

**LES ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES, INTERNET ET LE
COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

*Document établi par Catherine Kessedjian
Secrétaire général adjoint*

* * *

**ELECTRONIC DATA INTERCHANGE, INTERNET AND
ELECTRONIC COMMERCE**

*Document drawn up by Catherine Kessedjian
Deputy Secretary General*

*Document préliminaire No 7 d'avril 2000
à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000
sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

*Preliminary Document No 7 of April 2000
for the attention of the Special Commission of May 2000
on general affairs and policy of the Conference*

INTRODUCTION

Suivant en cela les recommandations qui lui avaient été faites par la *Commission spéciale de juin 1995 sur les Affaires générales et la politique de la Conférence*¹, la Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé a décidé de maintenir à l'ordre du jour de la Conférence, mais sans priorité, les problèmes de droit international privé soulevés par les échanges de données informatisées². Cette question avait été inscrite pour la première fois à l'alinéa 4, e, de la partie B de l'Acte final de la Dix-septième session³.

Par ailleurs, la Dix-huitième session a également décidé de maintenir à l'ordre du jour les questions de droit international privé soulevées par la protection de la vie privée en matière de flux transfrontières de données⁴, préalablement inscrit également à l'Acte final de la Dix-septième session⁵.

Tant pour les questions relevant des échanges de données informatisées que de la protection de la vie privée en matière de flux transfrontières de données, les débats ont montré que les délégués, à l'époque, ont été guidés essentiellement par les travaux effectués au sein d'autres organisations internationales. Pour les échanges de données informatisées, ce sont essentiellement les travaux de la CNUDCI qui étaient pertinents. Depuis, l'Union européenne a accompli un travail très important dont il sera brièvement fait état également. Pour la protection de la vie privée, sont particulièrement pertinents les travaux considérables du Conseil de l'Europe⁶, de l'OCDE et de l'Union européenne.

Après avoir donné un bref aperçu de l'état des travaux des diverses organisations concernées⁷, nous exposerons les résultats des efforts entrepris par le Bureau Permanent pour acquérir une meilleure compréhension des besoins créés par le développement d'Internet et du commerce électronique.

¹ Cf. *Conclusions de la Commission spéciale de juin 1995 sur les Affaires générales et la politique de la Conférence*, établies par le Bureau Permanent, Doc.prél. No 9 de décembre 1995, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, tome I, *Matières diverses*, p. 106 et plus particulièrement à la page 110, No 8.

² *Acte final de la Dix-huitième session*, partie B, point 4, b, premier alinéa.

³ *Actes et documents de la Dix-septième session*, tome 1, *Matières diverses*, p. 42.

⁴ *Acte final*, partie B, point 4, b, deuxième alinéa.

⁵ *Acte final de la Dix-septième session*, partie B, point 4 b, *Actes et documents*, tome 1, p. 42.

⁶ Voir Procès-verbal No 2 de la Commission I, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, tome I, *Matières diverses*, p. 245 et s.

⁷ Nous nous limiterons aux travaux des organisations d'unification de droit privé *stricto sensu*. Toutefois, on doit noter que des travaux pertinents pour le commerce électronique sont également en cours au sein de l'OMC, de l'IUT, de l'ICANN et de l'UNESCO, notamment. De plus, de très nombreuses associations ou organisations non gouvernementales (CCI, GBDE, IBA, ABA, notamment) élaborent des études et participent aux discussions dans les enceintes internationales pertinentes. Il n'est pas possible de donner une image exacte de ce foisonnement. Enfin, l'activité des Etats membres de la Conférence est également très importante dans ce domaine. Nous ne pouvons faire état de ces travaux que de manière marginale.

CHAPITRE I ? ETAT DES TRAVAUX EN MATIÈRE D'ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES ET DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A TRAVAUX DE LA CNUDCI

§ 1 Loi modèle sur le commerce électronique de 1996

L'Assemblée générale des Nations Unies, réunie lors de sa 85ème séance plénière, a adopté une Résolution le 16 décembre 1996 en annexe de laquelle figure la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le Guide pour l'incorporation de la loi-type dans le droit interne des Etats⁸, auxquels il a été recommandé de prendre dûment en considération ces textes lorsqu'ils promulgueront des lois ou réviseront leur législation pour ce qui a trait aux échanges de données informatisées et au commerce électronique en général.

La loi-type s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales, cette dernière expression devant être interprétée au sens large comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle⁹.

Le principe qui constitue le fondement de toute la loi-type est celui dit de «l'équivalence fonctionnelle». Par cette méthode, la CNUDCI propose d'analyser les buts, objectifs et fonctions des différentes exigences prévues en droit, notamment l'exigence de l'écrit, la signature, l'original, ainsi que la force probante de ces exigences. Pour chacune d'entre elles, la loi-type propose d'admettre l'équivalent fonctionnel sous forme électronique. C'est ainsi que l'article 6 consacré à l'écrit prévoit : «lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement»¹⁰.

Il n'est pas le lieu ici de reprendre chacun des éléments de la loi-type bien connue des participants à la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé, mais d'indiquer que cette loi offre les techniques juridiques nécessaires à l'adaptation des législations des Etats et à l'interprétation des différentes Conventions existantes ainsi que nous le verrons plus en détail ci-dessous lorsqu'il sera fait état des recommandations de la Table ronde de Genève¹¹.

Signalons simplement qu'en 1998 un article 5 *bis* a été ajouté à la loi-type pour permettre l'incorporation par référence d'une information qui conserve alors ses effets juridiques bien qu'elle ne soit pas incorporée dans le message de données lui-même mais uniquement par référence.

Depuis l'adoption de la loi-type, notons que trois Etats ont adopté des législations calquées sur ce texte : la Colombie, la Corée et Singapour. Aux Etats-Unis, l'Illinois a

⁸ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et guide pour son incorporation, 1996, Nations Unies, New York, 1997.

⁹ Voir article premier – champ d'application.

