Le commerce électronique et la protection des consommateurs

1 Introduction

1

Internet est le moteur technologique et un des symboles manifestes de la mondialisation [1]

[1] Le terme de mondialisation ou de globalisation est...

. Internet offre au consommateur de nouvelles possibilités d’entrer en contact avec des fournisseurs souvent établis à l’étranger et encore inaccessibles à l’ère « préélectronique ». Les possibilités de choix augmentent, la concurrence commerciale s’intensifie. Le consommateur informé en profite [2]

[2] De par ces avantages, certains auteurs justifient même...

.

2

Mais, en tant que moyen de communication détaché des territoires nationaux, Internet a suscité la crainte d’être un phénomène échappant au contrôle des lois et des autorités nationales. Ainsi sont liées à Internet toutes les questions plus ou moins irrationnelles relatives à la mondialisation.

3

Ces craintes ne se justifient pas. Nous savons aujourd’hui que le cyberespace ne remet pas en question l’applicabilité des lois nationales. Le problème ne réside pas tellement dans la dimension internationale d’Internet, mais plutôt dans le fait que des lois nationales divergentes règlent une situation internationale. Le défi qui se présente au droit est celui de jeter un pont entre le droit national et la réalité globale du cyberespace [3]

[3] V. BOEHME-NESSLER, supra n°2. Du point de vue de la...

.

4

En dépit de tous ces avantages, le commerce électronique entraîne de nouveaux risques juridiques inconnus du commerce conventionnel [4]

[4] Ce caractère ambigu de la mondialisation en général...

. Ceux-ci existent aussi bien pour les entrepreneurs que pour les consommateurs.

5

D’un coté, Internet est source de problèmes pour le consommateur [5]

[5] Cf. A. ENDESHAW, « Consumer Protection in Cyberspace :...

: on lui demande de faire confiance à un entrepreneur inconnu, de fournir à ce dernier des informations personnelles, par exemple le numéro d’une carte de crédit, de payer avant d’obtenir la prestation. Peut-être le consommateur risque-t-il de conclure un contrat par inattention, en cliquant trop vite sur la souris et donc sans volonté contractuelle, selon des règles qu’il ne connaît et ne comprend pas. Ou bien l’application du droit matériel ne reste-t-elle qu’un fantasme juridique face aux difficultés de garantir le respect du droit national dans le cas d’un entrepreneur situé à l’étranger et ne se souciant pas des règles juridiques du pays du consommateur.

6

D’un autre côté, l’application des lois du pays du consommateur n’est pas sans risques pour l’entrepreneur. Internet lui permet d’entrer en contact avec des consommateurs de pays innombrables, en particulier si l’exécution du contrat est possible par voie électronique. Il faut que l’entrepreneur sur Internet connaisse une multitude de droits nationaux et soit préparé à leur application.

7

Pour se mettre d’accord sur la protection adéquate et les instruments de protection au niveau global, la revendication logique serait d’utiliser les cadres internationaux existants. Cette revendication s’adresse en particulier aux États-Unis et à la Communauté européenne, les deux acteurs principaux du commerce mondial. À première vue, les bases pour une telle coopération semblent bien préparées. Des deux côtés de l’Atlantique, on est convaincu des effets positifs du commerce électronique sur la croissance économique et il existe une tradition importante en matière de protection du consommateur. Pourtant, la coopération reste difficile, ce que l’on peut attribuer à une confiance plus ou moins grande en la capacité des forces libres du marché d’être à même de protéger le consommateur et en les possibilités d’autorégulation. Ainsi préfère-t-on en Europe une approche régulatrice plutôt traditionnelle, alors qu’aux États-Unis, on choisit d’avoir surtout recours à des méthodes d’autorégulation.

8

Dans l’analyse suivante, nous considérerons d’abord la notion de consommateur, centrale pour cette analyse (infra 2). Ensuite, les deux approches fondamentalement différentes, celles de l’autorégulation et de la régulation traditionnelle (infra 3), feront l’objet de notre attention. Dans cette partie, nous verrons que les deux approches sont connues des deux côtés de l’Atlantique, et que le choix politique pour l’une ou l’autre approche ne dépend pas seulement de la préférence pour une certaine théorie économique, mais s’explique aussi dans le cadre constitutionnel donné. Ensuite (infra 4), l’analyse se concentrera sur la régulation des situations transnationales, en particulier par le droit européen. Quelques problèmes spécifiques de l’application transnationale du droit de la consommation sur Internet seront discutés en fin d’analyse (infra 5).

2 La notion de « consommateur » sur internet

9

La notion de consommateur est susceptible de créer bon nombre de malentendus. Face aux problèmes matériels, il s’agira d’analyser des instruments juridiques relevant pour la plupart du droit privé. En droit privé cependant, la nécessité d’instaurer un régime particulier d’un droit de la consommation se distinguant du droit privé général est loin d’être généralement acceptée [6]

[6] C’est le cas dans la théorie juridique et économique....

.

10

En tant que sujet de l’analyse suivante, le consommateur apparaît dans la législation européenne, mais aussi dans les initiatives internationales concernant le droit de la consommation. Se référant donc à une situation déjà existante, l’analyse n’a pas pour objectif principal de justifier l’existence d’un droit de la consommation [7]

[7] Pour le modèle favorisé par l’auteur de cette analyse,...

. Néanmoins, le problème relatif à la nécessité d’introduire un régime spécial pour le consommateur apparaît comme question préalable à toute coopération internationale dans le domaine. Dans la mesure où l’on accepte un concept de consommateur informé, capable de se protéger lui-même sur Internet, une coopération internationale devrait être basée plutôt sur l’idée de liberté contractuelle et un système d’autorégulation que sur un système de réglementation à caractère traditionnel. Le marché, pourrait-on dire, fournirait le consommateur avec tous les moyens d’autodétermination dont celui-ci a besoin [8]

[8] Cependant, c’est une idée problématique puisque c’est...

.

11

Pour résoudre ce problème, il importe que l’approche analytique se réfère au départ à des problèmes matériels – conclusion des contrats, protection des données à caractère personnel, compétence juridictionnelle – qui se présentent sur Internet. Cette approche est lourde de conséquences : premièrement, il ne suffit pas d’analyser les règles déjà existantes dont le champ d’application se limite au consommateur. Celui-ci n’est pas le seul à risquer de commettre des erreurs sur Internet et à mériter d’être protégé face aux abus éventuels de la communication électronique : l’entrepreneur cherchant à s’approvisionner par voie électronique est également concerné. Deuxièmement, la question de savoir s’il faut limiter le champ d’application de certaines règles au consommateur n’est qu’une question « préjudicielle », relative au champ d’application de ces règles, suivant l’identification du problème matériel ainsi que les instruments de régulation à choisir pour résoudre le problème.

12

Il faut conclure que la notion de consommateur sera utilisée ici dans un sens plus large, couvrant tous les acteurs économiques cherchant à s’approvisionner en biens et services par Internet à des fins privées, professionnelles ou commerciales ou à toute personne à laquelle, dans cette fonction, des fournisseurs s’adressent sur Internet.

3 Approche d'autorégulation ou de régulation traditionnelle ?

13

Après quelques années de législation dans ce domaine, deux approches fondamentalement différentes se sont développées aujourd’hui pour répondre aux problèmes matériels des consommateurs sur Internet : l’approche d’autorégulation et l’approche d’une régulation traditionnelle.

3.1 Préférences en Europe et aux États-Unis

14

De façon un peu simplifiée, on peut constater que les États-Unis et les entreprises de la société de l’information en particulier privilégient l’approche d’autorégulation, tandis que la Communauté européenne a adopté une approche régulatrice en grande partie traditionnelle.

3.1.1 Régulation traditionnelle en droit européen

15

Élargissant sa conception traditionnelle à Internet, le législateur communautaire a harmonisé le droit des États membres par des règles strictes attribuant des droits individuels aux consommateurs. La directive sur les contrats à distance de 1997 [9]

[9] Directive 97/7/EC du Parlement européen et du Conseil...

, qui, en matière de protection contractuelle du consommateur, prévoit surtout le droit d’être informé et un droit de rétractation du consommateur, est centrale en politique communautaire de protection du consommateur sur Internet. Mais la célèbre directive sur le commerce électronique [10]

[10] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil...

touche aussi à la position du consommateur par des règles sur la formation du contrat par voie électronique (art. 9-11).

16

Cette politique d’harmonisation est basée sur deux idées essentielles qui caractérisent l’ensemble de la politique communautaire de la consommation dans le domaine du droit contractuel : il faut tout d’abord protéger le consommateur se trouvant dans une situation désavantageuse où il est incapable de faire valoir ses intérêts de manière efficace. Ensuite, pour inciter le consommateur à acheter à l’étranger, il faut lui garantir un certain niveau de protection dans l’ensemble de l’Union européenne.

17

Cette approche s’avère problématique dans les cas transnationaux. Dans la mesure où, en particulier par les règles du droit international privé, la protection communautaire s’impose à tout prestataire de service qui aimerait entrer en contact avec des consommateurs européens, l’approche traditionnelle entrave le commerce transnational avec des États tiers.

3.1.2 Le concept d’autorégulation

18

Au sein du cyberespace, espace à caractère transnational, une approche d’autorégulation par les groupes intéressés exerce une grande fascination. L’approche d’autorégulation s’appuie, en termes généraux, sur des règles adoptées par des organismes d’entreprises et de consommateurs ainsi que sur des instruments développés par les forces du marché libre. Comme ce concept ne prévoit pas l’adoption de strictes règles de protection par les États, l’autorégulation serait à même de contourner les obstacles que la régulation traditionnelle impose au commerce électronique transnational. Pour mieux comprendre l’idée d’autorégulation, nous considérerons la politique des États-Unis et les principes développés au plan international par les entreprises de la société de l’information dans le cadre du « Global Business Dialogue ». Nous nous attarderons également sur la position de la Communauté européenne en matière d’autorégulation.

3.1.2.1 Position des États-Unis

19

Dans un document intitulé « Framework for Global Electronic Commerce » du 1er juillet 1997 [11]

[11] www. ecommerce. gov/ framework. htm

, le gouvernement américain a exprimé sa préférence pour accorder une plus grande liberté aux acteurs économiques [12]

[12] Quant au développement de cette politique et aux raisons...

. Ainsi s’appuie-t-on justement sur le principe d’autorégulation, justifié par le souci qu’une régulation législative trop stricte des États n’entrave démesurément le développement du commerce électronique global. L’approche américaine ne vise donc pas uniquement l’organisation du marché électronique au niveau national ; le « Framework » est clairement désigné à constituer la base de la politique américaine pour une coopération des États-Unis au plan international.

20

Une régulation législative n’est jugée nécessaire que dans quelques secteurs. Afin de définir ces derniers, le « Framework » contient une liste de sujets de régulation sur laquelle ne figure pas la protection du consommateur. Quant au droit contractuel, le « Framework » ne se réfère qu’à la nécessité d’un code uniforme de droit commercial pour le commerce électronique (Uniform Commercial Code for Electronic Commerce) au plan international également [13]

[13] Au niveau national, la « National Conference of Commissioners...

. Ainsi, les États-Unis prônent l’adoption de lois nationales selon les principes de la loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique [14]

[14] Infra 3.2.1.1.

. Le « Framework » souligne aussi que les liens contractuels établis via Internet devraient être régis exclusivement selon le principe de l’autonomie des parties. Il est clair que cette approche entre en conflit avec l’approche européenne de la protection du consommateur sur Internet par des règles strictes.

21

Ce tableau change quelque peu si l’on se penche sur la prise de position américaine dans les négociations internationales. Ainsi, les États-Unis ont plaidé en faveur des lignes directrices de l’OCDE sur la protection du consommateur sur Internet [15]

[15] Infra 3.2.1.2. V. aussi la réaction de la Federal Trade...

.

22

La politique américaine admet aussi, par exemple dans le « Framework », qu’il faille protéger l’individu contre des abus éventuels causés par la circulation de données à caractère personnel sur Internet. Dans ce domaine également, les Américains préfèrent une approche d’autorégulation à des règles juridiques [16]

[16] C’est le cas par exemple en ce qui concerne la protection...

.

23

Comparée au droit communautaire, l’approche américaine donne plus de poids à l’autonomie de l’individu, à sa capacité de faire valoir ses intérêts et aux possibilités d’autorégulation. En même temps, la politique américaine se méfie de la régulation traditionnelle d’Internet par les législations nationales. D’un côté, la différence des approches apparaît presque insurmontable, mais de l’autre, des problèmes matériels identiques surgissent aux États-Unis comme en Europe.

3.1.2.2 Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe)

24

Cela ne surprend pas que les entreprises engagées dans le commerce électronique se prononcent en faveur de l’idée d’autorégulation. Dans le cadre du Global Business Dialogue on Electronic Commerce, près de cent entreprises des secteurs des médias, de l’industrie d’Internet et de la télécommunication se sont organisées en janvier 1999 pour discuter des questions réglementaires relatives au commerce électronique [17]

[17] À ce sujet, v. en particulier W. KLEINWÄCHTER, « Global...

. Cette coopération non gouvernementale a été initiée par le commissaire BANGEMANN de la Communauté européenne et a obtenu le soutien des entités gouvernementales en Europe comme, avec quelques hésitations au début, aux États-Unis.

25

Deux idées principales sous-tendent les quelque cent recommandations du GBDe sur différents sujets : on demande aux États de s’abstenir d’instaurer une régulation législative traditionnelle susceptible d’entraver le commerce électronique national et transnational, et on propose des instruments d’autorégulation pouvant se substituer à une régulation législative.

26

Néanmoins, le GBDe reconnaît que la confiance du consommateur joue un rôle prépondérant dans le développement du commerce électronique [18]

[18] Paris Recommendations on Consumer Confidence, du 13...

. Pour gagner cette confiance, le GBDe a adopté trois recommandations relatives à la protection des données à caractère personnel [19]

[19] Personal Data Protection Guidelines, du 25 septembre...

, au règlement extrajudiciaire de litiges [20]

[20] Recommendations to ADR Service Providers, du 25 septembre...

et, enfin, aux signes de confiance [21]

[21] Trustmark Guidelines and Recommendations, du 25 septembre...

.

27

La coopération des entreprises dans le cadre du GBDe a l’avantage de contribuer au développement de critères internationaux dans les différents secteurs. Mais il faut se méfier du GBDe dans la mesure où il exige que l’autorégulation joue un rôle presque exclusif, ce qui équivaut à la liberté contractuelle illimitée des entrepreneurs sur Internet.

28

Déjà une étude superficielle révèle que les initiatives du GBDe ne constituent pas une véritable option pour le consommateur. Le règlement extrajudiciaire de litiges comme la protection des données à caractère personnel sont des sujets particuliers de la protection qu’il conviendra encore de discuter [22]

[22] Infra 5.3 et 5.4.

