bout du compte où tout devrait être " pour le mieux dans le meilleur des mondes possible " [4]. D'après les analyses des experts internationaux des créations d'emplois sont annoncées [5], de nouvelles richesses immatérielles apparaissent [6] et la croissance économique en dépend. La valeur ajoutée devient purement intellectuelle, immatérielle. Les analystes estiment que la valeur totale des transactions électroniques se comptera en milliards de dollars pour les années 2002-2003. Les organisations régionales et internationales, les États étudient le phénomène qui, semble-t-il, constitue une véritable révolution à tout le moins aussi importante que ce qu'ont été la révolution agricole ou la révolution industrielle. A cet égard, on peut se demander si l'on ne verra pas apparaître une nouvelle organisation sociale et politique de nos sociétés comme cela a été le cas avec la féodalité et les démocraties représentatives ? [7]

Néanmoins, d'autres observateurs, sans doute empreint d'un plus grand pessimisme (ou réalisme ?), se montrent beaucoup plus critique à l'encontre du phénomène allant jusqu'à faire état de la " Tyrannie de la communication "[8].

Par exemple, s'agissant du secteur des réseaux numériques, les observateurs économiques constatent un phénomène de concentration rapide où une poignée d'acteurs prétendent au titre de première destination mondiale pour les internautes présents et futurs. Le marché émerge à peine et le processus de concentration économique prend déjà corps [9]. D'un autre côté, étant donné que les progrès générés par les nouvelles technologies sont monopolisés par les pays " riches ", l'écart avec les pays en voie de développement risque de s'aggraver considérablement (et de façon irrémédiable). C'est pourquoi le rapport annuel du programme des Nations Unies pour le développement (P.N.U.D.) propose d'instaurer une taxe sur les messages électroniques " destinée à trouver des financements supplémentaires afin de mettre la révolution de l'information au service du développement humain " [10]. Or, les grandes entreprises mondiales, prônent clairement une politique économique de libre échange et de laisser-faire et sa traduction juridique : l'autorégulation du marché. Toutefois, pour que la confiance et la sécurité permettent le développement du commerce électronique, des standards globaux sont nécessaires, et les grands groupes de sociétés entendent définir eux-mêmes des codes de bonnes conduites des échanges sur l'Internet [11]. Observons en cet endroit que les États Unis d'Amérique ne préconisent pas autre chose contrairement à d'autres États.

Au sein des réseaux numériques, tant ouverts que fermés, tels que les réseaux d'Échange de données informatisé (E.D.I.), qui quadrillent aujourd'hui la planète, l'Internet (le réseau des réseaux) constitue le vecteur majeur des communications électroniques [12]. L'Internet touche tous les secteurs d'activités. Mais pour autant, lorsque l'on parle de commerce électronique, le phénomène ne peut se réduire au seul réseau

Internet (et ce même si l'on y inclut les réseaux intranet et les extranet) [13]. A notre avis, la notion de commerce électronique ne se limite pas aux transactions commerciales et aux opérations de consommation, c'est à dire " Business to Business " et " Business to Consumers " et à leurs paiements en ligne. A l'analyse, il conviendrait d'y adjoindre les relations que les entreprises entretiennent avec les administrations et les collectivités locales. Car c'est l'entreprise qui est la clé de voûte. Ainsi, il ne faut pas s'en tenir au terme commerce stricto sensu. Ceci nous conduit à définir le commerce électronique comme l'ensemble des communications des entreprises par le biais des réseaux numériques [14]. Ce qu'il faut exclure : ce sont les messages qui relèvent de la correspondance privée et de la communication. Les enjeux de cette définition sont très importants, spécialement dans le cadre des négociations de l'Organisation Mondiale du Commerce ou de l'Union européenne.

Ainsi avec le passage de l'analogique au numérique [15], l'humanité est en train de vivre une véritable révolution qui ne se limite pas à la seule dimension technologique, mais dont les conséquences sont également économiques, culturelles, sociales et par voie de conséquence juridiques [16]. Les communications s'opèrent à distance et sans support papier. Pour des raisons technologiques, elles sont par nature internationales et le plus souvent interactives. Les données numérisées se caractérisent par leur volatilité et leur reproductibilité, ce qui imprime une différence fondamentale avec celles qui sont fixées sur des supports papier. Les documents originaux au sens classique du terme n'existent pas : on dispose d'enregistrements électroniques, reproductibles à l'infini et effaçables. Au surplus, la généralisation de l'utilisation des réseaux numériques provoque deux bouleversements fondamentaux qui impactent directement les rapports humains : d'une part, cela entraîne une réduction de l'espace géographique par l'abolition des distances et des frontières entre les personnes, et d'autre part, le temps s'accélère, en ce sens que les transmissions et l'accès aux informations sont devenus quasi instantanés. L'espace et le temps sur les réseaux numériques affectent directement le droit [17].

A l'instar de tout nouveau phénomène, la confiance constitue une donnée sans laquelle le commerce électronique ne pourra bénéficier au plus grand nombre. Pour ce faire encore faut-il que les communications s'effectuent en parfaite sécurité tant technique que juridique.

Notre ambition n'est pas de traiter le sujet de façon complète ou exhaustive. Car dès lors qu'il s'agit du droit du commerce électronique en général, ce serait une tâche tout à fait impossible dans le cadre d'un article par définition limité. D'ailleurs actuellement, comme la matière est en pleine expansion, la technologie évolue sans cesse, il nous semble difficile de pouvoir déterminer toutes les questions qui peuvent se poser. De sorte qu'on ne saurait aucunement avoir la prétention de les traiter toutes et de n'en omettre aucune. Tout ce que l'on peut faire, c'est d'envisager certains aspects, d'où le mot d'" aperçus " qui nous semble le mieux approprié à la perspective dans laquelle nous nous sommes placés, d'autant que même sur les questions traitées ci-après, il n'est sans doute pas possible d'en épuiser complètement une seule.

L'objet de la présente étude est de mettre en exergue que dans les rapports que le droit entretient avec les technologies de l'information et de la communication, il apparaît que les normes juridiques internes résultent de sources juridiques internationales et européennes. Le processus se diffuse au sein des États qui légifèrent ou qui sont sur le point de la faire. Le droit national doit donc être en adéquation, en harmonie avec les règles d'origine transnationale. La pression du marché, le caractère exemplaire des règles internationales, incitent les États à légiférer. Ces sources du droit sont par conséquent strictement conformes à la nature de ces technologies, à savoir intrinsèquement internationale. D'ailleurs, lorsqu'on réalise une transaction en ligne, la distinction droit interne-droit international n'intervient qu'à posteriori, à l'occasion d'un litige. Dans ce cas, des questions de droit international privé se posent, aussi bien : quel tribunal saisir ? Quel est droit applicable ? Et en cas de succès comment va-t-on faire exécuter la décision ? Nous nous pencherons uniquement sur les règles de droit matériel, en dépit de l'acuité et de l'intérêt des problèmes . Par exemple dans le domaine de la cryptologie, la France faisait figure d'exception [18]. Certes si un tel isolement pouvait être admis du point de vue de la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat, il ne pouvait résister durablement dans le contexte international, spécialement pour la sécurité et la confidentialité des échanges électroniques des entreprises françaises et des citoyens. Aussi, dans le cadre du Programme d'action gouvernemental pour la société de l'information (PAGSI), le gouvernement français a décidé le 19 janvier 1999 d'accorder progressivement une liberté totale. La première étape a consisté à libéraliser l'utilisation des moyens de cryptologie jusqu'à 128 bits (le seuil était de 40 bits sous l'ancien régime jusqu'aux décrets n°99-1999 et n°99-200 du 17 mars 1999). [19]

Nous ne retiendrons ici que les sources juridiques internationales " formelles " du commerce électronique liées à la preuve, l'écrit et la signature (I), puis celles relatives aux signatures électroniques et aux prestataires de services de certification (II), et enfin, les celles qui ont trait aux propriétés intellectuelles (III). De la sorte, d'autres questions juridiques non moins importantes telles que la protection des données personnelles et de la vie privée [20] avec la collecte des traces sur les sites visités ayant pour conséquences, entre autres, le " spam " et le profilage des consommateurs (marketing " One to one "), ou les aspects de droit pénal consistant à lutter contre les contenus et les comportements illicites sur les réseaux numériques ne feront pas l'objet de développements [21].

I/ ECRIT, PREUVE ET SIGNATURE SOUS FORME ELECTRONIQUE

Partant de l'esprit originel régnant sur l'Internet (anarcho-libertaire) qui fonctionnait sur la base des principes de liberté et de gratuité, certains ont dit qu'il y avait un vide juridique, que les réseaux numériques étaient hors-la-loi. Le droit commun ne s'appliquerait-il pas aux activités sur les réseaux ? Il va sans dire qu'une telle

assertion est totalement fautive, ne fût-ce que parce que les réseaux sont devenus des vecteurs mercantiles et qu'ils constituent un enjeu géopolitique majeur pour les États. De plus, comme l'ont souligné avec justesse sur un plan général certains auteurs : " Les juristes savent d'instinct ce que les théoriciens leur démontrent chacun à sa manière : le " vide juridique " - le manque de règles de droit - n'existe pas. L'idée même est déraisonnable, car, à chaque instant, tout système juridique est apte à fournir des réponses à toutes les questions que ses utilisateurs se posent. " [22]. Le contenu juridique des droits nationaux en matière de commerce électronique s'inspire étroitement de sources internationales (A), cela souligne le rôle fondateur joué par la Commission des Nations Unies sur le Droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) dans les domaines de l'écrit et de la signature (B). [23]

[Haut de page]

A) Des sources juridiques internationales

Parler de l'émergence de règles juridiques transnationales du commerce électronique ne se discute plus [24]. La plupart des États considèrent, en outre, que l'adoption de textes législatifs sur certaines problématiques typiques du commerce électronique est devenue une nécessité. L'ampleur d'actions centrifuges, ainsi que la spécificité de la portée des règles ainsi édictées mérite d'être mise en relief.