¹⁰ On notera, à cet égard, que l'article 4, 2. d) de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale s'inspire de ce texte. Cf. texte de l'avant-projet sur le site Internet de la Conférence de La Haye www.hcch.net, sous «travaux en cours».

¹¹ Voir ci-dessous chapitre III, B.

également adopté une telle législation¹². Toutefois, bien d'autres Etats se sont inspirés plus ou moins largement de la loi-type soit dans les législations d'ores et déjà adoptées soit dans des projets en cours d'élaboration. On peut citer à cet égard l'Australie, le Canada, Hong Kong, l'Inde, les Philippines, la Slovénie, Mexico et la Thaïlande¹³. Enfin, la *United States National Conference of Commissioners on Uniform State Law* s'est également inspirée de la loi-type pour le *Uniform Electronic Transactions Act*¹⁴.

§ 2 Travaux en matière de signature électronique

Cinq réunions ont d'ores et déjà eu lieu pour préparer des Règles uniformes sur les signatures électroniques. Les règles uniformes ont pour objectif de faciliter le développement de l'utilisation des signatures électroniques dans les transactions commerciales internationales. Elles visent à fournir un ensemble de normes sur lesquelles se fonder pour reconnaître les effets juridiques des signatures numériques et autres signatures électroniques. Elles visent essentiellement les aspects de droit privé des transactions commerciales, sans traiter des aspects relatifs à l'ordre public, au droit administratif, au droit de la consommation ou au droit pénal qui est laissé aux législations nationales.

Elles doivent prendre place dans des transactions commerciales formées dans un environnement «ouvert», c'est-à-dire un environnement dans lequel les parties à la transaction communiquent par des moyens électroniques sans convention préalable. Mais elles permettent aussi de créer des règles par défaut dans un environnement «fermé», c'est-à-dire des règles qui pourront s'appliquer en cas de silence de la convention des parties.

Les règles sont basées, par ailleurs, sur le principe de la neutralité technique. Certes, un grand nombre de systèmes de signatures électroniques prennent appui sur la technique dite de la «clé publique», c'est-à-dire un système opérant par un jeu de relations entre trois parties : le détenteur de la clé, l'autorité de certification et le tiers se fiant à la clé. Toutefois, ce modèle n'est pas le seul existant et l'on peut concevoir que certains systèmes admettent que deux fonctions puissent être assurées par la même personne.

Par ailleurs, les règles sont également fondées sur le principe de l'équivalent fonctionnel de manière à permettre tous les effets juridiques d'une signature manuscrite que la loi applicable en fasse une condition impérative de la validité du document ou non.

Les travaux de la CNUDCI à cet égard prennent une importance pratique très importante, notamment dans le cadre de l'adaptation des Conventions de La Haye dont il sera fait état ci-dessous¹⁵. En effet, dans le cadre des *Conventions de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers*, du *15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* et du *18 mars 1970 sur*

¹² Ces informations sont tirées d'un document préparé par la CNUDCI et mis à jour au 3 mars 2000, intitulé «Etat des Conventions et lois modèles» que l'on peut trouver sur le site Internet de la CNUDCI.

¹³ Ces informations ont été communiquées par le secrétariat de la CNUDCI lors de la Table ronde de Genève dont il sera fait état ci-dessous.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cf. ci-dessous chapitre III, B, les développements sur les travaux de la Table ronde de Genève.

l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, l'identification de l'expéditeur de l'acte ou, parfois, celle du destinataire sont nécessaires de manière certaine pour permettre le bon fonctionnement de ces Conventions. Leur adaptation aux moyens électroniques de communication présuppose donc l'existence de règles permettant la reconnaissance juridique des signatures électroniques¹⁶.

§ 3 Travaux futurs de la CNUDCI

Sous réserve de ce qui sera décidé par les Etats membres de la CNUDCI, son secrétariat pense que les travaux généraux sur les principes de base à l'appui du commerce électronique sont désormais en voie d'achèvement. Lors de la Session de juin / juillet 2000, une discussion sera ouverte pour savoir quels pourraient être les travaux futurs de la CNUDCI dans ce domaine. Plusieurs options se dessinent d'ores et déjà : a) une grande convention portant sur tous ou certains aspects du commerce électronique sans que, pour l'instant, l'on voie clairement quel pourrait être son champ d'application ; b) un instrument unique destiné à permettre l'interprétation et l'adaptation des conventions internationales existantes — notamment en matière de transport — sans avoir à en amender le texte proprement dit de ces conventions ; c) des travaux plus ciblés, sur le droit matériel du commerce électronique notamment la formation des contrats ou le règlement des différends.

Compte tenu de la nature internationale du commerce électronique, et de son caractère pluridisciplinaire par essence, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que nombre de ces travaux pourraient être entrepris conjointement par plusieurs organisations. Il en va de l'efficacité du travail accompli et d'une meilleure gestion des fonds alloués. De surcroît, s'agissant de travaux qui toucheraient au droit international privé, une collaboration avec la Conférence de La Haye serait souhaitable.

B TRAVAUX DE L'OCDE

Il est impossible de donner ici un compte rendu exhaustif des travaux entrepris par l'OCDE dans le domaine du commerce électronique. Dans cette partie du rapport, nous nous limiterons donc aux seuls aspects de protection des consommateurs, laissant pour le chapitre 2 les travaux traitant de la protection de la vie privée.

Le comité de la politique à l'égard des consommateurs (appartenant à la Direction de la Science, de la technologie et de l'industrie) a préparé une étude intitulée «La protection des consommateurs dans le marché électronique»¹⁷ soumise à la Conférence ministérielle de l'OCDE «Un monde sans frontière : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial» qui s'est tenu à Ottawa (Canada) les 8 et 9 octobre 1998 à laquelle le Bureau Permanent était représenté¹⁸.