. Un règlement extrajudiciaire de litiges serait certes bénéfique dans les situations transnationales. Mais quant à la protection des données à caractère personnel, la recommandation du GBDe exige uniquement le consentement du consommateur, sans tenir compte du fait que ce dernier ne peut pas nécessairement prévoir tous les usages des données et toutes les conséquences de sa décision. En ce qui concerne la protection contractuelle, le GBDe reste muet. Les signes de confiance ne peuvent constituer qu’un moyen supplémentaire de protection du consommateur. Ceux-ci facilitent certainement la décision contractuelle du consommateur, mais ils ne rendent pas superflues les règles contractuelles et celles du droit de la consommation. Ainsi, ils ne peuvent pas résoudre le problème que le consommateur achète sur Internet des biens qu’il n’a pas encore vus et celui que des erreurs peuvent être commises lors de la réception d’une commande sur ordinateur.

29

La différence terminologique entre « confiance du consommateur », notion introduite par le GBDe, et « protection du consommateur », notion de l’approche communautaire, signifie donc une différence de fond par rapport à la perception de la personne du consommateur. Selon le GBDe, le consommateur informé est toujours capable de se protéger de par la simple existence de l’autonomie contractuelle, tandis que dans la doctrine du droit de la consommation contemporain, surtout en Europe, une telle idée est rejetée en faveur d’une protection stricte.

3.1.2.3 Position du droit européen sur l’autorégulation

30

On vient de tracer un portrait de la régulation du commerce électronique par le droit communautaire correspondant à une approche plutôt traditionnelle. Mais l’approche d’autorégulation se retrouve aussi dans le droit européen.

31

L’art. 16 de la directive sur le commerce électronique encourage les organisations d’entreprises et de consommateurs à élaborer des codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application de la directive. L’art. 17 de la directive se réfère aux litiges extrajudiciaires. La directive sur le commerce électronique prouve que l’idée d’autorégulation fait partie intégrante du droit de la consommation européen [23]

[23] V. sur ce principe général : H.-W. MICKLITZ, « Gemeinschaftsrechtliche...

.

32

Quant à la portée mondiale d’Internet, pourtant, le droit communautaire sur l’autorégulation doit décevoir puisqu’il se limite à la promotion de l’autorégulation intracommunautaire. Mais le droit communautaire n’exclut pas que les organisations d’intérêts de l’Union européenne se mettent d’accord avec leurs homologues des États tiers.

3.2 Cadre constitutionnel de la régulation

33

La préférence pour l’approche traditionnelle ou l’autorégulation dépend largement du concept de marché et de la conception du consommateur, mais ces préférences s’expliquent aussi par le cadre constitutionnel du droit américain et communautaire qu’il faut analyser dans le contexte de la coopération internationale.

3.2.1 Cadre constitutionnel de la coopération internationale

34

Les cadres internationaux dans lesquels les États coopèrent pour faciliter le commerce électronique international sont bien nombreux [24]

[24] V. R. SORIEUL, « Aperçu de quelques initiatives internationales...

. Il convient surtout de mentionner le Conseil de l’Europe qui, déjà en 1981, a élaboré une Convention pour la protection des données à caractère personnel [25]

[25] Convention 108 pour la protection des personnes à l’égard...

, l’OMC [26]

[26] V. Conférence ministérielle de Genève, Déclaration...

, qui s’intéresse à l’impact du commerce électronique pour les accords GATT [27]

[27] General Agreement on Tariffs and Trade.

, GATS [28]

[28] General Agreement on Trade in Services.

et TRIPs [29]

[29] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual...

, et la Conférence de la Haye, qui débat actuellement du texte d’une nouvelle Convention sur la compétence judiciaire [30]

[30] Un « avant-projet préliminaire » a déjà été élaboré...

. Ces initiatives, comme on le voit bien, ne sont que d’une importance limitée et plutôt indirecte pour la protection du consommateur.

35

Par contre une approche plus large à été adoptée dans quelques initiatives de la CNUDCI et de l’OCDE. Il s’agit notamment de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et les lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique. Ces deux instruments requièrent une analyse plus profonde.

3.2.1.1 Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

36

À l’ONU, les États coopèrent au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) afin de promouvoir le développement du commerce électronique [31]

[31] V. R. SORIEUL, J.R. CLIFT & J.A. ESTRELLA-FARIA, « Establishing...

. La CNUDCI dispose d’un mandat général pour élaborer des conventions dans le domaine du droit commercial international. Ces conventions, dont il faut surtout mentionner la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises [32]

[32] Le texte est accessible sur le site de la CNUDCI :...

, constituent l’instrument adéquat quand il s’agit d’introduire un régime juridique spécial pour les transactions transnationales sans modifier le droit national. Dans le domaine du commerce électronique, on préfère l’instrument des lois types parce qu’il s’agit d’influencer de futures législations nationales. Comme la CNUDCI ne dispose pas d’un pouvoir supranational, les lois types non obligatoires visent une harmonisation par persuasion qui n’est pas forcément inefficace.

37

Dans le domaine qui nous importe, la CNUDCI a adopté deux lois types, notamment la loi type sur le commerce électronique de 1996 [33]

[33] Adoptée le 16 décembre 1996 (www. uncitral. org/ french/...

et la loi type sur les signatures électroniques de 2001 [34]

[34] Adoptée le 5 juillet 2001 (www. uncitral. org/ french/...

, dont la première, en ce qui concerne la protection du consommateur, mérite la plus grande attention.

38

Avec la loi type sur le commerce électronique, la CNUDCI a créé un modèle pour toute législation nationale, avec l’objectif de faciliter l’échange international de messages électroniques aussi à des fins contractuelles.

39

Le droit de plusieurs États est basé sur la loi type ou s’en inspire [35]

[35] V. SORIEUL, CLIFT & ESTRELLA-FARIA, supra n°31, pp. 114...

. C’est le cas pour l’Australie, les Bermudes, la Colombie, l’État d’Illinois, les États de Jersey, la France [36]

[36] Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du...

, l’Irlande, les Philippines, le territoire de Hongkong, la Corée du Sud, Singapour et la Slovénie. La loi type est également suivie, dans une certaine mesure, par la loi uniforme canadienne sur le commerce électronique de 1999 et la loi uniforme équivalente des États-Unis, le « Uniform Electronic Transactions Act (UETA) » de 1999 [37]

[37] Adopté par le « National Conference of Commissioners...

, les deux influençant le droit d’un certain nombre d’États fédérés [38]

[38] Jusqu’au 6 avril 2001, 21 États fédérés des États-Unis...

.

40

La lecture de la loi type révèle aussi une influence sur la législation communautaire. En particulier dans son art. 11, la directive sur le commerce électronique [39]

[39] Supra n°10.

connaît, comme la loi type, des règles relatives à la formation des contrats. Les règles des deux instruments ne sont pas désignées pour modifier les principes contractuels du droit national, mais contribuent à réduire l’incertitude sur la conclusion du contrat. Une différence fondamentale entre la loi type et la directive devient pourtant claire quand on considère l’autonomie des parties. Les deux actes connaissent l’obligation d’accuser réception du message électronique. Mais selon l’art. 11 (1) de la directive, l’accusé de réception est toujours nécessaire, à moins que les parties – pour autant que celles-ci ne soient pas des consommateurs – en aient convenu autrement. On voit bien que la directive est seule à avoir également pour but la protection du consommateur en introduisant des règles strictes, tandis que la loi type se limite à des règles de droit privé général à caractère dispositif.

41

Déjà ici, on pourrait croire que le droit européen s’oppose au résultat de la coopération internationale. Mais il faut considérer que, dans le cadre de la CNUDCI, il s’agit purement de trouver une solution pour le « droit commercial », donc en dehors des contrats conclus par les consommateurs. Conformément à ce cadre constitutionnel limité de la CNUDCI, la loi type, selon son art. 1, s’applique seulement à des messages envoyés « dans le contexte d’activités commerciales ». Une annotation explique que la loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur. Par conséquent, la régulation des contrats de consommation par l’art. 11 de la directive sur le commerce électronique, même avec ses règles strictes, ne s’oppose pas aux règles de la loi type [40]

[40] Cf. SORIEUL, CLIFT & ESTRELLA-FARIA, supra n°31, p...

.

42

L’UETA américain, comme la directive européenne, couvre tous les contrats, les contrats de consommation inclus [41]

[41] V. le « comment n°1 » sur Art. 3 de l’UETA, expliquant...

, sans faire de distinction entre un régime de contrats commerciaux, basé sur le principe de la liberté contractuelle, et un régime strict de protection du consommateur.

43

On constate donc que les droits américain et européen diffèrent surtout en ce qui concerne les cas qui ne sont pas réglés par le droit international. C’est la protection du consommateur qui causera le plus de problèmes pour les contrats transnationaux.

3.2.1.2 Lignes directrices de l’OCDE régissant la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique

44

Depuis quelques années déjà, les pays industrialisés coopèrent dans le cadre de l’OCDE pour promouvoir le fonctionnement mondial du commerce électronique. [42]

[42] Pour une impression des activités de l’OCDE, malgré...

L’approche de l’OCDE est ancrée dans l’idée qu’un régime obligatoire ne sera pas réalisable au plan mondial. Ainsi essaie-t-on de coordonner les mesures réglementaires des États, mais aussi de promouvoir l’autorégulation par les cercles privés concernés. Les principes d’autorégulation du commerce électronique sont énoncés dans des recommandations et des lignes directrices de l’OCDE. Par cette approche, l’OCDE tient compte de la différence entre les idées qui dominent en Europe d’une part et aux États-Unis d’autre part au sujet du rôle que l’on peut laisser jouer aux acteurs privés.

45

L’OCDE se penche sur une série de sujets relevant du commerce électronique. Dans le domaine de la protection du consommateur, l’initiative principale est constituée par la « recommandation sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique » de l’année 1999 [43]

[43] Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices...

: le Conseil de l’OCDE recommande aux pays membres d’appliquer les lignes directrices annexées à la recommandation (approche réglementaire) et de les faire connaître en particulier aux entreprises impliquées dans le commerce électronique et aux représentants de la consommation (approche d’autorégulation).

46

Les lignes directrices, applicables seulement aux transactions entre entreprises et consommateurs, énoncent des règles sur divers sujets : l’obligation de fournir au consommateur des informations concernant l’entreprise, les biens ou les services et la transaction ; des règles sur le processus de confirmation, en particulier l’obligation de fournir au consommateur la possibilité d’identifier et de modifier la commande, obligation qui se retrouve dans la directive communautaire sur le commerce électronique. Les lignes directrices énoncent aussi une liste de principes de publicité loyale et, plus important encore, recommandent un système de voies alternatives de règlement de litiges par une action d’autorégulation des groupements d’entreprises et de consommateurs qui mènerait à l’établissement de « cybertribunaux ».

47

Selon un rapport publié en mars 2001 [44]

[44] Premier rapport du 5 mars 2001 sur les initiatives...

, les lignes directrices ont influencé la pratique des autorités, comme de la FTA aux États-Unis, la législation ainsi que l’installation d’un système d’autorégulation comme au Royaume-Uni. En Norvège, les consommateurs et les entreprises ont introduit un signe de qualité pour les sites Internet.

48

Les travaux de l’OCDE, comme ceux de la CNUDCI [45]

[45] Supra 3.2.1.1.

, semblent peu ambitieux, ce qui s’explique par le manque de tout pouvoir supranational d’harmonisation. Néanmoins, dans le cadre constitutionnel donné, l’on constate que l’OCDE influence la discussion et le développement dans les pays membres, ainsi que dans l’Union européenne, ce qui, par le biais d’une « soft law » non obligatoire, pourrait mener au rapprochement des droits nationaux. Par le poids mis sur l’autorégulation, l’OCDE s’appuie également sur les groupements d’acteurs privés sur Internet, une approche beaucoup plus convaincante pour une organisation sans pouvoir d’harmonisation. Cette approche peut jouer un rôle supplémentaire à l’action législative, mais peut-être beaucoup plus efficace dans les situations transnationales. Malgré tout, les initiatives d’autorégulation déjà prises se limitent au niveau national.

49

Quant au droit contractuel, les lignes directrices ajoutent à la loi type de la CNUDCI la protection du consommateur. La coopération internationale déjà établie ne se limite donc pas à l’autorégulation, mais a déjà créé un environnement favorable pour une harmonisation internationale.

50

Les lignes directrices ont influencé le droit européen et le droit américain. Une obligation du prestataire de services d’informer le consommateur et destinataire se retrouve dans la directive européenne sur les contrats à distance et dans celle sur le commerce électronique (art. 9). L’obligation de mettre à la disposition du destinataire de services des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles pour identifier et corriger les erreurs commises avant la passation de la commande constitue une partie essentielle de la protection de la directive européenne sur le commerce électronique. Une règle obligatoire destinée à protéger tout individu contre les erreurs commises sur Internet [46]

[46] Pour une comparaison des règles européennes et américaines,...

se retrouve aussi dans l’UETA américaine [47]

[47] Sec. 10 (2) UETA. Supra n°37.

.

51

Il faut aussi noter que les règles américaines et européennes sur le traitement des erreurs ne protègent pas seulement les consommateurs mais aussi les utilisateurs d’Internet non consommateurs. Le droit américain est même plus strict ; seul le droit européen permet aux parties qui ne sont pas consommateurs d’en convenir autrement [48]

[48] Cf. Sec. 10 (4) UETA excluant tout règlement contractuel...

.

52

Une règle limitée à la protection du consommateur se trouve dans Sec. 214 UCITA américain, disposition uniquement applicable aux contrats relatifs à la prestation de données électroniques – comme par ex. la livraison d’un logiciel par Internet. Cette règle protège le consommateur contre les erreurs qu’il risque de commettre sur ordinateur lors de la commande s’il ne dispose pas de moyens pour identifier et corriger ces erreurs. Par cette règle, le droit américain incite le prestataire à rendre les moyens appropriés disponibles.

53

On peut conclure que les lignes directrices de l’OCDE ont réussi à harmoniser les règles des droits européen et américain à un degré considérable par rapport à la question du traitement d’erreurs commises sur Internet. Ce qui surprend, surtout si l’on tient compte de la préférence du gouvernement américain pour l’approche d’autorégulation, c’est l’approche d’une protection par des règles contractuelles à caractère strict aux États-Unis également.

3.2.2 Cadre constitutionnel des États-Unis

54

La politique américaine apparaît presque contradictoire, avec une préférence déclarée pour l’autorégulation et une approche basée sur des règles strictes en droit contractuel, au moins dans quelques domaines. Cette contradiction existe certes du point de vue de la théorie économique, mais si l’on considère la situation constitutionnelle particulière des États-Unis, la pratique de la régulation du cyberespace devient plus compréhensible.

55

Il ne faut pas oublier qu’en droit américain, c’est la common law des États fédérés qui régit la conclusion des contrats et les relations contractuelles. D’une part, le législateur fédéral pourrait probablement régler le commerce électronique pour les contrats conclus entre des parties situées dans différents États fédérés par la interstate commerce clause. Mais il n’y a pas de pouvoir législatif chargé d’harmoniser le droit interne des États fédérés. On comprend alors que la préférence pour l’autorégulation n’a pas seulement une base dans la théorie économique, mais qu’elle est aussi le seul instrument dont dispose la fédération pour promouvoir le bon fonctionnement du commerce électronique. En outre, il semble logique également de ne pas mentionner la protection du consommateur sur la liste des sujets qui requièrent une législation sur Internet, puisque l’introduction d’une protection du consommateur sur Internet par les États fédérés sur une base non harmonisée pourrait aller jusqu’à entraver le commerce électronique interaméricain.