Le droit du commerce électronique se caractérise par le pluralisme de ses sources ; Même s'il puise ses sources dans le droit du commerce international [25], il s'en différencie néanmoins, spécialement parce qu'il ne touche pas, en principe, aux transactions sous-jacentes et qu'il relève pour partie exclusivement du droit interne. Il ne se confond avec aucun droit tant celui de la propriété intellectuelle, de l'informatique ou celui des télécommunications, c'est un droit spécifique qui emprunte des parcelles de son contenu à de multiples domaines juridiques, sans pour autant s'arrêter aux traditionnelles distinctions droit privé-droit public [26]. Selon M. Bruno Oppetit, : " si l'on veut adopter une attitude de rigueur intellectuelle à l'égard des règles de droit spontanées dont la *lex mercatoria* offre une belle illustration, on n'échappe pas au dilemme suivant :

- ou bien l'on s'en tient sans faiblesse au dogme du positivisme légaliste et on rejette alors ce soi-disant droit spontané dans le domaine des faits, voire du non-droit, (...)
- ou bien l'on procède à un renversement complet de la théorie des sources et l'on décide de partir, non pas du caractère absolu et exclusif du principe de légalité, mais du pluralisme des sources, en admettant l'idée qu'il existe sur un même plan divers modes de production des règles de droit, qui sont tous originaire au même titre, (...), seul le monopole étatique étant récusé. " [27]

Les différents systèmes juridiques se fondaient sur des transactions basées sur des documents écrits, signés et papier et de nombreux obstacles juridiques risquaient d'entraver le développement du commerce électronique international. Nous prendrons le parti de ne point distinguer entre les sources formelles et les sources informelles, et dans le cadre des premières, entre celles d'origine publique et celles qui procèdent d'organismes privés [28]. Précisons toutefois qu'en matière de technologies de l'information, le droit suit la technique, la prégnance des normes et standards internationaux ; mais comment pourrait-il s'en abstraire totalement ? De sorte que les organismes de normalisation, à l'origine de nouvelles pratiques commerciales, impulsent de nouvelles règles, citons par exemple les normes et recommandations techniques édictées par l'I.S.O. (Organisation de standardisation Internationale), l'E.T.S.I. (Institut de Standardisation des Télécoms en Europe) ou l'Internet Engineering Task Force (I.E.T.F.).

Notre propos portera exclusivement sur les travaux actuels réalisés au sein de certaines organisations internationales dont l'impact sur les droits internes nous semble le plus concret. Toutefois, nous choisirons de ne pas focaliser notre attention sur le rôle et les travaux de certaines organisations internationales comme la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (C.E.F.A.C.T.) [29], l'O.C.D.E. [30], l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.) [31], la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) [32], l'UNESCO, le Conseil de l'Europe [33] ou la C.N.U.C.E.D. Pour l'instant, leur action n'a pas eu d'incidence directe sur les systèmes juridiques sinon pour, et seulement dans certaines enceintes, inciter les États à l'inaction, c'est à dire favoriser la régulation par le marché et les pouvoirs privés économiques. Seules la C.N.U.D.C.I. et l'Union européenne ont contribué concrètement à l'harmonisation internationale des législations sur les notions étudiées [34].

B) Le rôle fondateur de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique

Au premier chef, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) dès 1985, a demandé aux États membres et aux organisations internationales de réexaminer les exigences légales relatives à la valeur probatoire des enregistrements informatiques [35] et celles relatives à la "signature manuscrite ou de toute autre méthode d'authentification sur papier pour les documents commerciaux afin de permettre, le cas échéant, l'utilisation de moyens électroniques d'authentification " [36]. Ultérieurement d'autres problèmes juridiques altérant la sécurité, facteur indispensable au commerce électronique, sont apparus dans des domaines très variés : données nominatives, protection des consommateurs, formation des contrats, conservation des enregistrements informatiques [37], droit de propriété intellectuelle, noms de domaines,

fiscalité, conflits de lois et de juridictions, arbitrage, exequatur, douanes, responsabilité des prestataires de services, diffusion de contenus illicites, sécurité et confidentialité des transactions en ligne, ... Or du fait du caractère international inhérent aux réseaux numériques, les organisations internationales sont intervenues chacune dans leur champ de compétence, avec plus ou moins de bonheur et de conviction, et plus ou moins tardivement.

Les travaux entrepris par la Commission au début des années quatre vingt dix se sont soldés par l'adoption de la loi-type sur le commerce électronique en 1996 [38]. Ils suivaient la loi type sur les virements internationaux. Eu égard à la nature de l'instrument [39], l'objectif était de proposer aux différents législateurs un ensemble de dispositions juridiques acceptables au niveau international, de façon à ce que les principaux obstacles au développement du commerce électronique soient éliminés et que leur adoption traduise une plus grande sécurité juridique. Ce texte, composé de dix sept articles et accompagné d'un guide juridique pour l'incorporation de la loi, se fonde sur quelques principes directeurs et d'autres dispositions [40]. Cependant, la portée juridique de cet instrument international ne saurait être minimisée. En effet, la présente loi-type connaît un large succès dans la mesure où elle a servi de modèle dans la grande majorité des Etats qui entendaient apporter une réponse aux problèmes juridiques du commerce électronique, spécialement aux questions de preuve, d'écrit et de signature électroniques. Sans doute, même s'il n'est pas question d'unification, mais d'harmonisation, l'effectivité est indéniable. L'élimination des principaux obstacles légaux s'en tient exclusivement à quelques aspects. La thèse que nous avançons avec M. Renaud Sorieul prend peu à peu de la consistance : en l'occurrence, les normes juridiques spécifiques procèdent d'une autorité internationale légitime et s'inscrivent dans les ordres juridiques internes sous la forme la plus achevée, la loi. Et cela se manifeste dans le respect de la souveraineté des Etats. Par ce biais, certaines dispositions de la loi-type régiront les pratiques commerciales et le marché. Précisons que nous prendrons le parti de limiter notre examen aux seuls principes directeurs et à leur traduction en droit français.

[Haut de page]

1°) Non-discrimination

Aux termes des articles 5 et 5 bis, " l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données " [41] et " qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire des effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence. " L'incorporation par référence est un facteur indispensable pour les communications électroniques car les messages ne contiennent que les informations essentielles aux transactions et renvoient le plus souvent à des dispositions juridiques extérieures (conditions générales, usages et pratiques du commerce, déclarations de pratiques de certification, chartes d'utilisation, codes de conduite,...) contenues dans des bases de données, des annuaires ou des glossaires. L'accès au texte intégral auquel il est fait référence dans le corps du message s'opère notamment par le biais des liens hypertextes. Pour la détermination de l'accessibilité du texte, certains critères pourraient être pris en compte : disponibilité, coût d'accès, intégrité, notification et avis des mises à jour [42].

Si l'on prend le cas des certificats électroniques d'identification, il faut avoir à l'esprit qu'ils sont émis par une Autorité de certification conformément à la norme X 509 (I.S.O./U.I.T.), ce qui suppose une taille limitée et des champs prédéfinis. Or, leurs effets juridiques ne peuvent être ni ambigus, ni incertains car le document extérieur auquel le certificat renvoie, contient les dispositions que le prestataire de service de certification s'engage à suivre, les règles que les abonnés et les tierces parties utilisatrices doivent respecter et des clauses juridiques telles que par exemple des clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité, d'arbitrage, de loi applicable ou de tribunal compétent. D'où l'importance fondamentale de la validité juridique de telles incorporation électronique. On observera toutefois, que l'article 5 bis se contente de poser une règle de non discrimination et qu'il laisse aux droits nationaux le soin d'apprécier la validité et l'opposabilité de ces documents externes. En France, la jurisprudence impose, pour que le document auquel la clause fait référence soit opposable à l'autre partie, que celle-ci en ait eu connaissance et qu'elle l'ait acceptée, fût-ce tacitement notamment dans l'hypothèse où les parties entretenaient des relations anciennes et continues ou qu'il existe un usage [43]. De tels usages n'ont pas encore pu être consacrés ; tant s'en faut. Mais l'idéal serait que des termes du commerce électronique, unanimement reconnus au plan international, puissent acquérir le statut d'usage commercial à l'image des Incoterms ou des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires [44] de la Chambre de commerce internationale [45]. Ainsi la simple référence à un terme spécifique et accepté par les parties dans le cadre de leurs échanges contractuels ne pourrait plus être remise en cause.

2°) Neutralité technologique et médiatique

La définition retenue à l'article 2 pour le message de données ne se fonde pas sur l'utilisation d'une technologie de communication particulière. En effet, ce terme " désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie. " [46] L'idée sous-jacente consistait à couvrir l'utilisation de supports autre que le papier, sans discrimination à l'égard d'une technologie. En effet, une disposition de nature législative (lorsque un Etat l'adopte en tant que telle !) ne saurait faire une quelconque référence à une technologie ; à défaut, on risquerait d'avoir à modifier

la loi dans un domaine où les technologies évoluent à une vitesse inégalée, ce qui n'est pas sans influence sur les pratiques commerciales. La solution juridique retenue ne pouvait en aucun cas dépendre d'un état provisoire de la technologie [47]. Nonobstant, il ne fallait pas non plus imposer un formalisme excessif, c'est à dire plus contraignant pour la formation et la conservation des actes juridiques électroniques que pour des actes analogues dans un environnement papier [48].

3°) Équivalence fonctionnelle

Partant de l'analyse des fonctions juridiques fondamentales des notions d'écrit, de signature et d'original dans le contexte des documents papier, il a été décidé de les transposer dans l'environnement électronique [49]. C'est une voie médiane qui a été retenue par la C.N.U.D.C.I., située entre une orientation radicale consistant à créer de nouveaux concepts sans référence à ce qui existe et une voie tendant à redéfinir les concepts existant dans l'univers du papier. Ainsi, " dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi-type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles. [50]" Par la suite, cette approche a été reprise dans toutes les législations en vigueur (Singapour [51], République de Corée, Illinois, Missouri, Italie [52], Portugal [53], Autriche [54], Colombie, ...), ainsi que dans les projets de lois aussi bien en Europe (France [55], Allemagne [56], Luxembourg, Royaume Uni, Espagne, Belgique, Irlande, Danemark) [57], que sur d'autres continents (Argentine et Maroc).

[\[Haut de page\]](#)

4°) L'incorporation en droit français

Lorsque l'on examine le projet de loi français portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique [58], on constate que tout le raisonnement se fonde sur la sécurité des mesures techniques qui seront utilisées par les parties aux actes juridiques pour donner force probante aux écrits électroniques et définir la signature en général et la signature électronique en particulier. L'approche suivie est celle de l'équivalent fonctionnel.