Il ressort de ce document que le comité s'est donné pour objectif prioritaire de participer à l'élaboration d'un marché mondial en ligne sûr et prévisible pour les consommateurs. Cette élaboration nécessite une réponse aux questions concernant notamment : l'exactitude de l'information reçue ou trouvée en ligne ; la formation du contrat ; la possibilité d'avoir accès à des mécanismes de réparation et de règlement

¹⁶ Le secrétariat de la CNUDCI espère terminer ces travaux à la fin de l'année 2000 (1ère semaine de la Session de novembre 2000).

¹⁷ DSTI/CP/(98)13/REV2, du 22 septembre 1998.

¹⁸ Aucun membre du secrétariat n'étant disponible à ces dates, le Bureau Permanent était représenté par Mme le Professeur Katharina Boele-Woelki, de l'Université d'Utrecht.

des différends ; le risque de fraude ; la sécurité de l'environnement en ligne ; la protection de la vie privée¹⁹.

Dans cette perspective, le Comité a élaboré des lignes directrices²⁰ dont la mise en œuvre a été recommandée aux pays membres par le Conseil de l'Organisation²¹.

Il ressort de ce texte que les consommateurs doivent jouir d'une protection au moins équivalente lorsqu'ils contractent en ligne que dans les autres formes de commerce (article I). Une grande place est accordée à l'obligation d'information qui pèse sur les entreprises afin que le consommateur contracte en pleine connaissance de cause.

Par ailleurs, et plus proche des préoccupations de la Conférence de La Haye, les lignes directrices consacrent une section au règlement des litiges et recours dont on peut reproduire ici les passages pertinents :

«A DROIT APPLICABLE ET COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Les transactions transfrontières entre entreprises et consommateurs, qu'elles soient menées par voie électronique ou autres, sont soumises au cadre existant en matière de droit applicable et de compétence juridictionnelle.

Le commerce électronique pose des défis au cadre existant. Il conviendrait donc d'examiner si le cadre existant régissant le droit applicable et la compétence juridictionnelle devrait être modifié, ou appliqué différemment, pour assurer une protection efficace et transparente des consommateurs dans le contexte de la poursuite de l'expansion du commerce électronique.

En examinant s'il convient de modifier le cadre existant, les gouvernements devraient s'efforcer de faire en sorte que le cadre soit équitable pour les consommateurs et les entreprises, qu'il facilite le commerce électronique, qu'il conduise à assurer aux consommateurs un niveau de protection au moins équivalent à celui que procurent d'autres formes de commerce, et qu'il donne aux consommateurs un accès effectif à des voies de règlement des litiges et de recours justes et rapides, sans charge ni coût indu».

Enfin, les lignes directrices encouragent la mise en place d'un accès effectif à des voies alternatives de règlement et de recours, sans charge ni coût indu.

C TRAVAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Nous nous bornerons ici à faire référence aux travaux achevés en matière de signature électronique ; aux travaux en cours pour un cadre juridique du commerce électronique et pour des modes alternatifs de règlement de différends, notamment pour les litiges survenant entre professionnels et consommateurs.

¹⁹ Sur ce dernier aspect, voir ci-dessous chapitre II.

²⁰ DSTI/STI/it/CONSUMER/prod/guidelines-final-fr.

²¹ Voir la recommandation sous la même référence que celle mentionnée à la note précédente.

§ 1 Signature électronique

La directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques a été adoptée le 13 décembre 1999²². Les Etats membres de l'Union doivent transposer cette directive dans leur droit national avant le 19 juillet 2001. Comme beaucoup de textes communautaires, la directive fera l'objet d'un examen périodique et pour la première fois deux ans après la date ultime de transposition. Cet examen doit permettre de déterminer, notamment, si l'évolution des techniques, du marché et du contexte juridique rend nécessaire une modification du texte. Bien que des travaux aient été en cours en même temps dans un contexte mondial²³, l'Union a préféré ne pas attendre pour mettre en place son propre système quitte à le modifier en fonction des résultats obtenus dans le cadre mondial.

Du point de vue de la substance, la directive donne un cadre dans lequel doit s'organiser un marché ouvert et concurrentiel des services de certification tout en demandant aux Etats de mettre en place un système adéquat de contrôle des prestataires de service de certification. Ce marché ouvert l'est non seulement par rapport aux services proposés dans le cadre du marché intérieur (principe de libre circulation) (article 4) mais aussi par rapport aux pays tiers (article 7).

Quant aux effets juridiques de la signature électronique, la directive demande aux Etats membres de veiller à ce que les signatures électroniques avancées²⁴ soient reconnues comme équivalentes aux signatures manuscrites et soient recevables comme preuves en justice quelles que soient les techniques proprement dites utilisées.

De plus, la directive définit un régime de responsabilité à la charge du prestataire de service de certification (article 6) et rappelle les exigences de protection des données à caractère personnel résultant de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995.

Notons, enfin, que la directive n'interdit pas aux Etats membres de soumettre l'usage des signatures électroniques dans le secteur public à des exigences supplémentaires éventuelles (article 3.7). Cette disposition pourrait avoir une incidence sur les travaux d'adaptation des Conventions de La Haye dont il sera fait état ci-dessous²⁵.

§ 2 Encadrement juridique du commerce électronique

Le 28 février 2000, le Conseil de l'Union a arrêté une position commune en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur²⁶. Un texte définitif devrait être adopté avant la fin du premier semestre 2000.

²² Directive CE No 1999-93, JOCE L13, 19 janvier 2000, p. 12.

²³ Voir ci-dessus ce qui a été dit à propos des travaux de la CNUDCI.

²⁴ Les signatures électroniques avancées sont celles qui répondent aux critères prévus à l'article 2.2) de la directive :

- a) être liée uniquement au signataire ;
- b) permettre d'identifier le signataire ;
- c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

²⁵ Voir chapitre III, B, §§ 5 et 6.

²⁶ Ce document est consultable sous : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/eleccomm/composfr.pdf.