56

D’autre part, les États fédérés, par la techniquesoft du développement de « codes uniformes » non obligatoires et par une coopération dans la « National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL) », peuvent coopérer et même développer une politique qui se distingue de la politique de la fédération.

57

L’harmonisation étant à la base des codes uniformes reste pourtant incomplète, puisqu’il n’y a pas d’obligation de transposer les codes dans le droit des États fédérés ou, le cas échéant, d’accepter toutes les règles des codes uniformes. L’UETA a été pour le moins accepté par 21 États fédérés [49]

[49] Nombre d’adoptions jusqu’au 6 avril 2001 ; pour des...

et l’UCITA par 7 États et le District de Columbia [50]

[50] Nombre d’adoptions jusqu’au 8 octobre 2001 ; pour des...

.

3.2.3 Cadre constitutionnel de la Communauté européenne

58

Quant au cadre juridique communautaire au sein duquel s’est développée et continue à se développer la réglementation de la société d’information et du commerce électronique, il faut distinguer le droit primaire des Traités d’une part et le droit secondaire des régulations et des directives d’autre part.

3.2.3.1 Droit primaire

59

L’ordre juridique du Traité CE se révèle extrêmement favorable au développement du commerce électronique : avec l’applicabilité directe des libertés fondamentales – en particulier de la libre circulation des marchandises et des services – dans les ordres juridiques internes des États membres, la Cour de justice reconnaissait, déjà bien avant l’apparition de l’informatique, un droit individuel des commerçants à vendre à des clients et des consommateurs dans d’autres États membres [51]

[51] Cf. seulement CJCE, avis du 5 février 1963, n°26/62,...

.

60

Cependant, les libertés fondamentales ne servent pas exclusivement aux intérêts commerciaux. La Cour de justice reconnaît aussi un droit complémentaire des consommateurs qui, en principe, ne peuvent pas être restreints dans leur liberté d’entrer en contact avec des fournisseurs établis à l’étranger, de voyager [52]

[52] Cf. CJCE, avis du 2 février 1989, n°186/87, Cowan,...

ou de transférer des paiements à l’étranger pour exécuter leurs obligations sous des contrats transnationaux [53]

[53] Cf. CJCE, avis du 31 janvier 1984, n°286/82 et 26/83,...

. C’est le consommateur actif et informé qui est protégé par les libertés fondamentales.

61

Quant au commerce électronique, la situation est néanmoins devenue plus compliquée depuis l’arrêt rendu par la Cour de justice dans l’affaire Keck en 1993 [54]

[54] CJCE, avis du 24 novembre 1993, n°267 et 268/91, Keck...

. Dans l’affaire GB-Inno de 1989, la Cour avait encore explicitement reconnu un droit des consommateurs à l’accès aux informations offertes par un commerçant dans un autre État membre contre l’application d’une règle du droit de la publicité au Luxembourg [55]

[55] CJCE, avis du 7 mars 1990, n°382/88, GB-Inno-BM contre...

. D’après cette jurisprudence, on aurait pu soutenir l’idée d’un droit individuel des commerçants d’approcher des consommateurs dans d’autres États membres par Internet également – et un droit correspondant des consommateurs d’accéder aux commerçants – selon le droit national du pays d’établissement du commerçant (pays d’origine).

62

Dans l’affaire Keck, la Cour a réduit la portée de l’art. 28 TCE sur les effets équivalents à une simple règle de non-discrimination dans tous les cas où une règle de droit national ne concerne pas le produit en tant que tel, mais seulement les modalités de sa vente. Dès lors, toutes les règles du droit national visant à régler la publicité, à condition que celle-ci ne se rapporte pas directement au produit, à son nom ou son emballage, échappent au champ d’application de l’art. 28 TCE [56]

[56] Jusqu’à l’heure actuelle, la Cour de justice n’a pas...

. L’impact de l’arrêt n’est pas limité à la situation de la commercialisation interne – par exemple aux horaires d’ouverture des magasins [57]

[57] En fait, le problème de la réglementation des horaires...

. La doctrine Keck est formulée d’une manière tellement large qu’elle couvre aussi la commercialisation transnationale, bien que les deux cas soient fort différents. Surtout par rapport au commerce électronique où, très souvent, la publicité du commerçant s’adresse non seulement à des clients d’un pays particulier, mais interpelle des individus de nombreux pays ; le commerçant devrait jouir de la protection du droit communautaire : en cas contraire, il serait tenu de respecter le droit d’innombrables pays [58]

[58] Le problème du respect de plusieurs ordres juridiques...

. Le commerce électronique transnational nous fait comprendre aujourd’hui que la doctrine Keck devrait se limiter à la commercialisation purement interne. La politique communautaire du marché interne relative au droit de l’informatique est fondée sur l’idée que l’application du droit national du pays de l’utilisateur à la commercialisation des produits par Internet s’oppose au principe des libertés fondamentales et du marché interne, conférant aux institutions communautaires l’autorité de rapprocher les droits nationaux (art. 95 TCE). Dans le cadre de la doctrine Keck, la distinction proposée peut s’expliquer facilement par l’argument d’une discrimination du commerçant étranger par rapport à celui du pays propre, si le premier devait respecter plusieurs ordres juridiques. Par conséquent, l’application du droit interne restreindrait l’accès des produits étrangers offerts par Internet sur le marché national.

63

La conclusion est importante : dans l’affaire Keck de 1993, la Cour de justice ne prenait et ne pouvait pas encore prendre en considération la situation bien particulière de la commercialisation par Internet. La Cour serait bien avisée de concrétiser sa jurisprudence par une exclusion de la commercialisation transnationale de la doctrine Keck. En résultat, on aboutit à la doctrine précédente GB-Inno, jamais clairement rejetée par la Cour, ni dans l’affaire Keck ni après, selon laquelle il faut reconnaître un droit des commerçants et des consommateurs à communiquer avec l’autre partie d’une manière transfrontalière en respectant le droit de l’établissement du commerçant (droit du pays d’origine). Selon l’art. 30 TCE et la doctrine Cassis de Dijon [59]

[59] CJCE, avis du 20 février 1979, n°120/78, Rewe-Zentra...

, le droit national applicable au domicile du consommateur pourra seulement s’appliquer si cela se justifie par les raisons données dans l’art. 30 ou par d’autres considérations contraignantes touchant à l’intérêt public, en particulier pour des raisons de protection du consommateur, en tout cas en respectant le principe de proportionnalité. Il semble remarquable que la Commission elle-même se soit référée à l’avis GB-Inno pour justifier son initiative dans le Livre vert sur la communication commerciale de 1996 [60]

[60] Livre vert du 8 mai 1996, COM(96) 192 fin.

, qui a abouti plus tard au passage des directives sur l’informatique, en particulier la directive sur le commerce électronique de l’année 2000 [61]

[61] Supra n°10.

. La conception d’un droit fondamental d’entrer en contact avec l’autre partie du commerce par Internet selon les principes du pays d’origine, par conséquent, conférerait aux libertés fondamentales le statut de « Charte majeure » du commerce électronique.

64

À la protection du commerce électronique par les libertés fondamentales s’ajoutent les règles du droit de la concurrence communautaire (art. 81 et suiv. TCE) en tant que deuxième pilier du marché interne (cf. l’art. 14 al. 2 TCE). D’une part, le droit de la concurrence garantit la concurrence pour le nouveau marché également ; le nouveau réseau crée aussi de nouveaux problèmes concurrentiels [62]

[62] Un des problèmes qui se posent est celui du contrôle...

. D’autre part, la politique de promotion du commerce électronique intensifie la concurrence existant au sein du marché interne.

65

En ce qui concerne le fonctionnement du commerce électronique au niveau mondial, le droit communautaire primaire apparaît beaucoup moins réussi. Les libertés fondamentales du Traité CE n’ont pour objectif que l’intégration des marchés des États membres. En même temps, le droit communautaire risque d’entraver le commerce électronique avec les États tiers. Les prestataires situés au-dehors du marché interne ne peuvent pas invoquer les libertés fondamentales contre l’application de la loi d’un État membre et, pour cette raison, n’auront pas les mêmes possibilités d’accès au marché national de cet État que les prestataires d’autres États membres.

3.2.3.2 Droit secondaire

66

Les libertés fondamentales et le droit de la concurrence ne suffisent pas à établir un environnement juridique adéquat pour le développement du commerce électronique en Europe. Tant que des règles nationales peuvent encore s’appliquer au commerce transnational parce que la doctrine Cassis de Dijon les justifie pour des raisons de protection du consommateur, le marché interne, qui se définit comme un espace économique sans frontières où la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux est garantie (art. 14 al. 2 TCE), ne fonctionnera pas. Pour construire le marché interne, la Communauté est donc amenée à faire appel à sa politique de rapprochement des droit nationaux selon l’art. 95 TCE.

67

3.2.3.2.1 Droit de l’informatique européen Depuis la publication du Livre vert sur la communication commerciale de l’année 1996, la Communauté a développé une véritable politique de promotion du commerce électronique [63]

[63] Pour une introduction, v. M. CATINAT, « La politique...

, fondée aujourd’hui surtout sur trois directives spécialement conçues pour promouvoir le développement du commerce électronique : la directive sur les signatures électroniques [64]

[64] Directive 1999/93 du Parlement européen et du Conseil...

de décembre 1999, la directive sur le commerce électronique de juin 2000 [65]

[65] Supra n°10.

et la directive sur le droit d’auteur dans la société de l’information de mai 2001 [66]

[66] Directive n°2001/29/CE du Parlement européen et du...

.

68

La directive sur la signature électronique et celle sur le commerce électronique ont, elles aussi, un impact sur le droit de la consommation. La première garantit au consommateur la sécurité d’information par Internet. Ce n’est cependant pas cette directive qui crée une obligation pour les États membres d’adapter les règles sur la forme requise par le droit contractuel, mais la directive sur le commerce électronique qui charge les États de « rendre possible » (art. 9 al. 1) la conclusion des contrats par voie électronique [67]

[67] V. L.GRYNBAUM, supra n°10, pp. 598 et s.

.

69

Cette seconde directive inclut également quelques règles typiques d’une directive de droit de consommation. Ainsi, on y trouve des obligations visant le prestataire : ce dernier doit fournir une série d’informations au destinataire. Comme nous venons de le mentionner, la directive introduit aussi des règles matérielles que le prestataire doit respecter lors de la conclusion du contrat [68]

[68] V. L.GRYNBAUM, supra n°10, pp. 597 et s.

, en particulier l’obligation de fournir des moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises avant de passer commande (art. 11 al. 2). Dans ce contexte, la directive utilise aussi la notion de consommateur. Les parties du contrat peuvent en convenir autrement, selon quelques règles inclues dans les art. 10 et 11, pour autant qu’elles ne soient pas des consommateurs [69]

[69] Sur la relation entre la directive sur le commerce...

.

70

3.2.3.2.2 Droit de la consommation européen Les règles susmentionnées de la directive sur le commerce électronique s’ajoutent aux directives déjà préexistantes et spécialement conçues pour la protection contractuelle du consommateur. Il faut surtout citer la directive sur le crédit à la consommation [70]

[70] Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986...

et la directive sur les clauses abusives de l’année 1993 [71]

[71] Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant...

. Selon la dernière directive, pour évaluer le caractère abusif d’une clause, il faut, outre son propre contenu, considérer les circonstances dans lesquelles la clause a été introduite dans le contrat. La directive permet donc, en principe, malgré sa formulation peu précise, de considérer les particularités du site Internet du prestataire d’un service d’information où sont mentionnées les clauses contractuelles telles que le mode de conclusion électronique établi par le prestataire.

71

Outre le droit propre à la consommation, il faut citer toutes les règles du droit secondaire relatif à la publicité, en particulier la directive sur la publicité trompeuse et comparative [72]

[72] Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984...

. D’autres directives et règlements se réfèrent uniquement à la publicité pour des catégories de produits particuliers [73]

[73] Par exemple : Directive 92/28/CEE du Conseil du 31...

.

72

Malgré ce corps juridique remarquable, ces règles n’étaient guère suffisantes afin d’établir un marché interne pour le commerce électronique. Bien que l’Allemagne ait précédé la politique communautaire en matière de promotion du commerce électronique en adoptant une nouvelle loi relative à Internet [74]

[74] Informations- und Kommunikations-Dienste-Gesetz (IuKDG)...

qui ne concernait guère la protection du consommateur, la Communauté a précisément commencé son activité législative dans ce domaine en adoptant une directive de protection de consommation : la directive sur les contrats à distance [75]

[75] Directive 97/7/EC du Parlement européen et du Conseil...

dont le champ d’application, certes, n’est pas limité au seul contrat électronique, mais qui s’applique néanmoins à la nouvelle technologie. La directive confère au consommateur toute une série de droits, en particulier celui d’être informé et un droit de rétractation du contrat dans un délai d’au moins 7 jours ouvrables à partir de la livraison de la marchandise vendue. Ce dernier droit confère au consommateur la possibilité de vérifier la qualité de la marchandise ou du service vendus avant de prendre sa décision contractuelle définitive. Outre ces deux droits, la directive règle aussi la protection du consommateur contre la livraison non sollicitée de biens et de services, sa protection contre une utilisation frauduleuse des cartes bancaires, l’utilisation non sollicitée et non consentie de certaines techniques à des fins publicitaires. La directive exclut de son champ d’application tous les services financiers pour lesquels la Communauté est en train d’élaborer une directive particulière.

73

Le commerce électronique a renforcé la législation communautaire relative au droit de la consommation à portée générale. L’action communautaire relative à la directive sans doute la plus importante jusqu’à l’heure actuelle, la directive sur la vente des biens de consommation de 1999 [76]

[76] Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil...

, est justifiée par le souci de garantir au consommateur une protection adéquate à l’étranger quand il commande des biens directement, par exemple chez un commerçant d’un autre État membre [77]

[77] V. considérant n°4 de la directive.

.

74

En dehors du droit de la consommation proprement dit, il faut encore citer la directive sur la protection des données à caractère personnel de 1995 [78]

[78] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil...

qui crée des obligations non seulement vis-à-vis des entités d’État, mais en principe aussi vis-à-vis des personnes privées [79]

[79] La directive fait uniquement exception pour des activités...

. Ainsi, la directive comprend aussi le traitement des données qu’un prestataire de service d’information a reçues lors d’un contact avec un destinataire-consommateur sur Internet, soit que le destinataire se soit contenté de visiter son site, ou lors de la conclusion électronique d’un contrat ou de son exécution [80]

[80] Sur la portée de la directive pour le commerce électronique,...