L'écrit exigé à des fins de preuve (ce qui est sans incidence sur l'écrit exigé ad solemnitatem) se caractérise par sa neutralité technique et se définit comme suit : " La preuve littérale ou par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tout autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. (article 1316 du code civil) " [59]. On regrettera, toutefois, que la notion d'accessibilité à tout moment par l'homme ait été supprimée au cours de l'élaboration du projet. Sans doute, cela s'explique-t-il par le fait que l'article suivant prescrit la conservation, ce qui semble impliquer la prise en compte de la durabilité de l'écrit électronique dès lors que l'intégrité est assurée. L'admission d'un écrit sous forme électronique en tant que preuve au même titre que l'écrit papier, est consacré sous réserve que " puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité (article 1316-1)" [60]. S'agissant du règlement des conflits de preuve littérale, question qui ne fait pour l'instant l'objet d'aucune disposition dans le code civil, le projet du nouvel article 1316-2 dispose : " Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support. " Cet article reconnaît définitivement, à la suite de la jurisprudence se fondant sur le caractère non impératif des règles sur la preuve [61], la validité des conventions de preuve. De surcroît, il confère au juge le pouvoir souverain d'apprécier quelle est la preuve littérale qui est la plus vraisemblable [62], et ce, en fonction du cas d'espèce qui lui est soumis. Afin de lever toute équivoque quant à l'équivalence probatoire instituée entre l'écrit électronique et l'écrit papier, un article 1322-1 devrait être inséré après l'actuel article 1322 ; selon ses termes, " la même force probante est attachée à l'écrit sous forme électronique lorsqu'il constate des droits et obligations et qu'il est signé. " En revanche, l'original ne fait pas l'objet de disposition, contrairement à la loi-type [63]. On peut considérer qu'un tel article est superflu car au plan probatoire, l'original se confond avec l'écrit, imputable, intègre, signé. L'intégrité sous entend qu'elle s'apprécie à compter du moment où l'information a été créée pour la première fois.

Par ailleurs, le droit français ne comporte aucune définition de la signature, même si la jurisprudence en a précisé le régime et la validité depuis longtemps. Aussi, le projet d'article 1322-1 établit clairement la double fonction de la signature, conformément à l'approche préconisée par la C.N.U.D.C.I. : identification de la personne auteur de l'acte et manifestation de son consentement au contenu de cet acte juridique [64]. Cette définition vaut pour toutes les formes de signature qu'elle soit manuscrite, électronique ou autre. Mais elle ne vaut que pour les actes juridiques et ne couvre pas ce que l'on appelle en pratique les signatures de serveur web au moyen d'un certificat numérique délivré par une Autorité de certification. Il en va de même des certificats d'éditeur pour les produits logiciels ou multimédia.

A la vérité, en droit interne d'importantes réformes sont en préparation (une loi cadre sur l'Internet est prévue pour courant de l'an 2000 [65]). Elle s'inscrit directement dans le droit fil des préoccupations de la Commission européenne, spécialement la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative

à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur ; la discussion est en cours [66]. Néanmoins, eu égard à la nature internationale du commerce électronique, il ressort que les lois et règlements et autres règles contractuelles s'inspirent étroitement de sources juridiques internationales.

[Haut de page]

II/ SIGNATURES ELECTRONIQUES ET AUTORITE DE CERTIFICATION [67]

En ce domaine encore, l'impulsion est à nouveau venue de la C.N.U.D.C.I. où les premiers projets de règles uniformes internationales sur les signatures électroniques ont été élaborés au cours de la seconde moitié de 1996. A la différence de la loi-type, ces règles se négocient toujours (A), mais la Commission européenne a vu son projet de directive aboutir à un accord politique très important au début de l'été 1999 (B).

A) Les règles uniformes de la C.N.U.D.C.I. sur les signatures électroniques [68]

Dans la foulée de la loi-type, la Commission a décidé de poursuivre ses travaux dans le domaine des signatures électroniques, pierre angulaire de la sécurité des échanges électroniques. L'article 7 " Signature " de la loi-type dispose :

" 1) Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données ; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

Ainsi, toute technologie ou méthode qui permet de réaliser les deux fonctions juridiques d'identification et d'approbation du contenu de l'acte, avec un degré de fiabilité suffisante sera reconnue comme remplissant les exigences d'une signature qui pourrait être contenues dans une loi. La formulation retenue laisse le pouvoir au juge du for d'apprécier si la méthode utilisée est fiable ou ne l'est pas. C'est pourquoi la C.N.U.D.C.I. a décidé de d'entreprendre l'élaboration de règles uniformes sur les signatures électroniques. A l'instar de ce qui a été fait dans le loi-type, il fallait surmonter la difficulté de conserver une approche neutre technologiquement ; or en 1996 (et aujourd'hui encore), les seules signatures électroniques sécurisées étaient les signatures numériques basées sur la cryptologie à clés asymétriques et des infrastructures à clé publique (I.C.P.). La C.N.U.D.C.I. suit une approche hybride :

- elle reconnaît toutes les formes de signatures électroniques qui sont susceptibles de réaliser les fonctions de la signature avec un degré de fiabilité suffisant ;

- et elle adopte des règles particulières pour les signatures numériques basées sur la cryptographie à clé publique et les autorités de certification, mais selon toute vraisemblance, la référence sera implicite. Cette démarche s'explique, d'une part, par le principe de neutralité technique, lequel induit des règles à caractère général, et d'autre part, par un souci de coller aux pratiques connues et sécurisées. Elle risque cependant de s'avérer délicate à mettre en œuvre dans un texte cohérent et entraînant des conséquences juridiques. C'est dans ces règles que le concept de " signature électronique renforcée " - repris dans le projet européen sous l'expression " signature électronique avancée ou qualifiée " - est naît. Une telle signature a pour but de créer une présomption simple de validité de la signature, considérée comme fiable. On peut cependant considérer que les esprits sont désormais mûrs pour parvenir à un consensus pour l'adoption d'un texte, dont la nature reste à définir, à l'aube du XXIème siècle. Il en va différemment du projet de directive européenne.

[Haut de page]

B) Le projet de directive européenne sur les signatures électroniques

La date de commencement des travaux sur le projet soumis aux Etats (1) démontrent qu'il aura fallu moins de trois ans (soit environ quinze mois de gestation et dix neuf mois de négociations) pour que soient jetées et acceptées les bases juridiques de l'harmonisation européenne sur le sujet (2).

1°) Historique

La Commission européenne a fait une communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité de régions proposant une Directive sur un cadre commun pour les signatures électroniques [69].

La proposition s'inspirait étroitement des travaux entrepris à la C.N.U.D.C.I. et se situe dans le prolongement des initiatives européennes de l'année 1997, savoir :

- la communication "une initiative européenne dans le domaine du commerce Électronique [70] ;
- la conférence ministérielle européenne de Bonn des 6-8 juillet 1997, "Global information networks : realising the potential " ;
- la communication du 8 octobre 1997 "Assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique " [71];
- Conférence de Copenhague (audition internationale d'experts) des 23-24 avril 1998 ;
- enfin, il convient de rappeler que la décision d'élaborer la proposition est intervenue lors d'une décision du Conseil des télécommunications du 1er décembre 1997. [72]

Selon le calendrier initial, la Directive devait être adoptée en novembre 1998 et être mise en œuvre par les États membres avant le 1er janvier 2001. En réalité, le texte devrait être adopté en seconde lecture par le Parlement européen en décembre 1999 et transposé dans les États membres dans les dix huit mois suivants son entrée en vigueur.

[Haut de page]

2°) Les bases juridiques et techniques de l'harmonisation européenne[73]

Après avoir énoncé vingt huit considérants, le projet de texte actuel se compose de quinze articles, suivis de quatre annexes dont le contenu est fondamental : elles touchent à la sécurité technique des signatures électroniques [74].

D'une façon générale, le texte accorde un maximum de liberté au marché sans pour autant résoudre les conditions de validité de la signature électronique dans des applications particulières. Il fixe une série d'instructions aux États membres tout en restant flexible ; sa plasticité le distingue. Le principe de neutralité technique a été retenu, ce qui somme toute, a toujours été la position de la France dans les instances internationales. Ceci explique pourquoi, le texte ne mentionne pas les signatures numériques mais dispose exclusivement sur les signatures électroniques. Cela étant, dans cette enceinte comme précédemment à la C.N.U.D.C.I., il est difficile de rester neutre au plan technique alors que les seules signatures sécurisées sont les signatures numériques mises en œuvre dans le cadre d'infrastructures à clé publique et supposant l'utilisation de certificats numériques. Force est de constater que les autres techniques d'authentification aussi sûres que la signature numérique à clé publique n'existent pas encore ; à tout le moins des techniques de signatures dynamiques ou biométriques telles que PenOp si elles présentent des avantages sur le plan de leur simplicité d'utilisation, restent encore problématiques dans la mesure où la question du lien entre la signature et le message n'a pas encore été réglée, spécialement la " solidité " et la durabilité de ce lien. Comment, à supposer qu'il n'y pas eu de convention préalable, accorder une valeur juridique à signature dont l'"apposition " durable sur un acte juridique électronique ne peut être garantie ? Le lien doit être sûr ! Aucun risque ne doit entacher le consentement.

Deux objectifs fondamentaux peuvent être dégagés :

- assurer la libre circulation des produits et services de signature électronique et la liberté d'établissement des prestataires.
- attribuer un minimum d'effets juridiques aux signatures électroniques dans le marché unique.

a) Régime des signatures électroniques

L'article 1 traite du champ d'application de la directive : faciliter l'emploi de la signature électronique et en assurer la reconnaissance juridique. Toutefois, en vertu de son § 2, cet article " ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats et autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire. " Son but est d'exclure du champ d'application de la directive, le formalisme de certains actes juridiques (par exemple les actes authentiques).

Aux termes de sa définition (article 2), une signature électronique doit être sous forme numérique et être jointe ou liée logiquement aux données (messages) qu'elle est censée signer. Elle devrait avoir pour but d'assurer l'acceptation du contenu du message, ce qui est logique dans la mesure où la signature possède deux fonctions juridiques de base : identifier son auteur et consentir à l'acte. Mais des exigences minimales sont posées : la signature doit être liée uniquement au signataire et permettre de l'identifier, les moyens de sa création doivent rester sous son contrôle exclusif et enfin, elle doit assurer l'intégrité du message (fonction contrôle). Sont également définis les dispositifs de création et de vérification de signature.