Il semble que jamais aucune directive européenne n'ait contenu autant de considérants (65 au total), symbole de l'ampleur et de la difficulté des questions envisagées par ce texte. Il vise essentiellement à lever les obstacles juridiques au bon fonctionnement du marché intérieur de la société de l'information (considérant 5), tout en assurant la cohérence des règles communautaires avec les règles internationales compte tenu de la dimension mondiale du commerce électronique (considérants 58, 61 et 62). De surcroît, le texte vise à garantir la sécurité juridique et la confiance des consommateurs (considérant 7), dans le cadre des instruments communautaires nombreux assurant la protection de leurs intérêts (considérants 11 et 55), et des personnes physiques en général à l'égard du traitement des données à caractère personnel (considérant 14).

La directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois ni aux conflits de juridictions (considérant 23 et article 1.4). Toutefois, il est précisé que les dispositions du droit applicable désigné par les règles de droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information (même considérant). Il est également prévu que les Etats doivent garantir aux victimes un accès efficace aux règlements des litiges éventuellement par la mise en place de procédures juridictionnelles par les moyens électroniques appropriés (considérant 52).

Le texte contient des dispositions très utiles pour l'application des règles de droit international privé, notamment en matière d'établissement et d'information. En ce qui concerne l'établissement, le considérant 19 rappelle le principe selon lequel «le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où il exerce son activité économique». Ce principe est repris à l'article 2 c) de la directive.

En matière d'information, la directive consacre les articles 5 à 6 à clarifier les exigences auxquelles sont assujettis les prestataires, allant au-delà des règles prévues par ailleurs par le droit communautaire. Ces exigences permettent de répondre au souci souvent exprimé de l'inadéquation des règles de droit international privé au commerce électronique dans la mesure où elles permettent d'identifier un ou plusieurs critères qui pourraient servir de critère de rattachement territorial ou, à tout le moins, de présomption²⁷.

La directive contient bien d'autres dispositions intéressantes mais dont l'utilité pour le droit international privé est plus indirecte. Il n'en sera pas fait état ici de plus ample manière.

§ 3 Modes alternatifs de règlement des différends

A la suite des travaux de révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, et de la proposition de Règlement destiné à remplacer la Convention de Bruxelles²⁸, les opérateurs intéressés se sont émus des conséquences des règles révisées, notamment en cas de différends avec les consommateurs. C'est pourquoi, plusieurs propositions

²⁷ Voir les conclusions de la Table ronde de Genève pour des propositions d'utilisation de mécanismes de présomption.

²⁸ Com(1999) 348 final du 14.7.1999.

ont été formulées pour développer les modes alternatifs de règlement des différends, avec un accent plus important sur les règlements en ligne²⁹.

C'est ainsi qu'une étude a été demandée au Centre de Recherches de la Commission («*Joint Research Centre*») qui a présenté ses conclusions provisoires et préliminaires lors d'un séminaire qui s'est tenu à Bruxelles le 21 mars 2000 et auquel la Conférence de La Haye était représentée³⁰.

Il est prématuré d'indiquer dans quelle voie l'Union européenne va s'engager notamment si les sites proposant un service de règlement des différends vont ou non faire l'objet d'une procédure d'accréditation. Toutefois, il apparaît clairement que tant l'industrie que les consommateurs souhaitent la mise en place d'un système ouvert et souple avec un certain contrôle. Toutefois, il convient d'accroître la confiance que les opérateurs peuvent avoir dans le système de règlement des différends, grâce notamment aux principes de transparence, fiabilité, indépendance et légalité³¹.

CHAPITRE II ? PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE EN MATIÈRE DE FLUX TRANSFRONTIÈRES DE DONNÉES

Nous nous bornerons à présenter succinctement les travaux de l'OCDE, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

A TRAVAUX DE L'OCDE

§ 1 Travaux achevés

Dès 1980, l'OCDE établissait des « lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel » (ci-après les Lignes directrices)³². Ces Lignes directrices posent des principes pour la collecte et le traitement d'informations à caractère personnel applicables tant au plan national qu'au plan international. Elles appellent également les pays Membres à mettre en œuvre ces principes au plan intérieur en établissant des procédures juridiques, administratives ou autres ou des institutions pour protéger la vie privée et les données personnelles. S'agissant du droit international privé, le Groupe d'experts ayant préparé ces lignes directrices avait accordé une très grande attention aux problèmes de conflits de lois et de conflits de juridiction posés par les flux transfrontières et la protection de la vie privée, mais ne proposait aucune solution précise et détaillée. Cependant, les Lignes directrices contiennent seulement une recommandation générale selon laquelle : « les pays Membres devraient s'employer à établir des principes, au plan intérieur et international, afin de déterminer le droit applicable en cas de flux transfrontières de données de caractère personnel »³³.

²⁹ Cela rejoint les préoccupations de la Conférence de La Haye telles qu'exprimées au cours de la Table ronde de Genève ainsi qu'il sera dit ci-dessous chapitre III, B, § 7.

³⁰ Les travaux de cette étude et les présentations du 21 mars peuvent être consultés sur le site <http://dsaisis.jrc-it/ADR/>.

³¹ Voir la Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation 98/257/CE.

³² Recommandation du Conseil de l'OCDE du 23 septembre 1980, consultable sous : <http://www.oecd.org/E:/droit/doneperso/ocdeprive/priv-fr.htm>.

³³ Cf. point 22.

Dans le prolongement des Lignes directrices sur la protection de la vie privée, les gouvernements des pays Membres de l'OCDE ont adopté, en 1985, une Déclaration sur les flux transfrontières de données soulignant leur intention de rechercher la transparence des réglementations et politiques qui affectent les échanges internationaux et de développer les approches communes, voire des solutions harmonisées, pour traiter des problèmes liés à ces échanges.