. Grâce à la directive de 1995, l’émergence d’Internet n’a rendu nécessaires que très peu d’actions législatives sur la protection des données à caractère personnel. La Communauté a malgré tout adopté une directive réglant les aspects spécifiques de la protection des données à caractère personnel dans le secteur nouvellement libéralisé de la télécommunication [81]

[81] Directive 97/66 du Parlement européen et du Conseil...

. Actuellement, la Commission européenne prépare une directive qui couvrira tous les secteurs de la communication, y compris ceux de la télécommunication et des réseaux informatiques : elle remplacera la directive sur la protection des données dans le secteur de la télécommunication [82]

[82] V. Proposition de directive du Parlement européen et...

. Il reste à ajouter que la protection des données à caractère personnel est aussi un sujet réglementé par la directive sur les signatures électroniques [83]

[83] Supra n°64. V. I. GEIS, « Schutz von Kundendaten im...

.

75

Comme les libertés fondamentales, la politique d’harmonisation – dans les secteurs de la société d’information et du droit de la consommation également – n’a pas pour objectif de faciliter l’échange de biens et de services avec les États tiers, mais seulement l’établissement du marché interne. Néanmoins, une politique d’harmonisation à l’intérieur de l’Union européenne peut s’avérer bénéfique même pour les prestataires des États tiers dans la mesure où elle réussit à atténuer des différences régulatrices entre les États membres.

76

Pourtant, ces résultats sont mis en cause par deux éléments de l’approche communautaire, notamment le principe de l’harmonisation minimale dans le domaine du droit de la consommation et le principe du pays d’origine dans la directive sur le commerce électronique. Ces deux principes attirent notre attention sur le règlement transnational du commerce électronique ; ils méritent d’être traités séparément [84]

[84] Infra 4.

.

77

3.2.3.2.3 Approche traditionnelle et marché interne La politique communautaire relative à la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique, adoptant une approche d’harmonisation traditionnelle fondée sur des règles strictes, a émergé de deux sources. La première et la plus manifeste est la politique classique communautaire, qui identifie des situations dans lesquelles le jeu des forces libres du marché et, en termes du droit privé, la liberté contractuelle, ne suffisent pas à garantir que le consommateur soit à même de défendre ses intérêts.

78

La deuxième source, moins manifeste, semble cependant plus importante quand il s’agit d’évaluer la politique communautaire dans le contexte du commerce électronique au niveau mondial. La politique communautaire a pour objectif l’établissement et le maintien du marché interne. Dans ce marché interne, les règles nationales du droit contractuel ne causent en principe pas de problème pour les libertés fondamentales, puisque les parties, se référant à la liberté contractuelle, ont la possibilité de se soustraire aux règles nationales qu’elles jugent inadéquates [85]

[85] Cf. CJCE, avis du 24 janvier 1991, C-339/89, Alsthom...

. Ce sont alors les règles contractuelles à caractère strict, se trouvant surtout dans le droit national de la consommation, qui posent problème. La Communauté utilise donc son pouvoir législatif selon l’art. 95 CE pour rapprocher le droit national. La conséquence est l’émergence d’un droit communautaire strict dans le domaine des contrats de consommation valant également pour le commerce électronique.

3.3 Conclusions préliminaires

79

Pour conclure cette analyse des approches différentes sur la protection du consommateur sur Internet, il faut distinguer entre la dimension interne et extérieure du problème qui se manifeste en droit européen et américain.

3.3.1 Dimension interne

80

La possibilité d’avoir recours à un régime harmonisé de la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique est une nécessité évidente. Cependant, la situation constitutionnelle des États-Unis et de la Communauté européenne ajoute à la théorie économique de la protection du consommateur une dimension clairement interne.

81

Aux États-Unis, le gouvernement fédéral ne dispose pas du pouvoir d’harmonisation relatif au droit contractuel qui permettrait de garantir un régime uniforme de la protection du consommateur. Par conséquent, le gouvernement américain se réfère largement à la méthode d’autorégulation. Cette méthode n’exclut pas que les États fédérés se mettent à harmoniser leurs droits par le moyen traditionnel, notamment les codes uniformes, en établissant un régime contractuel partiellement strict pour le commerce électronique. Le gouvernement fédéral soutient cette méthode, surtout par sa participation dans les discussions internationales dans le cadre de l’OCDE sur lignes directrices qui, à leur tour, proposent des règles de droit privé strict sur la protection du consommateur. Comme l’harmonisation aux États-Unis ne s’effectue que par la force de persuasion, même le marché interne américain reste un domaine en friche pour le commerce électronique.

82

En Europe par contre, le législateur dispose d’un pouvoir d’harmonisation beaucoup plus efficace pour établir le marché interne. Ce pouvoir permet à la Communauté d’obliger les États membres à établir un régime de droit strict sur la protection du consommateur, ce qui équivaut à une approche régulatrice traditionnelle. L’approche d’autorégulation joue un rôle supplémentaire qui se matérialise dans les directives communautaires et aussi dans le support politique pour le GBDe. En général, on peut conclure que les différences entre les approches de régulation aux États-Unis et en Europe apparaissent moins dramatiques qu’on aurait pu le croire. L’autorégulation et la régulation traditionnelle se retrouvent de part et d’autre de l’Atlantique.

3.3.2 Dimension extérieure

83

En politique américaine, au sein du gouvernement fédéral, la dimension extérieure, donc la nécessité de coopérer au plan mondial pour établir des règles communes, occupe une place plus importante qu’en politique communautaire. Une fois de plus, cela s’explique probablement par des raisons économiques et constitutionnelles. D’une part, le gouvernement américain semble plutôt soucieux de garantir l’accès aux marchés étrangers aux entreprises américaines, alors que la Communauté concentre ses efforts sur l’établissement du marché interne. D’autre part, le pouvoir fédéral américain dispose d’une compétence extérieure illimitée, tandis que le droit communautaire n’attribue à la Communauté qu’une compétence extérieure limitée : par rapport au droit contractuel, celle-ci n’existe que dans la mesure où elle harmonise les règles internes [86]

[86] Ce principe a été clairement établi dans l’opinion...

. En tenant compte de la limitation des compétences extérieures de la Communauté, la façon dont elle a soutenu le GBDe et l’approche d’autorégulation ne surprend point [87]

[87] V. l’initiative du commissaire BANGEMANN pour lancer...

.

4 Régulation des situations transnationales

84

Dans le chapitre précédent, nous avons comparé les différentes approches de la régulation interne dans la législation relative au droit matériel. Pourtant, le bon fonctionnement du commerce électronique dépend surtout de la régulation des situations transnationales. Il nous faut traiter ici les trois principes du droit européen, à savoir l’harmonisation minimale (4.1), le principe du pays d’origine (4.2) et les règles du droit international privé (4.3), qui entravent le commerce électronique avec les pays tiers.

4.1 Harmonisation minimale en Europe

85

Le principe de l’harmonisation minimale caractérise la plupart des actes législatifs communautaires dans le domaine du droit de la consommation [88]

[88] En ce qui concerne le droit de la consommation, le...

. L’idée est simple : les directives obligent les États membres à n’introduire et ne respecter qu’un minimum de protection du consommateur. Les États restent libres de maintenir, voire d’introduire une protection allant au-delà du niveau de protection communautaire. Pour comprendre le principe, il faut rappeler que la Communauté n’a de pouvoir législatif dans le domaine du droit de la consommation que dans le cadre de la politique de rapprochement, celle-ci ayant pour objectif l’établissement du marché interne (art. 153 al. 3 lit. a TCE). Dans ce cadre, le législateur communautaire est obligé de garantir un niveau élevé de protection (art. 95 al. 3 TCE). L’objectif majeur de la politique et la condition nécessaire de la compétence législative restent cependant d’abolir les obstacles à la libre circulation des marchandises et des services, et les distorsions de la concurrence résultant des différentes dispositions juridiques dans les États membres [89]

[89] Ce principe a été énoncé clairement par la Cour de...

.

86

Pour établir un véritable marché interne, il faudrait alors parvenir à une harmonisation complète. Pourtant, avec des dispositions largement divergentes, il serait très difficile d’aboutir à des solutions acceptables pour une majorité suffisante des États membres représentés dans le Conseil. Par conséquent, les directives dans le domaine du droit de la consommation n’introduisent qu’une obligation « minimale », élevant le niveau de protection dans quelques pays sans obliger les autres à l’abaisser. Cette méthode a également été appliquée dans le cas de la directive sur les contrats à distance [90]

[90] Supra n°9.

, dont l’art. 14 laisse aux États la liberté d’adopter et de maintenir des dispositions plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.

87

Le désavantage de l’harmonisation minimale est manifeste. Les directives minimales n’abolissent pas tous les obstacles au commerce intracommunautaire causés par le droit national. Au moins, c’est le cas dans la mesure où le droit du domicile du consommateur s’applique, selon les principes du droit international privé [91]

[91] Infra 4.3.

.

88

Mais les problèmes susmentionnés ne sont pas typiques de l’harmonisation minimale. Ils peuvent surgir aussi dans le cas d’une harmonisation complète. Ainsi, le législateur communautaire n’a pas précisé la nature juridique et les conséquences juridiques des obligations contractuelles du prestataire de services d’information selon les art. 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique. Les États membres sont seulement tenus par le principe de l’effet utile énoncé par l’art 10 (1) TCE et l’art. 20 de la directive d’adopter un système de sanctions efficaces, ce qui permet alors une grande variété de solutions nationales [92]

[92] V. surtout la critique exprimé par HULTMARK RAMBERG,...

. En Allemagne, on a partiellement sanctionné ces obligations de la directive sur le commerce électronique par une combinaison avec les règles sur les contrats à distance. Déjà en 2000, le législateur allemand a introduit une période de 14 jours, dépassant les 7 jours ouvrables en tant que minimum européen, pour l’exercice du droit de rétractation du consommateur concernant les contrats à distance. En transposant la directive au commerce électronique, le législateur allemand vient de clarifier que cette période ne commence que dans le cas où le prestataire a respecté ses obligations découlant des art. 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique [93]

[93] § 312e al. 3 Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch,...

. Cette solution restera probablement singulière en Europe. Le prestataire étranger, qui a l’obligation d’informer le consommateur sur ses droits, ne serait pas préparé à une telle règle prévue ni par la directive sur les contrats à distance ni par la directive sur le commerce électronique. L’on pourrait même dire que le résultat va à l’encontre des besoins du marché interne, ce qui remet en question la compétence communautaire pour une telle législation [94]

[94] V. les principes énoncés par la Cour de justice dans...

. Quoi qu’il en soit, l’harmonisation minimale et l’harmonisation en tant que telle, de par sa nature incomplète, n’est qu’une solution sub-optimale d’harmonisation des droits nationaux, mais la meilleure que l’on pouvait réaliser dans le processus de la législation. Néanmoins, de par le caractère transnational d’Internet, l’harmonisation minimale en particulier pourrait s’avérer complètement insuffisante. Cela vaut déjà pour le commerce intracommunautaire, mais, a fortiori, pour le commerce avec des pays tiers.

4.2 Principe du pays d’origine en Europe

89

Pour réduire le problème de l’application d’une multitude de droits nationaux dans les situations transnationales, le législateur européen a adopté le principe du pays d’origine dans la directive sur le commerce électronique [95]

[95] V. H.-J. AHRENS, « Das Herkunftslandprinzip in der...

. Le principe s’apparente à celui du pays de transmission, bien connu de la directive sur la télévision sans frontières [96]

[96] Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant...

. Le prestataire de services ne doit plus respecter les exigences juridiques de tous les pays destinataires (ou plutôt « d’accès sur Internet »), mais uniquement celles du droit de son pays d’établissement. Ainsi, le principe du pays d’origine remplace l’application d’une multitude de droits nationaux par l’application d’un seul ordre juridique.

90

Ce principe est lourd de conséquences. Par exemple, chaque État membre connaît des particularités dans le domaine de la publicité. La directive n’oblige pas les États à les abolir, mais selon le principe du pays d’origine, ces règles ne peuvent plus être appliquées aux prestataires établis dans d’autres États membres, créant ainsi une situation de discrimination à rebours des prestataires nationaux. Il va de soi que le commerce électronique, par le biais de la législation européenne, devient donc le moteur de la libéralisation du droit national. Ainsi, l’Allemagne vient d’abolir la loi interdisant les rabais (Rabatt-Gesetz) [97]

[97] V. U. HEIL & R. DÜBBERS, « Abschaffung des Rabattgesetzes...

datant des années 1930.

91

La portée du principe devient évidente quand on considère son champ d’application. Selon l’art. 3 al. 1 et 2 de la directive sur le commerce électronique [98]

[98] Supra n°10.

, le principe s’applique au « domaine coordonné ». La directive définit le domaine coordonné de façon extrêmement large. Selon l’art. 2 al. h), la directive couvre toutes « les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables au prestataire des services de la société de l’information, qu’elles revêtent un caractère général ou qu’elles aient été spécialement conçues pour eux ». Ainsi, le principe exerce sa force même contre des règles juridiques à portée générale que le législateur national n’a pas créées pour le commerce électronique, mais qui s’appliquent aussi à Internet. De plus, l’application du principe ne se limite pas aux questions harmonisées par le droit européen.

92

Le fait que le législateur du pays d’accès soit donc privé de toute autorité est à la fois positif et problématique. À première vue, le principe rend toute harmonisation des lois nationales superflue. Lorsque l’on considère les matières concernées – le droit de la publicité dans son entièreté, et même le droit pénal avec par exemple ses dispositions sur la pornographie et les délits contre l’État –, les conséquences sont considérables. Cependant, la directive prévoit toute une série d’exceptions au principe. Ces exceptions couvrent par exemple le droit de la propriété intellectuelle, le droit de concurrence, la protection des données à caractère personnel, la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat, les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs et le traitement de la publicité non sollicitée. En outre, les États d’accès peuvent prendre des mesures individuelles, en particulier dans le domaine du droit pénal, pourvu que l’État d’origine ait été prié de prendre de telles mesures auparavant et sans succès, que l’intention de prendre ces mesures soit notifiée à la Commission et que les mesures soient proportionnelles à leur objectif (art. 3 al. 4 de la directive). Ces exceptions sont certes nombreuses, mais il reste encore un champ d’application considérable, surtout en ce qui concerne les règles publicitaires.

93

Comparé à l’approche classique d’harmonisation, le principe du pays d’origine renverse les rapports entre principe et exception. Selon l’approche traditionnelle, c’est le droit national de chaque pays de destination des marchandises et des services qui s’applique (principe de territorialité). En tant qu’exception, le droit communautaire n’intervient que dans les cas où l’application des droits nationaux n’est plus acceptable. L’outil d’intervention consiste dans l’harmonisation du droit du pays de destination. Tandis que, selon le principe du pays d’origine, l’application du droit du pays de destination (d’accès) est considérée comme inacceptable en tant que principe fondamental, et, par conséquent, remplacée par l’application du droit du pays d’origine. Il semble que, dans ce système-ci, la politique d’harmonisation soit devenue superflue. Pourtant, elle joue encore un rôle important bien que complètement différent. Dans la mesure où le droit du pays d’origine est très faible et que son application exclusive se révèle inacceptable, le législateur communautaire dispose au moins du pouvoir d’harmoniser la question échéante et d’introduire une protection plus élevée de l’intérêt affecté. Déjà en raison de cette possibilité, la crainte d’une concurrence des ordres juridiques qui abaisserait le niveau de protection dans l’ensemble de l’Union européenne [99]

[99] V. par exemple V. BOEHME-NESSLER, supra n°2, p.156 ;...

n’est guère justifiée.