Le principe de reconnaissance des signatures électroniques est établi à l'article 5. Cet article et les annexes constituent le cœur de la directive. Toutefois, aux termes de son § 1, les États doivent veiller à ce qu'elles " a)

répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier ; b) soient recevable comme preuves en justice. " Le principe de non discrimination est repris au § 2, ainsi la validité de la signature ne peut pas être contestée au seul motif qu'elle se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, voire même que ledit certificat a été délivré par un prestataire de services n'ayant pas reçu d'accréditation au sens de l'annexe II, ou encore que la signature n'a pas été créée au moyen d'un processus de signature sécurisé est repris au § 2.

La position européenne tend à assurer une base minimale d'harmonisation dans le marché intérieur, mais à notre avis, cela va à l'encontre de la sécurité générale du système. Des niveaux de sécurité hétéroclites risquent ainsi d'être validés et l'on pourra constater de très fortes disparités entre les États européens.

b) Les prestataires de services de certification

Pour être habilité à émettre des " certificats qualifiés ", les " prestataires de services de certification " [75] auront l'obligation de remplir des conditions minimales de sécurité ; ces normes s'imposeront à eux tant en terme d'image, que de positionnement sur le marché de la confiance. Leur compétitivité en dépend. Des règles de responsabilité des prestataires sont prévues, notamment en matière de validité du contenu des certificats (article 6).

A ce titre, le projet prohibe l'instauration d'un système de licences individuelles obligatoires. Tout État qui aurait adopté une législation en ce sens devra modifier le régime juridique du contrôle des prestataires en ce sens. Il préconise cependant un système d'accréditation volontaire dont les exigences requises pour la délivrance de certificats " qualifiés " figurent à l'Annexe II.

Le texte laisse apparaître des lacunes, spécialement lorsque les prestataires de services sont appréhendés comme une entité unique, alors que plusieurs métiers coexistent : autorité de certification, opérateur de certification et autorité d'enregistrement. D'autres fonctions liées à la certification existent, spécialement la personne qui tient l'annuaire (ou liste de révocation) où sont publiés les statuts des certificats, voire même une autorité d'horodatage qui sera nécessaire pour certaines téléprocédures administratives. Effectivement, des prescriptions relatives aux délais sont obligatoires ce qui imprime une forte connotation juridique à la datation, y compris sous forme électronique.[76] Tout le monde connaît la référence au "cachet de la Poste faisant foi ", dans l'univers papier.

c) Le projet de transposition en droit français

Anticipant la transposition de cette directive, le projet de loi modifiant le code civil est ainsi rédigé : "*Lorsqu'elle est électronique, elle (la signature) consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.*" Cet article pose une présomption de fiabilité du procédé de signature électronique qui respecte les conditions qui seront fixées par décret en Conseil d'État.

Ce décret régira un système d'accréditation volontaire des autorités de certification, conformément à la directive. Un organisme, inspiré de l'actuel COFRAC, délivrera en quelque sorte un label de qualité de la sécurité. Il fixera les conditions de sécurité que devront remplir les prestataires de services de certification, pour que la présomption soit effective. Ainsi, à terme, il devrait y avoir deux ensembles de critères d'où découleront deux accréditations : - l'une pour les autorités de certification qui émettent des certificats de signature, et qui impose que la clé privée du signataire soit conservée et contrôlée par lui seul, même si c'est le tiers qui lui a fourni les moyens de générer son bi-clés - l'autre pour les tiers parties de confiance (séquestre de clés de chiffrement) qui doivent pouvoir reconstituer la clé privée du détenteur en cas de demande de sa part (ex : en cas de perte) ou des autorités compétentes pour être en mesure de déchiffrer le message (ex : sur commission rogatoire). Cela découle directement d'un principe de sécurité, bien connu en pratique, selon lequel il faut disposer de deux paires de clés distinctes lorsque l'on entend signer et chiffrer des messages.

Compte tenu du fait que ce sont les signatures numériques qui sont indirectement visées, c'est grâce d'une part, à la fonction de hachage que l'intégrité de l'acte est préservée, et d'autre part au certificat numérique contenant la clé publique du signataire garantissant ainsi son identité. En effet, un certificat est un message émis par une Autorité de certification qui établit un lien entre une paire de clé asymétrique et une personne préalablement enregistrée soit à des guichets, soit par une procédure en ligne [77].

III/ LES PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES [78]

A l'évidence, la question des droits des propriétés intellectuelles sur les réseaux numériques nous interpellent, spécialement les outils techniques et les créations numérisées (logiciels de navigation, moteurs de recherche, portails, bases de données, pages et sites web [79], ...) qui permettent de naviguer et d'échanger des messages et des fichiers. Ne fût-ce que parce que la propriété intellectuelle touche au patrimoine culturel de l'humanité, elle mérite protection [80]. L'évolution récente du droit de la propriété intellectuelle (au sens du Code de la propriété intellectuelle) procède de sources formelles internationales au travers des actions de

l'O.M.P.I. (A) et de l'Union européenne (B). Même si leur combinaison devrait contribuer à l'harmonisation internationale, des questions importantes subsisteront [81], d'autres resteront ouvertes, et sans doute, sans réponse définitive [82].

[Haut de page]

A) Les actions de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.)

Chaque fois qu'une nouvelle technologie intervient, dans le cas présent c'est la numérisation de données (y compris des œuvres littéraires et artistiques, logiciels, bases de données, dessins et modèles, marques) et leurs mises en réseaux, on s'interroge sur l'inadaptation du droit d'auteur ou des droits voisins. Plus qu'une véritable crise du système du droit d'auteur international, nous partagerons l'opinion qui estime que le numérique révèle des tensions [83]. Néanmoins, de nouveaux droits de propriété intellectuelle, tels les noms de domaine en tant que signes distinctifs, s'intercalent progressivement non sans quelques difficultés. Envisageons les principales avancées revêtues de la force obligatoire, lorsqu'elles sont en vigueur, en examinant dans l'ordre : l'historique des Traités de 1996 sur le droit d'auteur et les droits voisins (1), l'analyse sommaire de ces textes (2) et enfin, les autres domaines où l'organisation entend étendre sa mission (3).

1°) Historique

Les premiers travaux de l'organisation ont abouti à l'adoption des traités sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes résultant de la Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, à Genève (2-20 décembre 1996) [84]. Prenant en compte l'évolution des technologies, notamment la numérisation des données sur le réseau Internet (sans mentionner le mot), l'objectif des discussions consistait à mettre à jour les Traités en vigueur sur le droit d'auteur et les droits voisins [85]. D'autres travaux sont en cours sur les brevets, les marques et les bases de données.

Institution spécialisée des Nations Unies en matière de propriété intellectuelle, basée à Genève, l'O.M.P.I. regroupe 160 États et près de 150 organisations professionnelles.

La Conférence qui a duré 20 jours, a été l'occasion d'une confrontation entre des intérêts divergents, avec d'une part les auteurs et les éditeurs, et d'autre part, les opérateurs télécoms et les fournisseurs d'accès et autres prestataires de services en ligne. En outre, une autre divergence fondamentale est apparue entre la presse qui entendait préserver les droits d'auteur, quel que soit le vecteur de communication utilisé et les fournisseurs américains de services Internet. Les internautes, c'est-à-dire les personnes concernées au premier chef, vont-ils pâtir de décisions auxquelles ils n'ont pas pris part ?

L'adaptation des conventions internationales en vigueur à l'ère du numérique serait la bienvenue si la matière des nouvelles technologies de l'information était stable. En effet, la transmission de signaux binaires permet de transmettre ou diffuser en ligne des sons, textes, images fixes ou animées, mais aussi d'assurer des reproductions (ou recopies) de parfaite qualité. De plus, l'accès aux informations (œuvres protégées ou libre de droit) peut être effectué de n'importe quel point du globe avec une simple ligne téléphonique et un modem. Or il n'en est rien, le risque - et risque il y a - est qu'il faille dans les années à venir faire marche arrière si les textes adoptés sont dirimants avec le mode de fonctionnement des réseaux.

Aux fins d'assurer la protection des droits d'auteur et droits voisins, deux projets de traités ont été adoptés par l'O.M.P.I. ainsi qu'une déclaration concertée où les États déclarent illégal au plan mondial le piratage audiovisuel.

2°) Traités de l'O.M.P.I. sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

Le nouveau traité sur le droit d'auteur envisage des modifications significatives en matière de droits d'auteur. Les premières nouveautés se trouvent aux articles 4 et 5 du traité qui dispose, d'une part, que la protection des programmes d'ordinateur sera assurée en vertu de l'article 2 de la Convention de Berne (en tant qu'œuvres littéraires), et d'autre part, les compilations de données (bases de données) qui quelque soit leur forme constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles.

Le projet ajoute aux droits existants, un nouveau droit exclusif : celui de distribution (article 6). Ce droit s'appliquera à toutes les catégories d'œuvre et il conférera aux auteurs le pouvoir de contrôler la mise à disposition du public de l'œuvre originale et de ses copies. Une telle disposition semble plus favorable aux producteurs qu'aux auteurs.

Outre le droit exclusif d'autoriser la location commerciale aux auteurs sur leurs œuvres (original ou copies), l'article 8 prévoit un droit exclusif d'autoriser toute communication au public des œuvres " par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée. "

Lors des travaux préparatoire il avait été envisagé de considérer comme une publication, le fait de mettre une œuvre sur le réseau à disposition du public (disposition abandonnée). De même, la notion de reproduction d'une œuvre devait être élargie au fait de procéder à la mémorisation sur l'ordinateur (copie sur le disque dur ou copie éphémère de sites web avec les fichiers "cache"). L'article 7 du projet initial concernait " la reproduction directe ou indirecte des œuvres, qu'elle soit permanente ou temporaire, de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit. ". En effet, l'enregistrement d'une œuvre autorise sa communication au public. Du fait de sa difficulté à mettre en œuvre, cette disposition également abandonnée, aurait constitué un frein important pour les internautes de base. La Charte IDDN d'Interdeposit de Genève illustre la pratique d'un identifiant numérique international, conforme aux traités internationaux sur le droit d'auteur. Ce système permet de connaître les droits d'utilisation en ligne, ainsi que la personne auprès de qui l'utilisateur peut s'acquitter d'une éventuelle redevance [86].