L'OCDE a poursuivi son travail au sein d'un Groupe d'experts sur la sécurité de l'information et la vie privée qui a rendu en 1997 un rapport très complet sur la « mise en œuvre dans l'environnement électronique, et en particulier sur Internet, des lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée »³⁴. Ce rapport rappelle l'importance croissante de la protection des données, particulièrement dans un environnement électronique en ligne. Comme le font ressortir diverses enquêtes, les craintes des utilisateurs d'Internet quant à la collecte et l'utilisation, notamment à des fins commerciales, de leurs données personnelles, constituent un frein au développement du commerce électronique. Le rapport fait d'ailleurs état de plaintes répertoriées dans certains Etats membres de l'OCDE sur des problèmes variés (utilisation des adresses électroniques et droit des employeurs d'examiner la correspondance électronique de leurs employés, fausses informations et activités frauduleuses sur Internet, facilité avec laquelle des informations personnelles et en particulier des adresses électroniques peuvent être déduites des activités conduites sur Internet et compilées pour établir des listes commerciales de marketing à l'insu des intéressés). Le rapport décrit certains modes de collectes de données sur Internet et indique quelques initiatives prises par le secteur privé en matière de protection de la vie privée sur les sites Web.

Selon le Groupe d'experts, la recherche de solutions passe par un dialogue entre les gouvernements et le secteur privé. Le rapport met un accent tout particulier sur le rôle des gouvernements en réaffirmant que la mise en œuvre des principes directeurs doit être faite, soit sur le fondement de la loi, soit sur le fondement de l'autorégulation, y compris pour l'instauration d'un recours pour les individus en cas de non respect. Par ailleurs, le rapport encourage les gouvernements à soutenir les initiatives du secteur privé recherchant des solutions techniques pour la mise en œuvre des Lignes directrices. En guise de conclusion, le rapport préconise une collaboration entre tous les acteurs de l'Internet tout en soulignant le rôle important de l'OCDE.

En février 1998, l'OCDE a organisé à Paris avec le soutien du Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC) une Conférence internationale « sur la protection de la vie privée dans une société de réseaux mondialisée »³⁵. Cette Conférence a été l'occasion de réunir les représentants de gouvernements, le secteur privé, les organisations de consommateurs et les autorités chargées de la protection des données. A l'issue de la Conférence, le Président notait qu'un large consensus s'était formé sur la nécessité de trouver un juste équilibre entre la libre circulation des informations et la protection de la vie privée. Afin d'évaluer la situation actuelle sur le Web, un « inventaire provisoire des instruments et des mécanismes visant à mettre en œuvre et faire respecter sur les réseaux mondiaux les Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée »³⁶ a été établi en septembre 1998. Cet inventaire

³⁴ Ce document est publié sous référence DSTI/ICCP/REG(97)6/FINAL et accessible sur le site de l'OCDE, www.ocde.org.

³⁵ Le document relatif à cette Conférence est publié sous référence DSTI/ICCP/REG(98)5/FINAL et accessible sur le site de l'OCDE.

³⁶ Cet inventaire est publié sous référence DSTI/ICCP/REG(98)12/FINAL et accessible sur le site de l'OCDE.

comprend les lois et les mécanismes d'autorégulation qui ont été adoptés au plan régional, national et international.

Lors de la Conférence ministérielle de l'OCDE qui s'est tenue à Ottawa du 7 au 9 octobre 1998, les Ministres de l'OCDE ont adopté une Déclaration relative à la protection de la vie privée sur les réseaux mondiaux qui réaffirme leur engagement à l'égard d'une protection effective de la vie privée sur les réseaux mondiaux, affirme leur détermination à prendre des mesures nécessaires à cette fin, et reconnaît la nécessité de coopérer avec l'industrie et les entreprises ; conformément aux termes de la Déclaration, ils ont également convenu que l'OCDE devrait fournir des orientations pratiques pour la mise en œuvre des Lignes directrices sur la protection de la vie privée en s'inspirant de l'expérience et des exemples nationaux³⁷.

Bien que le point 22 des Lignes directrices n'ait jamais été réitéré dans les travaux subséquents de l'OCDE, la détermination de la loi applicable, dans le cadre de la mise en place de modes de règlement des différends facilement accessibles et efficaces, demeure l'une des techniques possibles pour permettre la protection efficace de la vie privée dans un cadre transnational³⁸

§ 2 Travaux en cours et futurs

Dans le prolongement de l'engagement pris par les Ministres des pays Membres lors de la Conférence d'Ottawa, l'OCDE a décidé, en collaboration avec l'industrie, les spécialistes de la protection de la vie privée et les associations de consommateurs d'élaborer un outil expérimental « HTML », le générateur de déclaration de politique de protection de la vie privée de l'OCDE. Cet outil s'adresse aux organisations publiques et aux entreprises privées dans le but de les encourager à élaborer des politiques et déclarations sur la protection de la vie privée. Il se présente sous la forme d'un questionnaire détaillé qui doit permettre aux organisations concernées, suite à un examen interne de leurs pratiques en matière de protection de la vie privée, d'élaborer une déclaration de politique de protection de la vie privée qui apparaîtra sur leur site. Le générateur est disponible, pour l'instant, en langue anglaise, française, allemande et japonaise, et accessible sur le site Internet de l'OCDE. Il doit contribuer à la mise en œuvre, en ligne, du principe de transparence énoncé dans les Lignes Directrices.

Par ailleurs, un rapport sur « l'utilisation des contrats pour les flux transfrontières dans un environnement en ligne » a été établi. N'ayant pas encore été déclassifié, ce rapport n'est pour le moment pas accessible, la Conférence de La Haye n'ayant pas le statut d'observateur auprès de l'OCDE.

Enfin, l'OCDE organise conjointement avec la Conférence de La Haye et la Chambre de Commerce Internationale un séminaire qui se tiendra à La Haye à l'automne 2000. Ce séminaire est consacré aux interactions entre consommateurs et entreprises dans un environnement en ligne et, plus spécifiquement, aux mécanismes de règlements des litiges en ligne³⁹. L'objectif du séminaire est double. Il s'agit, d'une part, d'identifier les techniques et méthodes existantes ou projetées en vue de la résolution efficace des

³⁷ La Déclaration ministérielle est incluse dans les Conclusions de la Conférence d'Ottawa publiées sous référence SG/EC(98)14/FINAL.