94

Cette fonction modifiée de la politique d’harmonisation dans le champ d’application du principe du pays d’origine explique également que le principe ne s’applique que dans le cadre du marché interne. Autrement dit, il faut que le pays d’origine soit un État membre : un prestataire de services d’information établi aux États-Unis par exemple doit, en principe, respecter le droit national de tous les États membres de l’Union européenne. Une fois de plus, on se rend compte que la politique communautaire a pour seul objectif l’établissement du marché interne, négligeant la dimension extérieure du commerce électronique. Pire encore, l’application du principe du pays d’origine est discriminatoire vis-à-vis des pays tiers. Mais il ne faut pas oublier que le législateur communautaire ne peut que garantir la qualité de protection selon le droit des États membres.

4.3 Règles communautaires du droit international privé

95

Nous venons de voir que le principe du pays d’origine s’applique surtout au droit de la publicité, mais il ne s’applique pas au droit contractuel en général et aux obligations contractuelles dans le contexte des contrats de consommation. De par cette exception, le droit communautaire maintient l’application des règles générales du droit privé international relatif au droit applicable aux contrats [100]

[100] À première vue, on pourrait comprendre le principe...

.

96

Un règlement à portée générale sur le droit applicable aux contrats se trouve dans la Convention européenne (dite « de Rome »), qui garantit, sous certaines conditions, l’application du droit du pays du domicile habituel du consommateur. C’est le cas si le consommateur a conclu le contrat dans son pays de domicile après une proposition spécialement faite ou après une publicité de l’autre partie résidant dans ce pays (art. 5 al. 1 de la Convention). Sans aucun doute, le passage final de cette clause crée des problèmes considérables sur Internet, ce dernier se caractérisant par son interactivité rendant presque impossible la localisation de la proposition ou de la publicité. Par conséquent, le commerce électronique réclame aussi l’adaptation, voire la modernisation du droit international privé des contrats.

97

Le Traité d’Amsterdam dans les art. 61 c) et 65 b) TCE a conféré à la Communauté la compétence législative pour le droit international privé et le règlement de la compétence judiciaire. Ce pouvoir législatif pourrait être utilisé pour transposer la Convention de Rome en droit communautaire et réformer ses règles [101]

[101] Le législateur a déjà pris cette voie pour incorporer...

. Malgré le caractère transnational d’Internet, le droit international privé ne joue qu’un rôle subordonné dans la politique communautaire. Cependant, dans la directive sur les contrats à distance, se trouve l’art. 12 al. 2 obligeant les États membres à prendre les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection de la directive si le droit d’un pays tiers est choisi comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d’un ou de plusieurs des États membres [102]

[102] L’Allemagne, en transposant la directive et des dispositions...

.

98

Ainsi, la Convention de Rome et le droit secondaire garantissent, sous certaines conditions peu claires, en particulier dans le contexte du commerce électronique, l’application du droit du pays de domicile du consommateur. Dans la mesure où il y a des règles strictes de protection du consommateur, ce droit est applicable même si les parties contractuelles en ont convenu autrement.

99

Le droit international privé européen protège aussi contre le prestataire d’un pays tiers. Comme la Communauté, pour également protéger le consommateur sur Internet, a adopté des règles à caractère strict, ce prestataire doit respecter non seulement le droit des directives, mais leur transposition dans le droit de tous les États membres. On a déjà vu qu’en raison de l’harmonisation minimale en particulier, les différences nationales restent considérables [103]

[103] Supra 4.1.

. C’est un problème qui continue certes à exister aussi au sein du marché interne. L’existence du commerce électronique est un argument en faveur de l’uniformisation pour le moins du droit des contrats de consommation en Europe [104]

[104] Dans la Communication de la Commission au Conseil et...

. Par rapport aux États tiers, l’analyse prouve qu’une solution par des règles de conflits ne peut pas se substituer à une harmonisation des règles contractuelles à caractère strict.

4.4 Comparaison avec la situation aux États-Unis

100

L’analyse précédente aboutit à une critique de la politique européenne. Celle-ci se concentre sur l’établissement du marché interne en négligeant la dimension extérieure. En même temps, le marché interne reste largement inachevé en ce qui concerne la protection du consommateur, dans le contexte contractuel en particulier. Ainsi, la Communauté ne réussit même pas à établir un régime uniforme qui faciliterait aussi l’accès au marché européen aux prestataires des pays tiers.

101

La situation aux États-Unis n’est, elle, pas nécessairement plus favorable. Le « Framework for Global Electronic Commerce » avec son approche libérale détourne notre attention du fait que, dans le droit des États fédérés, le prestataire européen pourrait se heurter à des règles strictes de la protection du consommateur qu’il ne connaît pas et aurait du mal à connaître. Certes, les règles des codes uniformes, du UETA et du UCITA, adoptent les standards internationaux et ils établissent des modèles évitant le caractère incomplet de l’harmonisation européenne. Mais il n’existe aucune garantie que tous les États fédérés transposent les codes uniformes dans leur droit, ni que ceux-ci adoptent les codes uniformes sans modifications.

5 Problèmes spécifiques de l'application transnationale du droit de la consommation

102

Il nous reste à considérer quelques problèmes spécifiques du droit de la consommation sur Internet, qui expliqueront d’une manière plus illustratrice les difficultés auxquelles il faut s’attendre dans les situations transnationales.

5.1 Protection contractuelle du consommateur

103

Au sein de la Communauté européenne, le consommateur est suffisamment protégé par le droit contractuel. Cette protection s’appuie, premièrement, sur le droit international privé qui garantit, dans la majorité des cas, l’application du droit de l’État du domicile habituel du consommateur, aussi vis-à-vis des États tiers.

104

Deuxièmement, la directive sur le commerce électronique introduit une série d’obligations pour le prestataire de services lors de la conclusion du contrat : celle de fournir certaines informations, celle d’accuser réception de la commande sans délai injustifié et par voie électronique et, finalement, celle de mettre à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d’identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger avant de passer commande. Comme on vient de le voir [105]

[105] Supra 3.2.1.1.

, ces obligations ressemblent fort aux principes contenus dans les lignes directrices de l’OCDE sur la protection du consommateur. Mais, concernant la protection du consommateur, elles vont au-delà des règles de la loi type de la CNUCDI sur le commerce électronique. Tant que les pays tiers s’orientent également vers les principes des lignes directrices de l’OCDE, un prestataire de services d’un État tiers n’entrera pas en conflit avec les exigences communautaires. C’est par exemple le cas de l’obligation du prestataire de services de fournir des moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises lors de la commande sur ordinateur, principe connu également des codes uniformes aux États-Unis.

105

Dans la mesure où des États tiers se contentent d’une approche d’autonomie contractuelle et d’autorégulation, même basée sur la loi type de la CNUCDI, la protection du consommateur par le droit de l’informatique européen causerait bon nombre de frictions et d’obstacles au commerce électronique avec ces États tiers.

106

Troisièmement, il ne faut pas oublier la protection spécialement fournie au consommateur par la directive sur les contrats à distance. Comme nous venons de le voir, la protection contractuelle en Europe consiste en grande partie dans le droit de rétraction du contrat. Ce droit est inconnu d’autres ordres juridiques, notamment de celui des États-Unis [106]

[106] V. J. ROTHCHILD, « Making the Market Work : Enhancing...

. Cette différence désavantage le prestataire établi en dehors de l’Union européenne. S’il veut contracter avec des consommateurs de pays non individualisés, par exemple dans le cas de l’exécution du contrat par voie électronique, le prestataire ne fournira très probablement pas l’information requise par la directive européenne, en particulier l’information sur le droit de rétractation. Ce manque d’information a pour conséquence de prolonger le délai pour l’exercice du droit de rétraction de 7 jours ouvrables à trois mois. C’est en particulier par le droit de rétractation, pour lequel, sans aucun doute, une justification existe [107]

[107] Le consommateur achète un produit bien qu’il ne soit...

, que la protection en Europe entrave le commerce électronique.

107

Dans le domaine du droit sur les contrats de consommation, il y a eu une coopération internationale relativement étroite et rapide ayant abouti à une harmonisation partielle sans utiliser des instruments obligatoires du droit international. Des standards uniformes n’existent cependant pas encore. Le prestataire de services d’informations sur Internet ne peut pas être sûr de la situation juridique dans le pays du consommateur.

5.2 Communications commerciales non sollicitées sur Internet

108

Internet est un moyen efficace et peu coûteux d’envoyer des communications, surtout publicitaires, à un grand nombre d’adressés. Lors des délibérations sur la directive relative aux contrats à distance, les États membres de la Communauté n’ont pas réussi à se mettre d’accord sur le traitement des communications non sollicitées envoyées par les réseaux électroniques. Une minorité considérable, comme l’Allemagne [108]

[108] Cf. J. DREXL, « Verbraucherschutz und Electronic Commerce...

et l’Autriche [109]

[109] L’Autriche a introduit une interdiction explicite dans...

, interdit cette forme de publicité à moins que le destinataire n’y ait préalablement consenti de manière évidente (opt in). La majorité des États membres, en revanche, l’autorise, sauf si le destinataire s’est manifestement opposé à la réception de telles communications (opt out). Dans l’art. 10 de la directive sur les contrats à distance, le législateur communautaire s’est exprimé en faveur de la deuxième solution, limitant le modèle de l’interdiction aux seules techniques du répondeur et du télécopieur.

109

Cependant, l’art. 10 se lit en conjonction avec la clause minimale de l’art. 14, qui permet aux États membres de maintenir et d’introduire un niveau de protection du consommateur plus élevé. Lors de la transformation de la directive, le législateur allemand de l’année 2000 n’a pas envisagé de modifier le droit allemand en s’appuyant sur une interprétation de la clause générale de la loi contre la concurrence déloyale [110]

[110] § 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

dans le cas de l’action d’un concurrent et, dans le cas d’une action du destinataire, sur les dispositions délictuelles du code civil, justifiant son inaction par l’harmonisation minimale de la directive [111]

[111] La Cour de grande instance (Landgericht) de Berlin...

.

110

Dans la directive sur le commerce électronique, le législateur communautaire ne s’est pas prononcé contre le caractère minimal. Dans l’art. 7 de ladite directive, les États membres « qui autorisent ces communications commerciales non sollicitées par courrier électronique » sont uniquement tenus de veiller à ce que celles-ci puissent être identifiées d’une manière claire et non équivoque. D’autres États membres, pouvons-nous conclure, restent libres d’interdire les communications non sollicitées par courrier électronique.

111

Cette interprétation est réaffirmée par l’exception faite pour ces communications non sollicitées à l’application du principe du pays d’origine [112]

[112] Art. 3 al. 3 de la directive sur le commerce électronique...

. Si un prestataire de services envoie un courrier électronique à un client potentiel en Allemagne, il devra respecter le droit allemand, même si son pays d’établissement permet l’envoi non sollicité.

112

La régulation communautaire laisse donc le marché interne inachevé. Pour le courrier électronique non sollicité, cette situation causée par l’harmonisation minimale est intolérable [113]

[113] Cf. déjà l’analyse supra 3.1.1.

. Avec les adresses génériques (« .com »), l’envoyeur, dans de nombreux cas, ne peut pas savoir dans quel pays se trouve le destinataire du courrier et, par conséquent, si oui ou non l’envoi est autorisé. C’est, une fois de plus, au législateur communautaire d’intervenir. Dans le cadre de la nouvelle directive sur les données à caractère personnel [114]

[114] Supra n°78.

, la Commission a proposé une interdiction du courrier non sollicité s’ajoutant au deux cas déjà existants dans l’art. 10 al. 1 de la directive sur les contrats à distance. L’interdiction a été justifiée par une estimation présentée par la Commission européenne, selon laquelle les utilisateurs d’Internet du monde entier enregistrent une perte de 10 milliards d’euros par an [115]

[115] V. http:// www. europa. eu. int/ comm/ internal\_market/...

. Malgré tout, la proposition a été rejetée par le Parlement européen et, ensuite, la Commission a accepté la solution déjà connue selon laquelle les États membres restent libres de choisir la régulation qu’ils préfèrent [116]

[116] V. http:// wwwdb. europarl. eu. int/ oeil/ oeil\_viewDNL....

.

113

Ainsi, en Europe, faudrait-il continuer à vivre avec une solution qui ne garantit pas le fonctionnement du marché interne. Mais, même avec la solution initialement proposée par la Commission, le prestataire d’un pays tiers [117]

[117] Quant au droit des États-Unis, v. M.A. FISHER, « The...

aurait pu se voir confronté à une interdiction inattendue.

5.3 Protection des données à caractère personnel

114

La protection des donnés à caractère personnel constitue certes un des problèmes les plus épineux [118]

[118] Au sujet de différentes situations problématiques sur...

. L’usage des réseaux électroniques à des fins contractuelles ne sera attrayant pour le consommateur que si un certain niveau de protection relatif aux données à caractère personnel est garanti dans le pays de réception des données également. Imaginons l’exécution d’un contrat entre un prestataire de services d’information américain et un consommateur européen pour laquelle le prestataire exige un paiement par carte de crédit. En Europe, le consommateur tient à ce que ce numéro de carte ne soit utilisé qu’aux fins couvertes par le contrat. Nul doute qu’il s’opposera à la vente du numéro à de tierces personnes. Similairement, le consommateur risque que le prestataire utilise ou même vende des informations personnelles relatives à son comportement et ses intérêts de consommation.

115

La situation se complique encore du fait que les mentalités aux États-Unis et en Europe sont opposées en ce qui concerne la conception des données à caractère personnel en tant qu’objet de la régulation juridique.

116

Les Américains conçoivent les données à caractère personnel avant tout comme objet de commerce. La nécessité de protéger l’individu contre le traitement abusif des données n’entre que très lentement dans la conscience américaine [119]

[119] Le « Children Online Privacy Protection Act » (COPPA)...

. Le « Framework » susmentionné [120]

[120] Supra n°11. Déjà en 1995, un groupe d’experts américains...

constate certes la nécessité d’une protection sur Internet, mais s’appuie essentiellement sur des obligations d’informer le consommateur afin de lui fournir les moyens d’autoprotection. Ainsi, les données sont certes attribuées à l’individu en tant que partie de son patrimoine, mais il peut en disposer et les vendre [121]

[121] Contre le pouvoir dont dispose l’individu de vendre...

. Par conséquent, la légalité du traitement des données dépend essentiellement du consentement de l’individu [122]

[122] Ce qui est aussi l’approche que préfère le GBDe ; supra...

.