Le second Traité vise les droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. Du fait de l'avènement du numérique, plusieurs nouvelles définitions (au nombre de sept) ont été apportées : artistes interprètes ou exécutants, fixation, publication, radiodiffusion, communication au public, phonogrammes, producteur de phonogramme .

A l'instar des œuvres littéraires et artistiques, ce traité définit de façon quasiment identiques les droits de distribution et de location des artistes interprètes et producteurs de phonogrammes. De plus, le Traité confirme les droits moraux déjà reconnus dans la convention de Berne.

En revanche, un projet de Traité sur les bases de données non originales a été abandonné. Il entendait prendre en compte les bases de données qui ne satisfont pas au critère d'originalité [87].

Les États disposent d'une large latitude pour adopter les instruments juridiques proposés, ils étaient ouverts à la signature jusqu'au 31 décembre 1997[88].

Les États ont la faculté, comme à l'accoutumée, de faire des réserves sur certains points, mais cela risque de contribuer encore plus à la non-unification du droit, ce qui n'est pas souhaitable sur les réseaux numériques.

3°) Autres domaines

L'O.M.P.I. s'attache désormais à apporter une réponse efficace aux différends relatifs aux noms de domaine [89], notamment lorsqu'ils sont en conflit avec une marque préalablement enregistrée ou notoire. Pourtant, on peut douter de l'utilité d'une telle initiative dans la mesure où, en ce domaine, les tribunaux de nombreux pays sont déjà intervenus à plusieurs occasions et que les décisions seront de nature administratives et donc susceptibles de recours devant les tribunaux compétents. C'est d'ailleurs l'un des sujets sur lequel les tribunaux ont été souvent sollicités ; en France par exemple [90], un régime juridique d'origine jurisprudentielle est en train de se mettre en place peu à peu. En outre, on observera que la procédure du Centre d'arbitrage et de médiation de l'O.M.P.I. n'est que partiellement en ligne [91], contrairement à celles du Cybertribunal de l'Université de Montréal et du Ombuds Online de l'Université du Massachusetts qui viennent de conclure un accord pour l'arbitrage et la médiation en ligne ; ces expériences ont débutés dès 1996 ! [92] Au surplus la compétence du Centre d'arbitrage de l'O.M.P.I. se limite aux litiges liés à la propriété intellectuelle alors que ses prédécesseurs ont compétence pour tous les différends du commerce électronique. Que vont choisir les acteurs : un centre privé, généraliste mais où l'on est tout de même arbitrer par un spécialiste du domaine, ou un centre public spécialisé ?

[Haut de page]

B) L'harmonisation européenne en matière de droit d'auteur et droits voisins

Après avoir adopté une importante directive n°96/9 relative à la protection des bases de données du 11 mars 1996 [93], transposée en droit interne par la loi n°98-536 du 1er juillet 1998 [94], et une directive sur les dessins et modèles n°98-71 du 13 octobre 1998 [95], la Commission européenne a présenté une proposition modifiée de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [96]. Ce dernier texte s'inspire étroitement des traités de l'O.M.P.I., il consiste en quelque sorte à les " transposer " dans le cadre européen. C'est la voie choisie par la Commission pour parvenir non seulement à l'harmonisation européenne, mais aussi contribuer à l'harmonisation mondiale en matière de droit d'auteur. Bien que sa portée soit générale (il intègre les artistes-interprètes, les producteurs, les phonogrammes et les vidéogrammes), ce projet vise tout particulièrement les réseaux numériques et l'intégration des œuvres dans les produits multimédia [97].

Trois objectifs le caractérisent : harmoniser les droits patrimoniaux des auteurs (droit de reproduction, droit de communication au public et droit de distribution) et des titulaires de droits voisins, harmoniser le régime des exceptions, promouvoir les conditions techniques permettant d'assurer la protection de ces droits [98]. Mais la Commission a peut être placé ses ambitions à un niveau trop élevé, ce qui risque d'être un handicap pour l'harmonisation. Les traditions des différents systèmes juridiques européens s'avèrent, sur certains points, difficile à concilier.

En définitive, à la suite du doyen Michel Vivant, on peut s'interroger quant à l'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles [99]. Sans doute la globalisation de l'économie a-t-elle son pendant juridique : la mondialisation du droit [100] ; et dans ce contexte de libéralisme, les propriétés intellectuelles connaissent un développement sans précédent. A la lecture de la jurisprudence française récente, on constate que l'application du droit de la propriété intellectuelle ne pose pas de difficulté particulière lorsqu'il s'agit de faire valoir ses droits sur les réseaux numériques [101]. Mais est-ce que les concepts ayant trait aux exceptions dans le cadre des réseaux numériques sont toujours idoines (copie privée, cercle de famille et public [102], courte citation ou la notion anglo-saxonne de " fair use " [103], ...) [104] ? Et pour terminer s'agissant de la circulation et de la multiplication des œuvres de l'esprit sur les réseaux, certains suggèrent la constitution de banques d'enregistrement internationales, notamment pour assurer une meilleure protection. Le doyen Carbonnier ne soulignait-il pas : " tout se passe comme si, pour être appréhendées par le droit, les propriétés incorporelles avaient besoin d'une apparence de corps. [105]"

[Haut de page]

En conclusion, on a pu constater à travers les instruments étudiés que le droit matériel interne procède d'une origine transnationale, via un passage au niveau européen. Cela traduit le déclin des spécificités françaises et un retour en force du droit transnational [106]. Le droit du commerce électronique est international à la fois par la nature intrinsèque du phénomène et par la provenance de ses règles [107]. En effet, les États ne sont pas en mesure de légiférer en faisant abstraction des autres, la mondialisation, directement perceptible sur les réseaux, participe au développement du droit. La provenance de l'information est universelle et de nouvelles problématiques apparaissent [108].

Mais pour autant, le fait d'harmoniser internationalement les règles de droit n'est pas neutre en soi ; cela sert à faciliter les échanges commerciaux en complément des sources informelles qui se propagent par le biais des contrats et de l'autorégulation du marché du commerce électronique [109]. L'influence dominante des États Unis (son gouvernement et ses grandes entreprises) se manifeste dans tous les domaines du droit du commerce électronique (sources formelles comme les textes de la C.N.U.D.C.I. et sources informelles) [110]. Le droit y est perçu comme un instrument au service des entreprises et de l'impérialisme américain. N'a-t-il pas pour but ultime la domination du monde par le contrôle de l'information et de son marché ? La liberté des flux du commerce électronique apparaît comme le cheval de bataille de cette conquête. Le rapport de M. Ira Magaziner ne prescrit-il pas que " les gouvernements devront favoriser l'autorégulation du secteur chaque fois que cela sera nécessaire, et soutenir les efforts des organisations du secteur privé visant à mettre au point les dispositifs qui garantiront le bon fonctionnement d'Internet. " [111]

Inspiré d'une analyse du doyen Carbonnier [112], nous estimons que dans le cadre du commerce électronique (international), la personne, le contrat et la propriété sont les trois grands piliers de ce droit. En effet, les personnes, sujets de droit, sont des entités juridiques qui entrent en relations juridiques avec d'autres (contractuelle [113] ou non par l'intermédiaire de choses ou sans) ; elles échangent des valeurs [114], sont ou deviennent propriétaires de biens corporels ou incorporels, créent des préjudices. En outre, chacun de ces piliers possède un corps de règles de protection à caractère impératif : données personnelles et vie privée, consommateurs et droits des propriétés intellectuelles. De nouvelles activités apparaissent, de nouveaux droits se créent. C'est là que se situent les prochains enjeux du commerce électronique.

[Haut de page]

Notes

[1] Pierre Trudel et alii, Droit du cyberspace, Montréal, éd. Thémis, 1997.

[2] Martin Bangemann, La société de l'information : un modèle européen, D.I.T. 1998/3, p.6 s. Selon le Commissaire européen : " Le concept de société de l'information est apparue pour la première fois dans le livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi présenté par Jacques Delors au sommet européen en décembre 1993. " V. la Communication de la Commission au Conseil et au parlement européen, Vers la société de l'information en Europe : un plan d'action, COM(94)347 final et le rapport Bangemann, L'Europe et la société de l'information planétaire, Recommandation au Conseil européen, Bruxelles, 26 mai 1994. C'est à cette époque que le Vice-Président des États Unis d'Amérique, M. Al Gore, a lancé la fameuse " Global Information Infrastructure Policy ". Puis le 1er juillet 1997, le rapport de M. Ira Magaziner, The Framework for Global Electronic Commerce, prenant acte de l'infrastructure mondiale de l'information et de l'utilisation des nouvelles technologies, préconisait un développement du commerce électronique sans entraves, tant pour le territoire des États Unis que sur le reste de la planète (v. : <http://www.whitehouse.gov/wh/new/commerce/>). En France, le rapport Théry, Les autoroutes de l'information, Paris, La documentation française, 1994.

[3] Une publicité de Vivendi, parue dans le Monde (14 septembre 1999, p.18), lance : " Les hommes naissent libres et égaux en droits. Les internautes aussi. " Ce slogan était accompagné d'une charte Internet avec sept engagements pour l'internaute : " 1) Pour la protection des données personnelles ; 2) Pour la protection de l'enfant et l'affirmation d'une éthique des contenus ; 3) Pour le respect de la propriété intellectuelle ; 4) Pour la garantie des droits du consommateur en ligne ; 5) Pour la sécurité des échanges et des transactions ; 6) Pour une communication publicitaire responsable ; 7) Pour un dialogue permanent et efficace. "

[4] Voltaire, *Candide* ; v. égal. Aldous Huxley, *Le meilleur des mondes*, Paris, Plon : " Nous n'avons le choix qu'entre deux solutions : ou bien un certain nombre de totalitarismes nationaux, militarisés, ayant comme racine la terreur de la bombe atomique, ... ; ou bien un seul totalitarisme supranational, suscité par le chaos sociale résultant du progrès technologique. "

[5] O.C.D.E., *Un monde sans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial*, Conférence ministérielle d'Ottawa, 7-9 octobre 1998, p.51 s.