³⁸ A cet égard, voir les développements ci-dessous consacrés à la Table ronde de Genève – Commission IV et le projet de séminaire conjoint OCDE, Conférence de La Haye, CCI.

³⁹ L'ordre du jour provisoire du séminaire figure en annexe à la présente note (Annexe 1). Il n'en existe, pour le moment, qu'une version en langue anglaise.

conflits liés à la protection de la vie privée qui peuvent naître dans un environnement en ligne entre consommateur et entreprise. Sur la base de ces données, il s'agit, d'autre part, de formuler les principes essentiels pour les mécanismes de règlements alternatifs de litiges en ligne entre consommateur et entreprise⁴⁰.

B TRAVAUX DU CONSEIL DE L'EUROPE

Les travaux très importants du Conseil de l'Europe en matière de protection de la vie privée et de la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement de données à caractère personnel ne sont plus à rappeler. Il ne sera fait état ici que des travaux particuliers sur la protection de la vie privée sur Internet ainsi que du dernier projet en cours.

Par une Recommandation No R(99)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection de la vie privée sur Internet, ce Comité a adopté le 23 février 1999 les lignes directrices pour la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement de données à caractère personnel sur les « inforoutes »⁴¹. Ces lignes directrices s'adressent à la fois aux utilisateurs et aux fournisseurs de services en rappelant un certain nombre de principes de prudence applicables par les uns et les autres en cas d'utilisation d'Internet pour la transmission d'informations à caractère personnel.

Ces lignes directrices, toutefois, ne contiennent aucune disposition matérielle ou de droit international privé contraignante. Elles rappellent aux utilisateurs qu'ils ne sont pas sans moyen d'action. A cet égard, le point 11 des lignes directrices peut être rappelé avec profit : « si vous n'êtes pas satisfait de la manière dont votre fournisseur de service d'Internet collecte, traite, conserve ou communique vos données ou s'il refuse de modifier son attitude, alors envisagez de changer de fournisseur. Si vous estimez que votre fournisseur de service d'Internet ne respecte pas les règles relatives à la protection des données, vous pouvez informer les autorités compétentes ou *intenter une action en justice* »⁴².

Le point 13 des lignes directrices appelle l'attention des utilisateurs sur les effets d'un transfert transfrontière : « si vous avez l'intention d'envoyer des données vers un autre pays, vous devez être conscient du fait que ces données peuvent y être moins bien protégées. S'il s'agit de vos propres données, vous êtes évidemment libre de les transmettre malgré tout. Cependant, avant d'envoyer vers un autre pays des données concernant d'autres personnes, informez-vous, par exemple auprès de vos autorités, sur la possibilité de procéder à ce transfert. Le cas échéant, vous devrez demander à la personne qui reçoit les données de prendre des garanties nécessaires pour assurer la protection des données ». Une recommandation similaire existe au point 14 de la section III consacrée aux fournisseurs de service. Par ailleurs, cette même section comporte à plusieurs reprises la mention des prévisions réglementaires ou législatives sans se prononcer, toutefois, sur le pays dont la loi est ainsi visée. Or, pour les fournisseurs de service, notamment, cette connaissance sera particulièrement importante pour leur permettre de gérer avec confiance et prévisibilité les services objets de leur offre commerciale.

⁴⁰ Voir ci-dessous chapitre III, D, pour des développements complémentaires.

⁴¹ Un exemplaire de ces lignes directrices figure en annexe à la présente note (Annexe 2).

⁴² Souligné par nous.

Depuis l'adoption de la Recommandation No R(99)5, le Conseil de l'Europe a préparé un Protocole additionnel à la Convention n°108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981. Ce Protocole additionnel ne vise pas spécifiquement l'Internet, mais contient des dispositions de protection des données inspirées de la Directive européenne 95/46/CE 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. Ainsi, le Protocole additionnel prévoit l'obligation d'établir des autorités indépendantes de contrôle en matière de protection des données pour chaque Etat qui ratifie ce Protocole ainsi que l'interdiction des flux transfrontières de données vers les pays et organisations qui ne possèdent pas un niveau de protection adéquate des données à caractère personnel.

Le Protocole additionnel a été transmis à l'Assemblée parlementaire pour avis. L'avis de l'Assemblée parlementaire est attendu au mois d'avril 2000. L'adoption formelle du Protocole additionnel par le Comité des Ministres devrait encore avoir lieu au cours de l'an 2000.

C TRAVAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté le 24 octobre 1995 une Directive 95/46/CE 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. Les principes contenus dans cette Directive précisent et amplifient les principes posés par la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. Afin de garantir une protection optimale aux citoyens de l'Union, la Directive retient une conception assez large de son champ d'application. Ainsi, en son article 4, elle prévoit que chaque Etat membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la Directive lorsque le responsable du traitement des données à caractère personnel est établi sur son territoire ; lorsqu'il n'est pas établi sur le territoire d'un Etat membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public ; ou encore lorsque le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens automatisés ou non, situés sur le territoire dudit Etat membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté. Comme autres moyens de protection contre les conséquences d'un traitement illicite de données à caractère personnel, la Directive prescrit que les Etats membres doivent prévoir que toute personne dispose d'un recours juridictionnel en cas de violation des droits qui lui sont garantis par les dispositions nationales applicables au traitement en question (article 22). La Directive pose également le principe de responsabilité du responsable du traitement des données (article 23). Des sanctions en cas de violation des dispositions prises en application de la Directive doivent être prévues par les législations nationales (article 24). Pour éviter que les dispositions de la Directive ne soient contournées, les Etats membres doivent prévoir que le transfert vers un pays tiers de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ou destinées à faire l'objet d'un traitement, ne peut avoir lieu que si ce pays tiers assure un niveau de protection adéquat (article 25 paragraphe 1). Il revient à la Commission de constater si un pays tiers assure ou non un niveau de protection adéquat. Aux termes de l'article 25 paragraphe 2 de la Directive, le caractère adéquat du niveau de protection offert par un pays tiers s'apprécie au regard de toutes les circonstances relatives à un transfert ou à une catégorie de transferts de données ; en particulier, sont prises en considération la nature des données, la finalité et la durée du ou des traitements envisagés, les pays d'origine et de destination finale, les *règles de droit, générales ou*