117

En Europe par contre, la directive 95/46 [123]

[123] Supra n°78.

traite la protection des données à caractère personnel comme un aspect de la protection des libertés et des droits fondamentaux, notamment de la vie privée des individus. En même temps, la directive, en tant que directive sur le marché interne, essaie de se justifier par la libre circulation de ces données. Au-delà du consentement (art. 7 de la directive), le récepteur des données est restreint dans le traitement des données à plusieurs égards (art. 6). Il faut avant tout respecter le principe de finalité. Ainsi, les données peuvent uniquement être collectées à des fins déterminées et ne peuvent être traitées de manière incompatible à ces finalités.

118

Des difficultés surgissent dès que des données sont transférées vers des pays tiers. L’art. 25 de la directive a introduit un régime spécial, selon lequel le transfert ne peut avoir lieu que lorsque ce pays tiers garantit un niveau de protection adéquat [124]

[124] Au sujet des critères du niveau de protection adéquat,...

. Il est clair que ce régime strict peut porter atteinte au fonctionnement du commerce électronique, surtout si l’on considère les relations avec les États-Unis.

119

La directive prévoit des procédures particulières à mener par la Commission pour évaluer la protection dans un État tiers. La Commission dispose même du pouvoir d’entrer en négociations, au terme desquelles on pourrait aboutir à un engagement avec l’État tiers, et la Commission pourrait constater que la protection est désormais adéquate (art. 25 al. 4 et 5 de la directive).

120

Après des négociations intenses avec les États-Unis en juillet 2000, la Commission a accepté les principes de la sphère de sécurité (« Safe Harbor Principles ») proposés par le Ministère du commerce américain [125]

[125] Décision n°200/520/CE de la Commission du 26 juillet...

. Ceux-ci ne sont certes pas obligatoires pour les organisations et institutions américaines. Mais s’ils sont acceptés par une organisation particulière, cette dernière est censée assurer un niveau de protection adéquat dans le sens de l’art. 25 de la directive.

121

L’engagement des États-Unis marque le succès de l’approche communautaire pour la protection des libertés des citoyens européens. Néanmoins, on assiste ici à un cas d’exportation de conceptions juridiques vers un autre pays sans véritable accord international [126]

[126] Dans ce sens : V. BOEHME-NESSLER, supra n°2, S. 15...

. La coopération s’effectue au-dessous de l’harmonisation des droits nationaux. Les États-Unis ne modifieront pas leur droit national. L’approche qu’ils ont choisie laisse aux acteurs économiques américains la liberté d’accepter les standards de protection européens et, ainsi, s’appuie sur les forces du marché qui dépendent du contact commercial avec l’Europe [127]

[127] Cf. LITAN, supra n°2, p. 1063 et s., concluant que...

.

5.4 Compétence juridictionnelle

122

Le règlement de la compétence juridictionnelle est essentiel pour le succès du commerce électronique. Les droits accordés au consommateur peuvent s’avérer inutiles si le consommateur est obligé d’intenter l’action devant les tribunaux du pays où réside le prestataire. D’autre part, les petites et moyennes entreprises en particulier se garderont de s’engager dans le commerce électronique si le consommateur a le droit d’intenter une action devant les tribunaux du pays de son domicile. La solution serait donc d’établir un système de règlement extrajudiciaire de litiges selon lequel les litiges seraient réglés par des « cybertribunaux ».

123

Cette idée se retrouve surtout dans les initiatives internationales. Ainsi, les lignes directrices de l’OCDE comme les recommandations du GBDe [128]

[128] Supra 3.1.2.2.

prônent un tel système. La législation communautaire elle aussi reconnaît les avantages du règlement extrajudiciaire dans l’art. 17 de la directive sur le commerce électronique.

124

Ces initiatives ne peuvent pas se substituer aux règles régissant la compétence des tribunaux des États. Dans l’Union européenne, la compétence juridictionnelle est encore réglée par la Convention de Bruxelles de 1967, à laquelle se substituera le nouveau règlement communautaire [129]

[129] Supra n°101.

, adopté à la base des art. 61 c) and 65 b) CE, le 1er mars 2002.

125

Tandis que l’art. 13 al. 1 de la Convention de Bruxelles connaît une règle de rattachement identique à la Convention de Rome d’une proposition spécialement faite ou d’une publicité dans le pays du domicile du consommateur pour concentrer les actions contre le consommateur dans son pays de domicile, l’art. 15 al. 1 lit. c) du nouveau règlement a été modernisé pour répondre aux exigences du commerce électronique. Selon la nouvelle règle, il suffit que l’activité du professionnel soit, « par tout moyen », dirigée vers l’État du domicile du consommateur et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. Le consommateur a donc le droit d’intenter une action devant les tribunaux de son pays, et le professionnel ne peut intenter une action contre le consommateur que dans le pays du domicile de ce dernier.

126

L’essentiel de la nouvelle formule consiste à abolir le lien causal entre l’activité du professionnel dans le pays du domicile du consommateur et la conclusion du contrat. La nouvelle règle, très critiquée dans la doctrine [130]

[130] En particulier la critique de G. SPINDLER, « Internationales...

, signifie un renforcement considérable de la protection du consommateur. Imaginons ensuite la situation d’un achat dans un magasin à l’étranger. Le consommateur peut se défendre contre l’action du commerçant devant les tribunaux du pays d’établissement du dernier avec l’argument que le commerçant exerce son activité commerciale dans le pays du domicile du consommateur également, en vendant ses produits via Internet.

127

Pour protéger les petits et moyens professionnels, la Commission avait initialement proposé de permettre une dérogation pour tous les contrats électroniques obligeant le consommateur à intenter son action contre le professionnel exclusivement devant les tribunaux du pays d’établissement de son adversaire. Le Parlement européen aurait consenti à cette proposition à condition d’introduire un système de règlement extrajudiciaire de litiges de consommation. Cependant, la Commission a retiré sa proposition relative à l’admissibilité d’une dérogation, jugeant qu’il était trop tôt pour installer un tel système extrajudiciaire. Le résultat n’est certes pas satisfaisant ; les petits commerçants en particulier continueront à considérer cela comme un réel obstacle à leur engagement dans le secteur du commerce électronique. Quoi qu’il en soit, la Communauté travaillera sur l’adoption d’un système extrajudiciaire communautaire [131]

[131] V. Résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à...

qui résoudra le problème en tenant compte des intérêts des deux côtés.

128

La compétence juridictionnelle constitue peut-être le seul problème spécifique de la protection du consommateur sur Internet qui sera mieux réglé par voie d’autorégulation, dans l’intérêt des entrepreneurs et des consommateurs. La Communauté poursuit encore une approche traditionnelle, c’est-à-dire d’une protection à règles strictes, sans grand enthousiasme et, pour le moment, par manque d’alternative.

6 Conclusions

129

Au niveau de la législation nationale, la crainte qu’Internet crée un espace anarchique sans protection juridique ne s’est pas confirmée. Le droit de la consommation national s’applique selon les règles du droit international privé. Le problème qui se pose relève plutôt de la multitude des droits nationaux applicables et des difficultés pratiques de garantir le respect du droit national par les prestataires de services situés à l’étranger.

130

Pour réagir face à cette réalité, on pourrait renoncer à une régulation législative en faveur d’une autorégulation, en combinant différents instruments : des codes de conduite, un système de règlement extrajudiciaire de litiges et des signes de confiance. Ainsi laisserait-on aux forces du marché ayant développé le cyberespace le soin de forger les règles applicables.

131

Les deux approches, régulation traditionnelle et autorégulation, sont connues du droit communautaire et du droit américain. Mais dans le cadre d’une combinaison des approches, l’accent est mis différemment. Le gouvernement américain veut laisser autant de liberté que possible aux forces du marché pour ne pas entraver le commerce électronique, tandis qu’en Europe, la Communauté constate une nécessité particulière de protéger le consommateur sur Internet par des règles juridiques. La dernière approche, cependant, se retrouve aussi dans les codes uniformes américains.

132

La protection du consommateur fait néanmoins partie intégrante de la politique communautaire pour la promotion du commerce électronique. Au sein de l’Union européenne, on poursuit le double objectif – protection du consommateur et promotion d’Internet – en harmonisant le droit de la consommation. L’objectif majeur reste l’établissement du marché interne. Cependant, le législateur communautaire ne s’est pas entièrement substitué aux législateurs nationaux. Par le principe du droit d’origine, il garantit la libre circulation des marchandises et des services à la base d’un seul droit national. L’harmonisation des droits nationaux reste importante, dans la mesure où elle garantit un minimum de protection dans l’Union européenne et en dehors du champ d’application du principe du pays d’origine. Dans son champ d’application, le principe crée une situation de concurrence entre les ordres juridiques des États membres menant à une libéralisation par rapport aux questions non harmonisées.

133

Le principe du pays d’origine ne s’applique pas au droit contractuel. Dans ce domaine, le droit international privé européen garantit l’application des règles strictes de la protection du consommateur selon le droit de son domicile. Ces règles, en raison d’une harmonisation minimale et incomplète, continuent à présenter des différences considérables et laissent le marché interne dans un état inachevé.

134

La politique de régulation traditionnelle porte atteinte au bon fonctionnement du commerce électronique. Cette situation actuelle exige une coopération au plan global entre la Communauté européenne et des États tiers, surtout les États-Unis. Une telle coopération s’est développée dès l’émergence d’Internet. Les instruments adoptés sont en majorité empruntés au droit international non obligatoire (soft law) – en particulier de la CNUDCI et de l’OCDE. Ils ont pourtant été capables d’influencer la régulation dans un nombre remarquable d’États, y compris au sein de l’Union européenne et aux États-Unis. On a ainsi abouti à une série de principes de régulation du commerce électronique, qui se retrouvent dans une forme plus ou moins harmonisée dans plusieurs ordres juridiques.

135

Néanmoins, la protection stricte du consommateur par le droit interne pose un problème majeur pour les prestataires originaires d’autres États : ceux-ci sont en effet contraints d’offrir marchandises et services sur Internet tout en respectant les exigences du droit communautaire. Seules les lignes directrices de l’OCDE non obligatoires exercent un certain effet harmonisant.

136

La politique américaine, quelques initiatives d’organisations internationales et les entreprises de la nouvelle économie favorisent l’approche d’autorégulation. Mais des résultats convaincants de cette politique se font encore attendre. Aux États-Unis également, on assiste à une prise de conscience qu’il y a lieu de protéger le consommateur, en particulier dans le domaine des données à caractère personnel. L’autorégulation pourrait encore avoir un vrai succès quant au règlement extrajudiciaire de litiges. L’application de cette dernière au commerce électronique pourrait résoudre le problème qu’ont les consommateurs et les petits commerçants lorsqu’ils doivent mener un litige à l’étranger.

137

Il faut bien distinguer le rôle donné à l’autonomie contractuelle de l’individu de la problématique de l’autorégulation. En droit privé, les parties d’un contrat disposent de l’autonomie de régler librement leurs droits et obligations. Par contre, le droit de la consommation européen et, à un moindre degré, le droit des codes uniformes américains limitent considérablement cette autonomie pour protéger les intérêts des plus faibles. Les règles communautaires s’appliquent aussi par rapport à des États tiers ; cela force, en particulier dans le domaine des données à caractère personnel, les entrepreneurs étrangers à respecter les principes de protection communautaire, même quand ils traitent des données d’origine européenne sur le territoire des États-Unis.

138

L’analyse a cerné différentes approches sur la régulation du commerce électronique. À l’heure actuelle, les instruments non obligatoires de la coopération internationale peuvent atténuer les effets négatifs des différences réglementaires existant entre l’Europe et les États-Unis. Celles-ci ne sont pas de nature fondamentale, mais plutôt graduelle. Ainsi y a-t-il un consensus de fond, exprimé en particulier par les lignes directrices de l’OCDE mais se retrouvant également dans les directives européennes et les codes uniformes américains, que les règles contractuelles à caractère strict sont nécessaires aussi dans le cyberespace. La force majeure qui agit contre une harmonisation internationale est exercée par l’autonomie des systèmes de droit privé des États membres de l’Union européenne et des États fédérés aux États-Unis. Des deux côtés de l’Atlantique, les règles constitutionnelles ne permettent guère de surmonter ces difficultés. Pour cette raison, un accord international obligatoire relatif au droit contractuel reste une illusion. Il n’y a donc pas d’alternative à la continuation de la coopération actuelle à la base du « soft law », qui, osons l’espérer, aboutira à une harmonisation graduelle.

Notes

[\*]

Dr. jur., LL.M. (Berkeley), Professeur de droit civil et de droit économique européen et international à l’Université de Munich, Directeur à l’Institut Max-Planck de droit étranger et international de brevets, du droit d’auteur et de la concurrence. L’auteur tient à remercier tous les participants de la conférence de Rennes ayant enrichi la discussion de remarques très pertinentes. En outre, il tient à remercier Mme CHANTAL DEMUIJLDER M.A. pour la révision linguistique de cet article.

[1]

Le terme de mondialisation ou de globalisation est très ambigu : v., par ex., F. SNYDER, « Governing Economic Globalisation : Global Legal Pluralism and European Law », European Law Journal 5 (1999), p.334 (335 et s.), se référant seulement à la mondialisation du site de la « protection », ne tenant pas compte de la mondialisation des « transactions » par voie électronique.

[2]

De par ces avantages, certains auteurs justifient même un affaiblissement de la protection du consommateur ; dans ce sens V. BOEHME-NESSLER, « Europäisches Internetrecht », Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2001, p.149 (150), se référant aussi à la politique américaine. Sur les avantages d’Internet en général, v. R.E. LITAN, « Law and Policy in the Age of the Internet », Duke Law Journal 50 (2001), p. 1045 (1047 et s.).

[3]

V. BOEHME-NESSLER, supra n°2. Du point de vue de la théorie économique, on pourrait dire qu’Internet réduit les imperfections du marché par une plus grande transparence ; cf. A.L.BOMSE, « The Dependence of Cyberspace », Duke Law Journal 50 (2001), p. 1717 (1735 et s.).

[4]

Ce caractère ambigu de la mondialisation en général est bien cerné par la politique de la consommation communautaire ; cf. Résolution du Conseil du 28 juin 1999 relative à la politique des consommateurs de la Communauté 1999-2001, JOCE n°C 206 du 21 juillet 1999, p.1 (considérant n°11).

[5]

Cf. A. ENDESHAW, « Consumer Protection in Cyberspace : Back to Caveat Emptor? », Consumer L.J. 1999, p. 157 (163).

[6]

C’est le cas dans la théorie juridique et économique. La nécessité d’une protection du consommateur est contestée par l’école économique de Chicago qui supporte largement un fonctionnement automatique du marché ; cf. R. POSNER, « Economic Analysis of Law », 3e éd. 1986, pp.102 et suiv., niant le besoin d’instaurer un régime contrôlant les clauses contractuelles abusives. En faveur de la nécessité économique d’un droit de la consommation : A.J. DUGGAN, « The Economics of Consumer Protection : A Critique of the Chicago School Case Against Intervention », Adelaide Law Review, Research Paper N° 2, Adelaide 1982.

[7]

Pour le modèle favorisé par l’auteur de cette analyse, v. J. DREXL, « Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers », Tübingen 1998.