[6] Concernant l'émergence d'une économie de l'immatériel entendu largement, voir notamment : Conseil économique et social (rapport présenté par M. Hubert Boucher), *Les leviers immatériels de l'économie*, Paris, J.O., 1994 et Charles Goldfinger, *L'utile et le futile, l'économie de l'immatériel*, Paris, éd. Odile Jacob, 1994. Pour les dimensions juridiques, v. *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, tome 43, Paris, Sirey, 1999.

[7] Jean-Michel Billaut, *Les Etats-Unis mettent en place un " NetPlan Marshall "*, Rev. L'atelier n°64, Mai-Juin-Juillet 1999, p.3.

[8] Ignacio Ramonet, *La tyrannie de la communication*, Paris, Galilée, 1999.

[9] On assiste, en effet, à un processus de concentration dans " l'industrie " des nouvelles technologies de l'information qui s'est accéléré au cours des derniers mois avec les récentes acquisitions d'AOL (Netscape), d'Amazon.com, de Home (Excite), de Microsoft, de Yahoo (Geocities - première communauté avec environ 3,5 millions de sites et Broadcast.com), en ce sens, v. Les échos, 2-3 avril 1999, p.18. Ainsi, selon M. Philippe Quéau, " La logique profonde des réseaux favorise, ne l'oublions jamais, les regroupements, les synergies - qui, dans le vocabulaire du marché, s'appellent aussi oligopoles, collusions, voire monopoles ... ", Les termes inégaux des échanges électroniques, *Le Monde diplomatique*, Février 1999, p.17.

[10] Expertises, n°229, Août-septembre 1999, p .1.

[11] *Le Figaro Economie* du 14 septembre 1999, p.I et p.V.

[12] Pour l'histoire de l'Internet, v. Katie Hafner et Matthew Lyon, *La veillée des magiciens : les origines de l'Internet*, Paris, 1999.

[13] V. les définitions de ces termes, tels que les a déterminé la Commission générale de terminologie et de néologisme, J.O. du 16 mars 1999, p.3905 s.

[14] Eric Barbry, *Le droit du commerce électronique : de la protection ... à la confiance*, D.I.T. 1998/2, p.15. Cet auteur examine trois définitions et retient celle, réductrice à notre avis, qui est liée à l'Internet, à savoir : " l'ensemble des relations commerciales entre internautes. "

[15] Cela consiste en la transformation d'un signal analogique en un signal numérique porteur d'une information identique qui se compose d'une suite de chiffres 0 et 1.

[16] V. *Revue politique et parlementaire*, 1998, n°994 : " Numérique : la révolution culturelle ".

[17] Des conséquences fondamentales sur les notions de territoire, d'Etat et de souveraineté peuvent être signalées, en ce sens, Hélène Ruiz Fabri, *Immatériel, territorialité et Etat*, Arch. Phil. droit 43 (1999), p.187 s.

[18] Concernant le régime issu de la loi de juillet 1996 sur les télécommunications (amendant l'article 28 de la loi du 29 décembre 1990) et ses décrets du 24 février 1998, v. Eric A. Caprioli, *Le nouveau régime juridique de la cryptologie (suite aux deux décrets du 24 février 1998)*, Lamy Droit de l'informatique, Cahiers du Lamy droit de l'informatique, Suppl. au n°101, Mars 1998, p.1-8 et Véronique Sédallian et Garance Mathias, *Les problèmes posés par la législation française en matière de chiffrement*, D.I.T. 1998/4, p.26 s.

[19] *Droit & Patrimoine*, n°74, Septembre 1999, p.110 ; J.O. du 19 mars 1999, p.4050 s. et D.I.T. 1999/2, p.102.

[20] Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998, spéc. p.23 s. et le Rapport de M. Guy Braibant, *Données personnelles et société de l'information*, Paris, La documentation française, 1998.

[21] Michel Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux*, J.C.P. 1996, I, 3969, spéc. n°19 s. et J.-F. Chassaing, *L'Internet et droit pénal*, D. 1996, chr., p.329 s. Pour une application jurisprudentielle, à propos de textes révisionnistes diffusés sur l'Internet, v. Trib. corr. Paris, 13 novembre 1998, *Droit & Patrimoine*, n°74, septembre 1999, p.111-113, obs. E. Caprioli, le tribunal s'est déclaré compétent au motif " qu'en matière de presse, il est constant que le délit est réputé commis partout où l'écrit a été diffusé, l'émission entendue ou vue. " Aux Etats Unis, on estime que 1500 disparitions de mineurs auraient pour cause des contacts en ligne au travers des forums de discussion. Rappelons sur ce point, la loi n°98-468 du 18 juin 1998 sur la protection des mineurs, laquelle accroît les peines lorsque l'auteur de l'infraction s'est servi de moyens de télécommunications (*Droit & Patrimoine*, n°67, Janvier 1999, p.91).

[22] Géraud de Geouffre de la Pradelle et Sauveur Vaisse, Estimer la doctrine : l'art ...et la manière (à propos de l'article " Estimer l'inestimable ", R.T.D.civ. 1996, p.326.

[23] Jérôme Huet, Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, Petites affiches, 26 septembre 1998, n°116, p.6 s. ; Vincent Gautrais, Guy Lefebvre, Karim Benyekhlef, Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica, R.D.A.I. 1997, n°5, p.547 s. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, (sous la direction de Michel Vivant), 1999.

[24] Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, J.D.I. 1997, p.323 s.

[25] Philippe Khan, A propos des sources du droit du commerce international, in Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éd. Frison-Roche, 1999.

[26] François-Xavier Testu, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, D. 1998, chr., p.345 s.

[27] Bruno Oppetit, Droit et modernité, Paris, P.U.F., 1998, p.64, ce texte a été publié aux Arch. Phil. dr., t. 27, Paris, Sirey, 1982, p.43, sous le titre : La notion de source du droit et le droit du commerce international.

[28] Antoine Pirovano, Introduction critique au droit commercial contemporain , R.T.D.com. 1985, p.219 s.

[29] Oeuvrant depuis la fin des années soixante-dix sur la questions des traitements automatisés d'information, puis des Echange de données informatisé, en 1995 la CEE/ONU a adopté un accord type sur les EDI (CEE/CEFACT, The Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic Data Interchange, Recommandation n°26, Doc . TRADE/WP.4/R.1133/Rev.1, Genève, Mars 1995 et Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, art. préc. note 24, v. p.336-339 et p.349 s.). Ce texte, de nature contractuelle, a été révisé afin que son utilisation puisse se généraliser au commerce électroniques. Baptisé "Accord E ", ce modèle ne s'applique qu'aux relations entre les entreprises contrairement au modèle d'accord de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui n'a pour vocation que de régir les relations entre les entreprises et les consommateurs. Il indique une série de dispositions contractuelles pour les transactions commerciales. V. l'étude sur les termes "écrit", "signature", et "document" mentionnés dans les conventions internationales (Doc. TRADE/WP.4/R.1096 du 22 juillet 1994 et Eric A. Caprioli, EDI et commerce électronique au regard des normes juridiques internationales, Lamy Contrats internationaux, Div. 2, Annexe 100/2-1, 1996).

[30] Sur les trois déclarations ministérielles lors de la conférence interministérielle de l'O.C.D.E. à Ottawa (Octobre 1998), v. Eric A. Caprioli, D.I.T. 1998/3, p.100-102. Elles portent sur la protection de la vie privée sur les réseaux, la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique et l'authentification (textes reproduits dans la revue D.I.T. 1998/3 in fine). Egal. : Eric A. Caprioli, Les lignes directrices de l'OCDE régissant la politique de cryptographie, Lamy droit de l'informatique, mai 1997, p.1-5 et D.I.T. 1997/3, p.53.

[31] Ce n'est que récemment que l'O.M.C. a pris en considération la question du commerce électronique en adoptant un programme de travail sur le commerce électronique le 25 septembre 1998 (WT/L/274), après avoir publié une étude : " Le commerce électronique et le rôle de l'O.M.C. ". Au terme de sa conférence ministérielle de mai 1998, l'Organisation a adopté une Déclaration sur le commerce électronique mondial qui réaffirmait notamment la position de principe selon laquelle les transmissions sur l'Internet ne doivent pas être assujetties aux droits de douanes. Les domaines couverts par l'O.M.C. sont très larges, par exemple : la propriété intellectuelle, les marchandises, les ADPIC, les marchés publics, les produits de télécommunications (couverts par l'Accord sur les technologies de l'information). Ces textes peuvent être consultés à l'adresse <http://www.wto.org>. On peut lire sur le web de l'O.M.C. qu'elle " est le seul organisme international qui s'occupe des règles régissant le commerce entre les pays. Les Accords de l'O.M.C. y occupent une place centrale et constituent les règles juridiques de base pour le commerce international et la politique commerciale. Ils visent trois principaux objectifs : favoriser autant que possible la liberté des échanges, poursuivre progressivement la libéralisation par voie de négociation, et instituer un moyen impartial de règlement des litiges. ".

[32] Trois groupes de travail agissent dans le cadre du projet sur le commerce électronique (succédant au projet E-100). Le premier résultat est la publication des lignes directrices de la CCI en matière de publicité et de marketing sur Internet (en français à l'adresse : <http://www.iccwbo.org/custom/html/Lignes-rev-icc.htm>). Le second projet (en cours de révision) est le GUIDEC (General Usage for International Digitally Ensured Commerce) sur les signatures et les moyens d'authentification électroniques (en anglais à l'adresse : <http://www.iccwbo.org/guidec2.htm>). Le troisième est le projet E-Terms, conçu comme une liste en ligne d'expressions abrégées, à l'image des Incoterms. Sa mise en place est prévue pour fin 1999 avec une période d'essai de un an pour des entreprises volontaires.

[33] V. notamment la recommandation n°R(99) du Conseil de l'Europe sur la protection de la vie privée sur Internet, adoptée par le Comité des ministres le 23 février 1999 (<http://www.coe.fr/dataprotection/flignes.htm>).

[34] Nous verrons le rôle de l'Europe infra II/.

[35] Daniel Ammar, Preuve et vraisemblance. Contribution à l'étude de la preuve technologique, R.T.D. civ. 1993, p.499 s. ; Claude Lucas de Leyssac, Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique, Petites affiches du 29 mai 1996, v. p.3 s. ; Xavier Linant de Bellefonds, L'internet et la preuve des actes juridiques, Expertises, Juin-Juillet 1997, p.225 s. ; Eric A. Caprioli, Preuve et signature dans le commerce électronique, Droit et Patrimoine, Décembre 1997, p.56 s.