*sectorielles en vigueur dans le pays tiers en cause*⁴³, ainsi que les règles professionnelles et les mesures de sécurité qui y sont respectées. A ce jour, la Commission n'a pas encore constaté officiellement le niveau de protection adéquat d'un pays tiers. De telles décisions sont toutefois à l'étude pour certains pays⁴⁴. Une vérification est en cours pour les Etats-Unis depuis plusieurs mois. La Commission négocie avec les Etats-Unis le principe du « safe harbor » ou « port sûr »⁴⁵. Il s'agit de principes de protection des données auxquelles les entreprises individuelles pourraient adhérer de manière conventionnelle. Le respect des obligations découlant de ces principes serait assuré, d'une part, par des mécanismes de règlement des différends, et d'autre part, par l'application du droit des Etats-Unis qui interdit les actes de tromperie (*unfair and deceptive acts*). Enfin, il convient de mentionner que la Directive prévoit l'instauration d'autorités indépendantes de contrôle ainsi que d'un groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (articles 28-30).

La Directive, qui est entrée en vigueur le 25 octobre 1998, a rencontré des problèmes de mise en œuvre dans certains Etats membres. Le 11 janvier 2000, la Commission européenne a décidé d'engager une action devant la Cour de Justice des Communautés européennes à l'encontre de la France, de l'Allemagne, des Pays-Bas, du Luxembourg et de l'Irlande pour non-notification des mesures de transposition nationale de la Directive.

Les dispositions de la Directive visent à mettre en place dans les Etats membres un système complet de protection de la vie privée, tout en garantissant aux citoyens de l'Union un niveau de protection adéquat dans les contacts avec des pays tiers. La réalisation par les pays tiers d'un niveau de protection adéquat accepté par la Commission créerait un standard universel en matière de protection des données à caractère personnel et rendrait probablement superflue la question du droit applicable.

CHAPITRE III ? TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE

Aujourd'hui, plus personne ne parle d'échanges de données informatisées mais d'Internet et de commerce électronique. Déjà, le 9 octobre 1996, la Représentante du Royaume-Uni, lors des discussions de la Commission I, mentionnait explicitement le commerce électronique⁴⁶. Quelques mots d'explication sont nécessaires pour justifier une éventuelle requalification des sujets mis à l'ordre du jour de la Conférence.

Internet désigne un réseau de réseaux d'ordinateurs eux-mêmes reliés entre eux par des lignes de télécommunication permettant une série d'activités dont la liste non exhaustive comprend : les fora de discussions, le courrier électronique, les sites dont le contenu varie autant que les activités humaines hors ligne (contenu purement

⁴³ Souligné par nous.

⁴⁴ Il s'agit notamment de la Suisse et de la Hongrie, qui tous deux ont légiféré en matière de protection des données à caractère personnel.

⁴⁵ Le résumé de l'audition organisée par le Parlement européen les 22 et 23 février 2000, intitulée « l'Union européenne et la protection des données », révèle les difficultés de l'entreprise. On peut également prendre connaissance des éléments de l'affaire « *Double click* » telle que relatée dans le journal *Les Echos* du 6 mars 2000, p. 25, pour comprendre l'impact des forces du marché en la matière.

⁴⁶ Cf. Procès-verbal No 2, *Actes et documents de la Dix-huitième session*, tome I, *Matières diverses*, p. 246.

informationnel, éducatif, culturel ou contenu commercial avec toute la gamme d'activités et de produits possibles)⁴⁷.

Le commerce électronique désigne des activités commerciales effectuées par le truchement d'ordinateurs connectés entre eux par des lignes de télécommunication. Le commerce électronique peut se faire par l'intermédiaire d'Internet mais il peut se faire également par l'intermédiaire de tout autre réseau, fermé ou ouvert, existant ou à créer. Le commerce électronique peut viser des activités dont une partie demeure physiquement localisable sur un territoire donné. Ce sera le cas, par exemple, d'une vente internationale de marchandises (des meubles meublant, des machines-outils, du charbon, de l'acier, c'est-à-dire toutes formes de biens tangibles qui, en fonction des techniques disponibles, ne peuvent pas être transformés en données ni échangés sous cette forme). La transaction sera considérée comme conclue électroniquement si le contrat pour ces biens tangibles est négocié ou conclu sous forme électronique laissant seulement la livraison des biens au monde tangible. Le commerce électronique vise également des activités intangibles, essentiellement des services intellectuels (services bancaires, d'assurances, prestations intellectuelles telles que des services juridiques, des services de conseils en investissements) qui peuvent non seulement être négociées, conclues, mais encore exécutées en ligne, sous forme électronique, sans qu'aucun contact physique n'existe à aucun moment de la transaction.

Ce qui précède montre que ce sont toutes les activités humaines qui, potentiellement, peuvent un jour ou l'autre prendre la forme électronique en ligne. C'est pourquoi, une réflexion d'ensemble pourrait être désormais menée par la Conférence de La Haye de droit international privé sur tous les problèmes de droit international privé soulevés par Internet et les autres réseaux électroniques en ligne et, plus précisément, le commerce électronique. Dans cette perspective, la protection de la vie privée ne constitue alors qu'un des éléments identifiables dans la multitude des questions juridiques posées par les activités en cause.

C'est dans cette perspective que, outre le suivi des travaux des autres organisations internationales dont il a été fait état ci-dessus, un certain nombre de travaux ont déjà eu lieu ou sont en cours au sein de la Conférence de La Haye. Ces travaux sont conduits, en son nom propre ou conjointement avec d'autres institutions (gouvernements, universités, autres organisations internationales), qui feront l'objet des développements qui suivent.