[8]

Cependant, c’est une idée problématique puisque c’est l’administration militaire des États-Unis qui, à l’époque de la guerre froide, a pris les premiers pas technologiques pour établir un réseau informatique protégé ; v. p. ex. BOMSE, supra n°3, pp. 1721 et s.

[9]

Directive 97/7/EC du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n°L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

[10]

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services électroniques, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE n°L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. V. H.-W. ARNDT & M. KÖHLER, « Elektronischer Handel nach der E-Commerce-Richtlinie », Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2000, p. 102 ; L.GRYNBAUM, « La directive sur le commerce électronique ou l’inquiétant retour de l’individualisme juridique », JCP Ed. Gén. 2001, p.594 (I 307) = Communication Commerce électronique, juillet-août, chr. 18 ; P. LEOCANI, « La direttiva UE sul commercio elettronico : cenni introduttivi », Europa e Diritto Privato 2000, p. 617 ; P. LINDHOLM & F.A. MAENNEL, « Directive on Electronic Commerce (2000/31/EC) », Computer und Recht International (CRi) 2000, p. 65 ; G. PEARCE & N. PLATTEN, « Promoting the Information Society : The EU Directive on Electronic Commerce », European Law Journal 6 (2000), p. 363.

[11]

www. ecommerce. gov/ framework. htm

[12]

Quant au développement de cette politique et aux raisons avancées pour l’autorégulation, cf. BOMSE, supra n°3, pp. 1724 et s. et 1726 et s.

[13]

Au niveau national, la « National Conference of Commissioners of Uniform State Law » a adopté le « Uniform Electronic Transactions Act (UETA) » et le « Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) » en 1999 ; infra n°37.

[14]

Infra 3.2.1.1.

[15]

Infra 3.2.1.2. V. aussi la réaction de la Federal Trade Commission aux lignes directrices : Déclaration de presse du 9 décembre 1999 ((www. ftc.gov/opa/1999/9912/oecd2.htm).

[16]

C’est le cas par exemple en ce qui concerne la protection contre l’établissement de profils individuels des consommateurs sur Internet ; v. la déclaration de presse du Ministère du commerce américain : « U.S. Secretary of Commerce William M. Daley Calls for Consumer Privacy Protection in Online Profiling » ((http:// 204. 193. 246. 62/ public. nsf/ docs/ 220532F9D76FD73385256823006D1FA6). Pour une vue critique de la politique américaine : V. BOEHME-NESSLER, supra n°2, p. 153.

[17]

À ce sujet, v. en particulier W. KLEINWÄCHTER, « Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe) empfiehlt Regierungen Richtlinien zur Regulierung ihres Internets », Multi-Media-Recht (MMR) 1999, n°11, p. IX.

[18]

Paris Recommendations on Consumer Confidence, du 13 septembre 1999 (http:// consumerconfidence. gbde. org/ paris. html).

[19]

Personal Data Protection Guidelines, du 25 septembre 2000 (http:// consumerconfidence. gbde. org/ privacy. html).

[20]

Recommendations to ADR Service Providers, du 25 septembre 2000 (http:// consumerconfidence. gbde. org/ adr\_rec. html).

[21]

Trustmark Guidelines and Recommendations, du 25 septembre 2000 (http:// consumercondifence. gbde. org/ trust\_rec. htm).

[22]

Infra 5.3 et 5.4.

[23]

V. sur ce principe général : H.-W. MICKLITZ, « Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Verbrauchervertriebsrecht oder für eine Regelung der Vertragsschlussmodalitäten ? », dans : R. SCHULZE & H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), « Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts », Tübingen 2001, p. 189 (194 et s.). L’auteur se réfère surtout à la directive sur le commerce électronique pour justifier ce principe.

[24]

V. R. SORIEUL, « Aperçu de quelques initiatives internationales pour un droit uniforme du commerce électronique », Rev. dr. unif. 1994, p. 908.

[25]

Convention 108 pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ; entrée en vigueur le 1er octobre 1985. Le texte de la Convention se trouve sur le site du Conseil de l’Europe : http:// conventions. coe. int/ Treaty/ FR/ Treaties/ Html/ 108. htm.

[26]

V. Conférence ministérielle de Genève, Déclaration sur le commerce électronique mondial, adoptée le 20 mai 1998, Document WT/MIN(98)/DEC/2 ; wwww. wto. org/ french/ tratop\_f/ ecom\_f/ mindec1\_f.htm.

[27]

General Agreement on Tariffs and Trade.

[28]

General Agreement on Trade in Services.

[29]

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

[30]

Un « avant-projet préliminaire » a déjà été élaboré en juin et octobre 1999 ; v. avant-projet du 18 juin 1999, version modifiée adoptée par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 ; wwww. hcch. net/ f/ conventions/draft36f.html. Lors de la session en juin 2001, les négociations ont été reportées à la fin de l’année 2002, vu le manque de consensus des parties négociatrices, en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle.

[31]

V. R. SORIEUL, J.R. CLIFT & J.A. ESTRELLA-FARIA, « Establishing a Legal Framework for Electronic Commerce : The Work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) », International Lawyer 35 (2001), p. 107.

[32]

Le texte est accessible sur le site de la CNUDCI : http:// www. uncitral. org/ french/ texts/ sales/ CISGf. htm.

[33]

Adoptée le 16 décembre 1996 (www. uncitral. org/ french/ texts/ electcom/ ml-ecomm-f. htm).

[34]

Adoptée le 5 juillet 2001 (www. uncitral. org/ french/ texts/ electcom/ ml-elecsign. pdf).

[35]

V. SORIEUL, CLIFT & ESTRELLA-FARIA, supra n°31, pp. 114 et s.

[36]

Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et relative à la signature électronique.

[37]

Adopté par le « National Conference of Commissioners of Uniform State Law (NCCUSL) » ; le texte de l’UETA se trouve sur le site : hhttp:// www. law. upenn. edu/ bll/ ulc/ fnat99/ 1990s/ ueta99. htm. Pour des informations supplémentaires, v. le site : hhttp:// www. uetaonline. com ;v. H.D. Gabriel, « The New United States Uniform Electronic Transactions Act : Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce », Rev. dr. unif. 2000, p. 651. De même, en 1999, le NCCUSL a adopté le « Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) » qui s’applique uniquement aux transactions sur la prestation de données électroniques (« Computer Informations ») ; v. R.T. NIMMER, « UCITA : A Commercial Contract Code », The Computer Lawyer, vol. 17, n°5, 2000, p. 3. Le texte se trouve sur le site : hhttp:/ // www. law. upenn. edu/ bll/ ulc/ ucita/ ucita01. htm. Jusqu’au 8 octobre 2001, 7 États fédérés et le District de Columbia avaient adopté l’UCITA dans leur législation.

[38]

Jusqu’au 6 avril 2001, 21 États fédérés des États-Unis avaient incorporé l’UETA à leur législation. Les lois de ces États se trouvent aussi sur le site http:// www. uetaonline. com.

[39]

Supra n°10.

[40]

Cf. SORIEUL, CLIFT & ESTRELLA-FARIA, supra n°31, p. 110.

[41]

V. le « comment n°1 » sur Art. 3 de l’UETA, expliquant que l’« Act » règle seulement les transactions avec une relation commerciale, ce qui couvre aussi les contrats avec un consommateur.

[42]

Pour une impression des activités de l’OCDE, malgré tout peu récente, v. J. DRYDEN, « The Work of the OECD on Electronic Commerce », présentation tenue à Séville, les 14-15 juin 1999 (www. oecd. org/ subject/ e\_commerce/ ottawa\_speech. pdf).

[43]

Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, adoptée le 9 décembre 1999 ((www. oecd. org/ dsti/ sti/it/consumer/prod/ Guidelines\_final\_fr.pdf).

[44]

Premier rapport du 5 mars 2001 sur les initiatives des pouvoirs publics et du secteur privé pour promouvoir et mettre en œuvre les lignes directrices de l’OCDE régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, Document DSTI/CP(2000)7/FINAL (www. oecd. org/ dis/ 2000doc. usf/ linkTo/ DSTI-CP(2000)7-FINAL).

[45]

Supra 3.2.1.1.

[46]

Pour une comparaison des règles européennes et américaines, cf. C. HULTMARK RAMBERG, « The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective », European Law Review 26 (2001), p.429 (445 et suiv.), critiquant l’approche européenne surtout pour ne pas clarifier les conséquences juridiques de l’infraction de l’obligation par le prestataire de services (p. 448).

[47]

Sec. 10 (2) UETA. Supra n°37.

[48]

Cf. Sec. 10 (4) UETA excluant tout règlement contractuel divergent. Par conséquent, selon le droit américain, il n’est pas nécessaire de mentionner le consommateur.

[49]

Nombre d’adoptions jusqu’au 6 avril 2001 ; pour des informations actuelles, v. le site : http:// www. uetaonline. com.

[50]

Nombre d’adoptions jusqu’au 8 octobre 2001 ; pour des informations actuelles, v. le site : http:// www. ucitaonline. com.

[51]

Cf. seulement CJCE, avis du 5 février 1963, n°26/62, van Gend & Loos, Rec. 1963, p. 1.

[52]

Cf. CJCE, avis du 2 février 1989, n°186/87, Cowan, Rec. 1989, p.195, relatif à la protection d’un touriste britannique par le droit français sur le dédommagement des victimes d’un crime.

[53]

Cf. CJCE, avis du 31 janvier 1984, n°286/82 et 26/83, Luisi et Carbone, Rec. 1983, p. 377.

[54]

CJCE, avis du 24 novembre 1993, n°267 et 268/91, Keck et Mithouard, Rec. 1993, p.I-6097.

[55]

CJCE, avis du 7 mars 1990, n°382/88, GB-Inno-BM contre Confédération du commerce luxembourgeois, Rec. 1990, p. I-667, 686 (n°8). Cf. aussi CJCE, avis du 18 mai 1993, n°12/91, Yves Rocher, Rec. 1993, p. I-2384.

[56]

Jusqu’à l’heure actuelle, la Cour de justice n’a pas appliqué la règle de Keck pour les cas de la libre circulation des services.

[57]

En fait, le problème de la réglementation des horaires d’ouverture au Royaume-Uni a donné lieu à l’avis dans l’affaire Keck. Cf. avant Keck: CJCE, avis du 23 novembre 1989, C-145/88, Torfaen Borough Council contre B&Q, Rec. 1989, p.3851 ; et après Keck, CJCE, avis du 2 juin 1994, C-69/ 93 et C-258/93, Punto Casa SpA contre Sindaco del Comune di Capena, Rec. 1994, p.I-2355.

[58]

Le problème du respect de plusieurs ordres juridiques a été identifié par des commentaires comme l’idée centrale pour la protection par l’art. 28 contre toute limitation nationale de la libre circulation des marchandises. Cf. en particulier E.L.WHITE, « In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty », C.M.L. Rev. 26 (1989), p. 235 (238 et s.).

[59]

CJCE, avis du 20 février 1979, n°120/78, Rewe-Zentra AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec. 1979, p. 649.

[60]

Livre vert du 8 mai 1996, COM(96) 192 fin.

[61]

Supra n°10.

[62]

Un des problèmes qui se posent est celui du contrôle de l’accès aux plates-formes d’achat sur Internet ; cf. U. GASSNER, « Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts », Multi-Media-Recht (MMR) 2000, p. 140 ; H. KÖHLER, « Gründung und Nutzung von Internet Marketplaces – die Rahmenbedingungen des europäischen und deutschen Kartellrechts », Kommunikation und Recht (K&R) 2000, p. 569 ; F.A. IMMENGA & K.W. LANGE, « Elektronische Marktplätze : Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet ? », Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2000, p. 733. V. aussi S. PAUTKE & J.-M. SCHULTZE, « Internet und Vertriebskartellrecht – Hausaufgaben für die Europäische Kommission », Betriebsberater (BB) 2001, p.317.

[63]

Pour une introduction, v. M. CATINAT, « La politique européenne de promotion d’Internet et quelques considérations pour la France », Rev. du Marché commun & de l’Union eur. 2000 (n°435), p. 81 ; J.M. SÁNCHEZ FELIPE, « La réglementation du commerce électronique dans l’Union européenne », Rev. dr. unif. 2000, p. 665 ; P. THIEFFRY, « L’émergence d’un droit européen du commerce électronique », Rev. trim. dr. eur. 2000, p. 649.

[64]

Directive 1999/93 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n°du 19 janvier 2000, p. 12. Sur la transformation de la directive dans les États membres : H. BITAN, « Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique », Communication Commerce électronique, juillet-août 2001, chr. 19 ; J. DUMORTIER & R. RINDERLE, « Umsetzung der Signaturrichtlinie in den europäischen Mitgliedstaaten », Computer und Recht International (CRi) 2001, p. 5.

[65]

Supra n°10.

[66]

Directive n°2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information, JOCE n°167 du 22 juin 2001, p.10. V. C. CARON, « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information ou les ambitions limitées du législateur européen », Communication Commerce électronique, mai 2001, chr. N° 13. V. aussi Y. GAUBIAC, « Les exceptions au droit d’auteur : un nouvel avenir », Communication Commerce électronique, juin 2001, chr. N° 15.

[67]

V. L.GRYNBAUM, supra n°10, pp. 598 et s.

[68]

V. L.GRYNBAUM, supra n°10, pp. 597 et s.

[69]

Sur la relation entre la directive sur le commerce électronique et le droit de consommation européen, v. V. ZENO-ZENCOVICH, « La tutela de consumitore nel commercio elettronico », Dir. Inf. 2000, p. 447.

[70]

Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JOCE n° L 42 du 12 février 1987, p.48 ; modifiée en dernier lieu par la directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil, JOCE n°L 84 du 26 mars 1997, p. 22. Pour un commentaire détaillé sur la directive, v. U. BRÜHANN, dans : E. GRABITZ & M. HILF, « Das Recht der Europäischen Union », 3e volume, n°A30, Munich 1999.

[71]

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n°L 95 du 21 avril 1993, p.29.

[72]

Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse et comparative, JOCE n°L 250 du 19 septembre 1984, p. 17 ; modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, JOCE n°L 202 du 23 décembre 1997, p.60.

[73]

Par exemple : Directive 92/28/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la publicité relative aux médicaments, JOCE n°L 113 du 30 avril 1992, p. 13.

[74]

Informations- und Kommunikations-Dienste-Gesetz (IuKDG) du 22 juillet 1997, J.O. (BGBl.) partie I, p.1870 ; v. S. ENGEL-FLECHSIG, F.A. MAENNEL & A. TETTENBORN, « Das neue Informationsund Kommunikations-Dienste-Gesetz », Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, p.2981. V. également A. TETTENBORN, « Die Evaluierung des IuKDG », Multi-Media-Recht (MMR) 1999, p. 516.

[75]

Directive 97/7/EC du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n°L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

[76]

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et aux garanties des biens de consommation, JOCE n°L 171 du 7 juillet 1999, p. 12. V. CHR. TWIGG-FLESNER, « The E.C. Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees », Consumer L.J. 1999, p. 177.