[36] Documents officiels de l'Assemblée générale, Quarantième session (1985), supplément n°17 (A/40/17), § 360. Cette recommandation est intervenue suite à un texte précurseur : la recommandation n°R (81) 20, adoptée le 11 décembre 1981 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, laquelle n'a pas été suivi d'effet du fait de son avance sur le développement et la généralisation des systèmes informatiques et de leur mise en réseaux.

[37] Eric A. Caprioli, Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique, 1ère partie, Petites affiches du 18 août 1999, p. 4 s., 2ème partie, Petites affiches du 19 août 1999, p. 7 s.

[38] Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquante et unième session, Suppl. n°17 (A/51/17). L'Assemblée générale a adopté la loi type lors de sa quatre vingt cinquième séance plénière du 16 décembre 1996.

[39] Selon le professeur Jacques Raynard, " plus encore que la codification d'usages, les lois-types proposées sont l'expression d'un " droit savant " qui vaut en tant qu' " œuvre de juristes consommés, qui ont longuement médité sur ses règles avant de les proposer à l'adoption des gouvernements. Dépourvues de pouvoir normatif ces lois-types puisent leur autorité de leur composante savante ; le rapprochement avec les " autorités doctrinales " reste au final plus probant pour identifier la place exacte de ces instruments au sein des sources du droit ", R.T.D.civ. 1998, p.1014-1016. V. égal. Bruno Oppetit, Le droit international privé, droit savant, R.C.A.D.I. 1992, III, p.429.

[40] Pour une analyse plus précise, v. Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, art. préc. note n°24, p.367 s. Les autres questions traitées dans la loi-type sont : l'admissibilité et la valeur probante des messages électroniques, la conservation, la formation et la validité des contrats, les attributions des messages, l'accusé de réception, le moment et le lieu d'expédition et de la réception d'un message et enfin le transport de marchandises (articles 16 et 17) ; étant précisé que pour l'instant ces deux articles sont restés lettres mortes.

[41] Article 2, " Définitions ", a).

[42] Guide de la C.N.U.D.C.I. pour l'incorporation de la loi-type, additif de janvier 1999, v. §46-5.

[43] Pour les clauses d'arbitrage, v. Bruno Oppetit, La clause d'arbitrage par référence, Rev. arb. 1990, p.494 et Cass. civ. 1ère, 3 juin 1997, Rev. arb. 1998, p.537 : " En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose a eu connaissance de sa teneur au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence. "

[44] Eric A. Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Paris, Litec, 1992, spéc. n°139 s. et n°180 s., Philippe Khan, Note bibliographique, J.D.I. 4, 1993, p.1140-1141.

[45] La C.C.I. a entrepris depuis plusieurs un travail sur ce sujet, baptisé " E-terms ".

[46] V. le guide pour l'incorporation de la loi type, Nations Unies, New York, 1997, p. 18, précise : " Au nombre des moyens de communications recouverts par la notion de commerce électronique figurent les moyens de transmission ci-après, qui font appel à des techniques électroniques : communication par EDI définie de manière restrictive, comme la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard) ; transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques de texte librement formatés, par exemple Internet. On a également noté que, dans certains cas, la notion de commerce électronique pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie. " V. Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, art. préc. note n°24 , p.370.

[47] Pierre Leclercq, Expertises, n°200, p.8.

[48] " Il serait donc excessif d'imposer, pour tous les actes du commerce électronique, un degré de formalisme électronique comparable, en complexité et en coût, au formalisme qui régit par exemple les actes notariés. " en ce sens, v. Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, art. préc. note n°24 , p.385 ; Frédéric Lucet, Consensualisme et formalisme, R.J.com. 1995, N° spécial Colloque de Deauville sur le " Consentement ", p. 42 s.

[49] Article 6 "Ecrit" : "1) Lorsque la loi exige qu'une information soit sous une forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement . 2) le paragraphe 1 est applicable que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences si l'information n'est pas sous une forme écrite. 3) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : (...). "

[50] Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul, art. préc. note n°24 , p.382.

[51] Electronic Transaction Bill 1998, n°23/98, adopté par le Parlement de Singapour le 29 juin 1998. Cette loi traite des signatures numériques et des transactions électroniques (preuve, écrit, contrat électronique,...).

[52] Loi n°59-97 du 15 mars 1997, article 15, al.2, Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, lundi 17 mars 1997 et son décret du Président de la république du 10 novembre 1997, n°513, publié dans la Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana du 13 mars 1998, n°60.

[53] Décret-Loi n°290-D/99 du 2 août 1999, Diario da Republica - I Série-A, n°178-2.8.1999, 4990-(2) à 4990-(10).

[54] La loi " Signaturestz " a été promulgué au J.O. du 19 août 1999.

[55] V. infra nos développements sur le projet de loi français.

[56] Une loi et son ordonnance sont applicables depuis Août 1997. Mais elles devront être modifiées au regard de la Directive européenne. Le projet qui consacre l'équivalence entre la signature électronique et la signature papier sera finalisé fin 1999.

[57] Ces projets anticipent la directive européenne dont le texte est quasi définitif à l'heure où nous écrivons.

[58] Consulter : http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/actualite/preparation/exp_preuventi.htm . Sur le projet rédigé par le GIP " Droit et justice " qui a servi de base de réflexion au projet adopté en conseil des Ministres le 1er septembre 1999, v. Jérôme Huet, Preuve et sécurité juridique en cause dans l'immatériel, Arch. Phil. Droit, 1999, p.163-166. Egal. Me Christian Pisani, L'acte dématérialisé, Arch. Phil. Droit 1999, p.153-161.

[59] Sous réserve des modifications apportées lors des débats parlementaires.

[60] Un arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, en date du 2 décembre 1997, relatif à une transmission par télécopie a jugé que " l'écrit constituant, ..., l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité, et l'imputabilité de son contenu à son auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées. " D. 1998, p.192, note Didier Martin ; Pierre Catala et Pierre-Yves Gautier, L'audace technologique de la Cour de cassation, J.C.P. 1998, éd. E, p.884-885.

[61] Notamment : Cass. civ., 6 janvier 1936, D.H., 1936, I, p.115 et Cass. civ. 16 novembre 1977, Bull. civ., III, n°393. En doctrine : R. Le Balle, Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil, Paris, 1923 et Claude Lucas de Leyssac, Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique, Expertises, Juillet-Août 1987, p.260 s.

[62] Daniel Ammar, Preuve et vraisemblance, Contribution à l'étude de la preuve technologique, R.T.D.civ. 1993, p.499 s.

[63] Article 8 "Original" : " 1) Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre ; et b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée. 2) Le § 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas présentée ou conservée sous sa forme originale. 3° Aux fins de l'alinéa a du § 1 : a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition ; et b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives. (...) ."

[64] Selon le projet d'article 1322-2 " La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte. "

[65] Les dispositions porteront sur des domaines très divers : cryptologie, responsabilité des prestataires de services sur l'Internet, propriété intellectuelle,

[66] Le projet initial est en date du 18 novembre 1998, COM (1998) 586 final du 18 novembre 1998, J.O.C.E. du 5 février 1999, p.4. Ce projet de directive traite, notamment, des informations générales à fournir préalablement aux contrats de vente de biens ou de services, des contrats par voie électronique (informations, moment de la conclusion), de la responsabilité des prestataires de services (fournisseur d'accès, d'hébergement) et des moyens de mise en œuvre (le texte encourage les codes de conduite, l'arbitrage et la médiation en ligne). Alexandre Menais et Yann Dietrich, Un aperçu de la proposition de directive n°98-586 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, Cahiers n°112, Mars 1999, p.1-7.

[67] Pour plus de détails sur leur fonctionnement, v. Serge Parisien et Pierre Trudel (avec la collaboration de Véronique Wattiez-Larose), L'identification et la certification dans le commerce électronique, Québec, éd. Yvon

Blais, 1996 ; Eric A. Caprioli, Sécurité et confiance dans le commerce électronique (signature numérique et autorité de certification), J.C.P. 1998, éd. G, I, 123. Mireille Antoine et Didier Gobert, Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification, Rev. Gén. Dr. Civ. Belge 1998, n°4/5, p.285 s

[68] C.N.U.D.C.I., Note du Secrétariat, Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.71 du 31 décembre 1996, Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.73 ; Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.75 ; Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.79 du 23 novembre 1998 et Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.80 du 15 décembre 1998, Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.82 du 29 juin 1999, ainsi que les rapports du Groupe de travail sur le commerce électronique : Doc. A/CN.9/437 du 12 mars 1997 ; Doc. A/CN.9/446 du 10 février 1998 ; Doc. A/CN.9/454 du 21 août 1998 ; Doc. A/CN.9/457 du 25 février 1999.

[69] COM (1998) 297/final, texte publié JOCE du 23 octobre 1998), présentée le 13 mai 1998 par la Commission.

[70] COM (1997) 157 final, du 16 avril 1997.

[71] Assurer la sécurité et la confiance dans la communication électronique, Vers un cadre européen pour les signatures numériques et le chiffrement, Communication au Parlement et au Conseil des Ministres du 8 Octobre 1997, COM (97) 503, J.O.C.E. du 10 octobre 1997.

[72] La Commission européenne a proposé aux Etats membres un projet de directive sur la signature électronique, publié au J.O.C.E. C 325 du 23 octobre 1998, p.5 s.

[73] Position commune (CE) n°28/1999 arrêtée par le Conseil le 28 juin 1999, J.O.C.E. C 243/33 du 27 août 1999.

[74] Les quatre annexes portent sur les domaines suivants : 1) exigences concernant les certificats agréés ; 2) exigences concernant les prestataires de service de certification qui émettent des certificats agréés ; 3) exigences requises pour les processus de création des signatures ; 4) recommandation pour la vérification des signatures.

[75] L'article 2, §11 le définit comme suit : " toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques. "

[76] Fin 1998, de fortes divergences opposaient les Etats en deux groupes au sein du Conseil des Télécommunications de la Commission à savoir, d'une part, ceux favorables à un niveau élevé de sécurité des signatures spécialement l'Allemagne, l'Italie, la France, dans une moindre mesure le Portugal, et d'autre part, ceux qui prônent l'auto-réglementation du marché et un niveau de sécurité peu élevé, (Royaume-Uni, Pays-Bas, Suède, Finlande).

[77] En France par exemple, la société " Certinomis ", filiale de La Poste et de la société Sagem, auxquelles les Chambres de commerce et d'industrie et la CCI de Paris doivent s'associer, est d'ores et déjà considérée comme un acteur majeur sur le marché français ; étant précisé que la technologie utilisée est entièrement française, ce qui peut être un atout important sur le plan de la sécurité et de la confiance. En outre, signalons également l'existence d'un autre acteur important, en la personne de la société Certplus (filiale commune de la société Gemplus, de la société américaine Verisign, de France Télécom et de Matra Technologie).

[78] Le débat sur une propriété intellectuelle ou des propriétés intellectuelles a été magistralement étudiée par Jacques Raynard, Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier, in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst, Paris, Litec, 1997, p.527 s.

[79] Sur la contrefaçon d'un site web, v. par exemple : Trib. com. Paris, 9 février 1998, Droit & Patrimoine, n°67, Janvier 1999, p.88-89, obs. E. Caprioli.

[80] Jérôme Huet, Quelle culture dans le " cyber-espace " et quels droits intellectuels pour cette " cyberculture ", D.1998, chr., p.185 s.

[81] V. notamment Pierre-Yves Gautier, Du droit applicable dans le village planétaire, au titre de l'usage immatériel des œuvres, D. 1996, p.131 ; Pierre Sirinelli, Internet et droit d'auteur, Droit & Patrimoine, 1997, décembre, n°55, p.74 s.

[82] Michel Vivant, Pour une épure de la propriété intellectuelle, in Mélanges en l'honneur de André Françon, Paris, Dalloz, 1995, p.415 s.

[83] André Lucas, Multimédia et droit d'auteur, in A.F.T.EL, Le droit du multimédia, de la télématique à Internet, Paris, éd. du téléphone, 1996, p.117, n°6.

[84] V. spécialement : André Françon, La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, R.I.D.A. 1997 n°172, pp.2-149 (comprenant la reproduction des conventions). Tous les textes des projets de traités, les amendements proposés et textes de bases de l'avant projet peuvent être consultés à l'adresse suivante : <http://www.wipo.org> (site O.M.P.I.).

[85] Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 ; Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion de 1961 ; Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes de 1971 ; Convention de Bruxelles concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite de 1974. Henri Desbois, André Françon, André Kerever, Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, Paris, Dalloz, 1976.

[86] V. <http://www.legalis.net/iddn/charte.htm>.

[87] L'O.M.P.I. y définissait la base de données comme "un recueil d'œuvres (à l'exclusion des œuvres audiovisuelles, cinématographiques, littéraires ou musicales), de données ou d'autres éléments indépendants, disposés d'une manière systématique ou méthodique et accessibles individuellement par des moyens électroniques ou autres." Cependant, pour bénéficier de la protection, il aurait été nécessaire de réaliser un investissement substantiel, à savoir humain, financier et technique, à l'image de ce qui existe dans la directive européenne avec l'instauration d'un droit sui generis

[88] En juillet 1999, 51 pays dont la France avaient signé le premier Traité et 8 l'avaient ratifié, contre 50 (y compris la France) et 6 pour le second Traité.

[89] Pierre-Emmanuel Moyse, Les noms de domaine : un pavé dans la marque, Cahier de la propriété intellectuelle (Québec) 1997, p.425 s. ; Grégoire Loiseau, Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, chr., p.245.

[90] Par exemple : T.G.I. Draguignan, 21 août 1997, Petites affiches, 9 mars 1998, p.16 ; Versailles, 14 avril 1998 (<http://www.legalis.net>) ; T.G.I. Versailles, 22 octobre 1998 (affaire : Ville d'Elancourt) (<http://www.legalis.net>) ; T.G.I. Paris, 13 novembre 1998, 1998 (<http://www.legalis.net>) ; T.G.I. Draguignan, 18 décembre 1998, Droit & Patrimoine, n°74, septembre 1999, p.109, obs. E. Caprioli ; T.G.I. Paris, 23 mars 1999 (affaire Alice.fr) qui consacre le principe de spécialité, v. Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, 1999, n°114, p.1.

[91] <http://www.arbiter.wipo.int>.

[92] Vincent Gautrais, Karim Benyekhlef et Pierre Trudel, Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du " CyberTribunal ", D.I.T. 1998/4, p.46 s. ; Eric A. Caprioli, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'expérience du " CyberTribunal "), Rev. arb. 1999, n°2, p.225-248. Ces deux centres d'arbitrage et de médiation peuvent être visités aux adresse suivantes : <http://www.cybertribunal.org>. et <http://www.ombuds.org>.

[93] J.O.C.E. L 77/20 du 27 mars 1996. Sur les logiciels : Directive n°91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, J.O.C.E. L. 122/42 du 17 mai 1991.

[94] Sur la loi de transposition, v. avec intérêt : Philippe Gaudrat, Chronique de Droit des Nouvelles technologie, R.T.D.com. 1998, p.598 et R.T.D.com. 1999, p.86 s.

[95] J.O.C.E. L 289 du 28 octobre 1998.

[96] COM (1999) 230, du 21 mai 1999. Le premier projet de directive avait été présenté le 10 décembre 1997, J.O.C.E. du 7 avril 1998, n° C 108, p.6. Au préalable, un livre vert avait été publié, suivi d'une communication du 20 novembre 1996 (COM (96) 658 final).

[97] Sur le multimédia, v. spéc. le rapport du professeur Pierre Sirinelli, Industries culturelles et nouvelles techniques, Paris, La documentation française, 1994.

[98] Lionel Costes, Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information : sur la voie de l'harmonisation, Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n°115, Juin 1999, p.1-5.

[99] Michel Vivant, L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ?, Mélanges offerts à Christian Mouly, Paris, Litec, Tome 2, p.441 s.

[100] Mireille Delmas-Marty, La mondialisation du droit : chances et risques, D. 1999, chr., p.43.

[101] Sur les textes des chansons de Jacques Brel et de Michel Sardou, v. T.G.I. Paris, réf., 14 août 1996 ; en matière de logiciel, v. Trib. com. Paris, réf., 3 mars 1997 (affaire ASI). Egal. Ysolde Gendreau, Le droit de reproduction et l'Internet, R.I.D.A. 1998, n°178, p.3 s.

[102] André Françon, La notion de public en droit d'auteur français, in Études à la mémoire d'Alain Sayag, Paris, Litec, 1997.

[103] Le professeur François Dessemontet observe que le traité O.M.P.I. introduit des concepts analogues, " qui sont raisonnables mais dont on pourrait tirer les pires conséquences pour interpréter des dispositions obscures du droit conventionnel. ", in Le droit d'auteur, Lausanne, CEDIDAC, 1999, p.300. En effet, le préambule dispose : " Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public

général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne. "

[104] Sur l'ensemble de ces questions, v. dès 1996, la remarquable étude de M. Pierre-Emmanuel Moyse, *Droit d'auteur et espace cybernétique : le dernier veau d'or*, (1996) *Auteurs et Média*, 7, p.1-21 (revue éditée au Québec).

[105] Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 3, Les biens*, Paris, P.U.F., 18ème éd., 1998, v. n°254, p.380. Après avoir constaté qu' " entre le corpus et l'animus, il semble que le droit soit voué à flotter indéfiniment ", le grand maître conclut : " Mais ces difficultés de fonctionnement masquent peut-être une contradiction plus fondamentale. L'indivisibilité qui est inhérente aux propriétés incorporelles pourrait bien être une négation du droit. Il n'est de droit de propriété qu'à l'égard de tous : il y faut une publicité. Sans doute sera-t-il toujours possible au législateur d'organiser quelque part une publicité artificielle par consultation d'enregistrements bureaucratiques ; mais elle ne sera jamais équipollente à cette publicité instantanée qu'est corpore la territorialité pour les immeubles, la possession pour les meubles. " En ce sens, v. avec intérêt : l'étude du professeur Jacques Raynard, publiée au J.C.P. 1999, éd. G.

[106] Jean-Pierre Gridel, *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen*, D. 1999, Chr., p.139 s.

[107] Amelia H. Boss and Jane Kaufman Winn, *The Emerging Law of Electronic Commerce*, *The Business Lawyer*, Vol. 52, August 1997, p.1469 s.

[108] Eric Labbé et Pierre-Emmanuel Moyse, *Les faces cachées de l'information*, v. <http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article1.htm> (43 pages).

[109] V. Pierre Trudel, *Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet*, *Revue du Barreau* (Québec), Sept.-Oct. 1995, p.521 s. et Michel Vivant, *Internet et modes de régulation*, in *Internet face au droit*, Namur, C.R.I.D. (éd. E. Montero), 1997, p.215 s.

[110] Amelia H. Boss, *Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform*, *Tulane Law Review* (Vol. 72 :1930 1998). Cet auteur analyse l'influence des travaux législatifs aux Etats-Unis (au niveau fédéral et dans les Etats) sur les travaux de la loi-type sur le commerce électronique, ainsi que le processus inverse.

[111] [Http://www.whitehouse.gov.wh/new/commerce/](http://www.whitehouse.gov.wh/new/commerce/), cité par Herbert I. Schiller, *Vers un nouveau siècle d'impérialisme américain*, *Le Monde diplomatique*, Août 1998, p.19.

[112] Jean Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 5ème éd., 1983, p.165 s. Dans cette étude, les trois piliers de l'ordre juridique sont la famille, le contrat et la propriété.

[113] Sur le contrat, v ; Vincent Gautrais, *Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé*, *Cahiers de droit* (Québec), vol. 37, n°1, mars 1996, pp 121-173, ainsi que la remarquable thèse du même auteur soutenue en octobre 1998, à la faculté de droit de l'Université de Montréal (Centre de recherche en Droit Public) ; s'agissant du lien entre la personne juridique et le consentement, v. Eric A. Caprioli, *Consentement et systèmes d'information*, *R.R.J.* 1999/4, p.1 s.

[114] Quant à l'alchimie de la transformation des valeurs en droits, v. spécialement : Jean-Marc Mousseron, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges offerts à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, 1991, p.277 s.