[77]

V. considérant n°4 de la directive.

[78]

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n°L 281 du 23 novembre 1995, p. 31. Pour une présentation du point de vue américain, cf. J.M. FROMHOLZ, « The European Union Data Privacy Directive », 15 Berkeley Technology L.J. 461 (2000).

[79]

La directive fait uniquement exception pour des activités exclusivement personnelles ou domestiques ; art. 3 al. 2 de la directive.

[80]

Sur la portée de la directive pour le commerce électronique, P. BLUME, « Data Protection Issues with Respect to e-Commerce », Computer und Recht Int. (CRi) 2001, p.11.

[81]

Directive 97/66 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la vie privée dans le secteur des télécommunications, JOCE n°L 24 du 30 janvier 1998, p. 1. V. pour la portée de la directive sur Internet CHR. KOENIG & E. RÖDER, « Die EG-Datenschutzrichtlinie für Telekommunikation – Verpflichtung auch für Internetdienstleister », Computer und Recht (CR) 2000, p.668.

[82]

V. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, proposition de la Commission du 12 juillet 2000, COM(2000) 385 fin. V. G. KRADER, « Neuer europäischer Datenschutz im Internet ? », Recht der Datenverarbeitung (RDV) 2000, 251.

[83]

Supra n°64. V. I. GEIS, « Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur », Recht der Datenverarbeitung (RDV) 2000, p.208.

[84]

Infra 4.

[85]

Cf. CJCE, avis du 24 janvier 1991, C-339/89, Alsthom Atlantique SA v. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA, Rec. 19991, p. I-107 (124, n°15). Dans cette décision, la Cour a jugé que la règle d’une responsabilité sans faute du vendeur pour les produits défectueux ne constitue pas une mesure équivalente selon l’art. 30 Traité CE (nouveau art. 28 CE), puisque la responsabilité peut être exclue par contrat.

[86]

Ce principe a été clairement établi dans l’opinion de la Cour sur la compétence communautaire pour la conclusion des accords OMC : CJCE, 15 novembre 1994, n°1/94, Rec. 1994, p.I-5267. La compétence pour le commerce extérieur selon l’art. 133 CE ne supporterait pas une harmonisation du droit contractuel comme les règles harmonisées s’appliqueraient aussi aux situations purement internes.

[87]

V. l’initiative du commissaire BANGEMANN pour lancer le GBDe, supra 3.1.2.2.

[88]

En ce qui concerne le droit de la consommation, le législateur a fait une exception importante dans le sens d’une harmonisation complète, notamment pour la publicité comparative, rendue nécessaire par le droit de quelques États membres qui, dans la perspective du modèle d’information du droit de la consommation européen, étaient trop stricts ; cf. la directive sur la publicité trompeuse et comparative (supra n°72).

[89]

Ce principe a été énoncé clairement par la Cour de justice dans l’affaire de la directive sur la publicité relative aux produits dérivés du tabac ; CJCE, avis du 5 octobre 2000, C-376/98, République Fédérale d’Allemagne contre le Parlement européen et le Conseil, Rec. 2000, p. I-8599 (surtout n°84).

[90]

Supra n°9.

[91]

Infra 4.3.

[92]

V. surtout la critique exprimé par HULTMARK RAMBERG, supra note 46, p.448.

[93]

§ 312e al. 3 Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), dans la version adoptée le 9 novembre 2001.

[94]

V. les principes énoncés par la Cour de justice dans l’affaire de la directive sur la publicité relative aux produits dérivés du tabac ; supra note 89.

[95]

V. H.-J. AHRENS, « Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie », Computer und Recht (CR) 2000, p.835 (837 et suiv.) ; THIEFFRY, supra n°63, pp.659 et s.

[96]

Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l’exercice d’activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE n°L 298 du 27 octobre 1989, p. 23 ; modifiée par la directive 97/ 36/CE du 30 juin 1997, JOCE n°L 202 du 30 juillet 1997, p.60.

[97]

V. U. HEIL & R. DÜBBERS, « Abschaffung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung », Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2001, 207 ; H. KÖHLER, « Rabattgesetz und Zugabeverordnung : Ersatzlose Streichung oder Gewährleistung eines Mindestschutzes für Verbraucher und Wettbewerber ? », Betriebsberater (BB) 2001, p. 265 ; J. MEYER, « Rabatt- und Zugabe-Regulierung auf dem Prüfstand », Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2001, 98 ; J.B. NORDEMANN, « Wegfall von Zugabeverordnung und Rabattgesetz », Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, p.2505.

[98]

Supra n°10.

[99]

V. par exemple V. BOEHME-NESSLER, supra n°2, p.156 ; M. LEHMANN, « Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission », Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 1999, p. 180 (181 et s.).

[100]

À première vue, on pourrait comprendre le principe du pays d’origine comme une règle de conflit. Pourtant, la directive sur le commerce électronique, dans l’art. 1 al. 4, précise qu’elle n’établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions. Néanmoins, pour l’interprétation d’une règle de conflit : P. MANKOWSKI, « Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie », Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 100 (2001), p. 137 ; contre une règle de conflit : AHRENS, supra note 95, pp.837 et s.

[101]

Le législateur a déjà pris cette voie pour incorporer la Convention de Bruxelles de 1967 sur la compétence judiciaire par le Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE du 16 janvier 2001, p.1. Le règlement entrera en vigueur le 1er mars 2002. V. H.-W. MICKLITZ & P. ROTT, « Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/ 2001 », Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2000, p. 325.

[102]

L’Allemagne, en transposant la directive et des dispositions similaires d’autres directives communautaires, a créé une nouvelle règle de conflit dans l’art. 29a de la loi introductrice au code civil (Einführungsgesetz zum BGB, EGBGB) selon laquelle il faut appliquer le droit de l’État membre concerné au lieu du droit d’un pays tiers pourvu qu’il y ait un lien étroit avec l’État membre. La problématique de cette formule consiste dans le fait qu’elle ne peut pas garantir la transposition de la directive dans l’autre État membre. Pour le droit allemand, v. R. FREITAG & S. LEIBLE, « Ergänzung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes durch Art. 29a EGBGB », Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2000, p. 117 ; H. WEGNER, « Internationaler Verbraucherschutz für Time-Sharing-Erwerber nach dem neuen Art. 29a EGBGB », Verbraucher und Recht (VuR) 2000, p.227.

[103]

Supra 4.1.

[104]

Dans la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 sur le droit d’obligation européen – COM (2001) 398 fin. – est soulignée l’éventualité de la nécessité d’une approche plus large pour l’harmonisation du droit contractuel.

[105]

Supra 3.2.1.1.

[106]

V. J. ROTHCHILD, « Making the Market Work : Enhancing Consumer Sovereignty Through the Telemarketing Sales Rule and the Distance Selling Directive », J. Consumer Policy 21 (1998), p. 279 (293), dans le cadre d’une comparaison du droit communautaire et du droit américain sur les contrats à distance.

[107]

Le consommateur achète un produit bien qu’il ne soit pas capable de contrôler la qualité de celui.

[108]

Cf. J. DREXL, « Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa », in : M. LEHMANN (ed.), « Electronic Business in Europa », Munich 2002, chapitre P, n°28-38.

[109]

L’Autriche a introduit une interdiction explicite dans sa loi sur la télécommunication (§ 101 Telekommunikations-Gesetz) ; v. G. SCHÖNHERR, « Wettbewerbliche Aspekte des Internet », Österreichische Blätter (ÖBl.) 1999, p.267 (269 et s.).

[110]

§ 1 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

[111]

La Cour de grande instance (Landgericht) de Berlin a exprimé des doutes sur l’applicabilité de la clause minimale aux communications non sollicitées sur Internet : LG Berlin, décision du 13 octobre 1999, Multi-Media-Recht (MMR) 1999, p. 43, (44) ; avec le même résultat : Cour de grande instance (Landgericht) Braunschweig, décision du 11 août 1999, Multi-Media-Recht (MMR) 2000, p. 51 (52). La Cour de justice fédérale (BGH) a maintenu le caractère minimal de l’art. 10 pour le cas des appels téléphoniques dans une décision plus récente du 28 janvier 2000, Betriebsberater (BB) 2000, p. 1540 (1541). Avec la même interprétation : A. GÜNTHER, « Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung ? », Computer und Recht (CR) 1999, p. 172 (174).

[112]

Art. 3 al. 3 de la directive sur le commerce électronique en conjonction avec son annexe.

[113]

Cf. déjà l’analyse supra 3.1.1.

[114]

Supra n°78.

[115]

V. http:// www. europa. eu. int/ comm/ internal\_market/ fr/ dataprot/ studies/ spam. htm

[116]

V. http:// wwwdb. europarl. eu. int/ oeil/ oeil\_viewDNL. ProcedureView? lang= 1&procid= 4483

[117]

Quant au droit des États-Unis, v. M.A. FISHER, « The Right to Spam ? Regulating Electronic Junk Mail », Columbia-VLA J. of L.& the Arts 23 (2000), p. 357.

[118]

Au sujet de différentes situations problématiques sur Internet : P. BLUME, « Data Protection Issues with Respect to e-Commerce », Computer und Recht International (CRi) 2001, p. 11 ; L. GUNDERMANN, « E-Commerce trotz oder durch Datenschutz ? », Kommunikation und Recht (K&R) 2000, p.225 ; C. KUNER, « Beyond Safe Harbor : European Data Protection Law and Electronic Commerce », International Lawyer 35 (2001), p. 79 ; LITAN, supra n°2, p.105 et s. ; A.D. MIYAZAKI & A. FERNANDEZ, « Consumer Perceptions of Privacy and Security Risks for Online Shopping », J. Consumer Affairs 35 (2000), p. 27.

[119]

Le « Children Online Privacy Protection Act » (COPPA) de 1998 fait de la collecte des données à caractère personnel de mineurs jusqu’à 13 ans sans le consentement des parents un délit de droit pénal ; cf. T. WEICHERT, « Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung », Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, p. 1463 (1465). Pour des initiatives récentes dans le domaine, v. le site de la Federal Trade Commission (FTA) : www. ftc. gov/ privacy/ intex. html.

[120]

Supra n°11. Déjà en 1995, un groupe d’experts américains (Information Infrastructure Task Force) avait développé des principes de protection sur Internet, surtout le principe d’informer le consommateur sur le traitement des données et sur les fins de leur usage et, en plus, le principe de fournir au consommateur des moyens de limiter l’usage des données.

[121]

Contre le pouvoir dont dispose l’individu de vendre les données ayant pour conséquence la perte de toute protection, s’appuyant sur une conception d’un droit fondamental : T. WEICHERT, supra n°119, p. 1466.

[122]

Ce qui est aussi l’approche que préfère le GBDe ; supra 3.1.2.2.

[123]

Supra n°78.

[124]

Au sujet des critères du niveau de protection adéquat, v. S. SIMITIS, « Der Transfer von Daten in Drittländer – ein Streit ohne Ende ? », Computer und Recht (CR) 2000, p. 472 (476 et s.).

[125]

Décision n°200/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le Ministère du commerce des États-Unis d’Amérique, JOCE n°L 215 du 25 août 2000, p. 7.

[126]

Dans ce sens : V. BOEHME-NESSLER, supra n°2, S. 153.

[127]

Cf. LITAN, supra n°2, p. 1063 et s., concluant que les principes de la sphère de sécurité adoptent une approche combinée avec des éléments d’autorégulation et d’une régulation traditionnelle.

[128]

Supra 3.1.2.2.

[129]

Supra n°101.

[130]

En particulier la critique de G. SPINDLER, « Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet », Multi-Media-Recht (MMR) 2000, 18. V. aussi l’analyse approfondie de B. BUCHNER, « E-Commerce und effektiver Rechtsschutz – oder : Wer folgt wem wohin ? », Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2000, p. 147, qui se prononce pour un système de règlement extrajudiciaire sur Internet ainsi que pour la liberté et l’application du principe de l’autonomie des parties – aussi du consommateur – jusqu’à la création d’un système extrajudiciaire.

[131]

V. Résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à un réseau au niveau communautaire d’organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE n°C 155 du 6 juin 2000, p.1.

Résumé

English

Summary To the extent that the creation and exploitation of information technology, in particular of the Internet, represents not only a cause and a hallmark of economic globalisation, but also is dependent upon globalized ways and rules of trade, it is particularly revealing to study the impact of electronic commerce on the globalization of economic law. Focussing the examination more specifically on problems of consumer protection will also bring into consideration national public policy thus raising additional issues of policy conflicts, even though, in the context of the Internet, the concept of consumer may not be limited to the ultimate consumer. Assuming that the establishment of specific rules of consumer law is legitimate in itself, the paper seeks to identify the problems which consumer protection raises for globalized electronic commerce by comparing the approaches which the major players in the field, i.e. the USA and the EU, prefer. Therefore, the policy of the EU of relying on the traditional legal instruments of market regulation is contrasted with self-regulation of e-commerce by industry, which is the approach the US favor with respect to both the domestic market and international trade (see the Global Business Dialogue). These preferences are then explained by reference to the prevailing political and economic thought, and they are put in the perspective of the institutional framework existing on both the international level (UNCITRAL) and the national and regional levels respectively. In particular, it is demonstrated that the distribution of federal powers in the USA and the rules on the establishment of an Internal Market by free trade and harmonization of laws in the EU do have a deep impact on the approaches chosen and the results reached. A major conclusion is that none of the systems fully corresponds to the needs of both e-commerce and consumer protection on the Internet. This is so because, first, considerable diversity of rules continues to exist on domestic markets, and, second and more important, because the systems, in particular the system of the EU, are inward~oriented. The EU favors the establishment of the Internal Market, and thus neglects or even discriminates against e-commerce with third countries, an attitude which is patently at odds with the requirements of global e-commerce. This divide is further explained by a closer examination of the specific rules governing transnational e-commerce transac~tions, and of a number of specific problems of e-commerce such as consumer contract law, protection of personal data, treatment of unsolicited information, and conflicts of jurisdiction. The main conclusion is that States may considerably impair global e~commerce simply by failing to establish consistent and uniform systems of e-commerce regulation and consumer protection on the domestic level. Another, no less pessimistic conclusion is that the very reasons that impede satisfactory domestic laws in this field will also block the establishment of a satisfactory international regime of e-commerce and consumer protection. The only hope is that compatible legal standards will gradually develop in the course of globalisation. H.U.

Plan de l'article

1 Introduction

2 La notion de « consommateur » sur internet

3 Approche d'autorégulation ou de régulation traditionnelle ?

3.1 Préférences en Europe et aux États-Unis

3.2 Cadre constitutionnel de la régulation

3.3 Conclusions préliminaires

4 Régulation des situations transnationales

4.1 Harmonisation minimale en Europe

4.2 Principe du pays d’origine en Europe

4.3 Règles communautaires du droit international privé

4.4 Comparaison avec la situation aux États-Unis

5 Problèmes spécifiques de l'application transnationale du droit de la consommation

5.1 Protection contractuelle du consommateur

5.2 Communications commerciales non sollicitées sur Internet

5.3 Protection des données à caractère personnel

5.4 Compétence juridictionnelle

6 Conclusions