A COLLOQUE EN L'HONNEUR DE MICHEL PELICHET

En collaboration avec l'Institut Molengraaff de la Faculté de Droit d'Utrecht, un hommage a été rendu à Michel Pelichet, ancien Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye, permettant d'entendre un certain nombre de communications sur le rôle de l'Etat, la pertinence des critères territoriaux dans la définition d'un environnement juridique pour Internet, les questions propres à la propriété intellectuelle ainsi que celles sur la loi applicable aux contrats et délits et la compétence juridictionnelle. Ce colloque a donné lieu à la publication d'un ouvrage dans lequel apparaît la liste des participants, dont beaucoup étaient des experts réunis à La Haye pour la Session de la *Commission spéciale sur la compétence juridictionnelle et les jugements étrangers* de juin 1997⁴⁸.

⁴⁷ Il est déjà de plus en plus question d'un deuxième réseau, Internet 2, qui permettrait d'autres fonctionnalités et activités et qui pourrait être réservé au commerce électronique.

⁴⁸ Katharina Boele-Woelki et Catherine Kessedjian (sous la direction de) *Internet, Quel tribunal décide, quel droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, 179 p.

De ces échanges, il est possible de retenir les enseignements suivants :

- le réseau des réseaux est transnational par nature ;
- il n’y a pas de vide juridique mais, éventuellement, un trop-plein juridique rendant nécessaire la définition de règles de droit international privé ;
- la localisation des activités électroniques en ligne est possible lorsqu’il existe un point de contact entre virtualité et réalité, notamment lorsqu’une personne humaine ou une entité juridique souffre d’un préjudice en raison d’une activité par le truchement d’Internet ;
- l’autorégulation peut être favorisée jusqu’au point de rupture dans l’équilibre entre les intérêts privés et l’intérêt général, point au-delà duquel le rôle des Etats est indispensable ;
- lorsqu’ils doivent agir, les Etats ne peuvent agir isolément mais doivent coopérer entre eux pour définir des normes internationalement acceptables pour tous.

B TABLE RONDE DE GENÈVE

Du 2 au 4 septembre 1999, en collaboration avec l’Université de Genève, le Bureau Permanent a organisé une Table ronde sur les questions de droit international privé posées par le commerce électronique et Internet. Tous les Etats membres de la Conférence ont été invités à y participer, ainsi que les organisations internationales et non gouvernementales actives dans le domaine. La liste des participants est mentionnée en marge du résumé des conclusions de chacune des commissions de travail réunies sur des thèmes particuliers : contrats, délits, élection de for et élection de droit, droit applicable à la protection des données, notification et signification à l’étranger, obtention des preuves à l’étranger, règlement des différends en ligne et standards de procédure ainsi que les actions collectives. Dans les développements qui suivent, nous reprendrons en résumé, les discussions et conclusions de chacune de ces Commissions.

§ 1 Commission I — Contrats⁴⁹

1.1 Compétence juridictionnelle

La Commission I a travaillé sur les contrats en général et les contrats de consommation. Nous traiterons ces deux types de contrats de manière séparée. La Commission, en revanche, n’a pas traité du contrat de travail. Nous en dirons cependant quelques mots puisque l’avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale comprend désormais, depuis

⁴⁹ La composition de la Commission I était la suivante: Président, Andreas Bucher, Professeur, Université de Genève; Rapporteur général, Katharina Boele-Woelki, Professeur, Université d’Utrecht, assistée de Patrick Wautelet, Assistant, Université Catholique de Leuven; Rapporteur spécial pour les contrats de consommateurs, Bernd Stauder, Professeur, Université de Genève; Participants: Franziska Abt, Office fédéral de la justice, Berne; Joëlle Freundlich, Chargée de mission pour la réglementation des nouvelles technologies et du commerce électronique, CEGETEL, Paris; Unnur Gunnarsdóttir, Financial Services Officer, EFTA Secretariat, Bruxelles; Steven A. Hammond, Attorney-at-law, Hughes Hubbard & Reed L.L.P., New York; Wojciech Kocot, Senior Lecturer, Warsaw University; Christopher Kuner, Outside Counsel, Morrison & Foerster for Brokat AG, Bruxelles; Ursula Pahl, Legal Advisor, BEUC Bureau Européen des Unions de Consommateurs, Bruxelles; Anne-Marie Rouchaud, Administrateur Principal, Task Force Justice et Affaires intérieures, Bruxelles; Daniel Ruppert, Attaché de Gouvernement, Ministère de la Justice, Luxembourg; John Stephens, Président de l’International Communication Round Table, Paris; Kees Stuurmann, Dr, PricewaterhouseCoopers N.V., Amsterdam; Beti Yacheva, 3rd Secretary, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Macedonia, Skopje; Jun Yokoyama, Professor, Hitotsubashi University, Tokyo.

la Session de la Commission spéciale d'octobre 1999, une disposition sur les contrats individuels de travail. Par ailleurs, il convient de noter que la Commission I a travaillé sur les règles de compétence juridictionnelle des tribunaux nationaux applicables en l'absence d'une clause d'élection de for ou de droit valide⁵⁰.

a) Contrats entre professionnels

La Commission a reconnu qu'il convenait de séparer d'une part les contrats conclus électroniquement, en ligne, mais exécutés hors ligne en tout ou en partie, et ceux qui, conclus en ligne, sont également exécutés intégralement en ligne. Pour les premiers, les règles traditionnelles de compétence juridictionnelle qui se fondent sur le lieu d'exécution du contrat ou d'une activité territoriale générée par l'exécution du contrat demeurent pertinentes et efficaces alors même que le contrat aura été négocié ou conclu en ligne. En revanche, pour les contrats intégralement exécutés en ligne⁵¹, ni le lieu de conclusion, ni le lieu d'exécution, ni le lieu de l'activité ne sont opérants. Toutefois, la Commission n'a proposé aucun critère de compétence alternatif pour les contrats entre professionnels.

Une difficulté supplémentaire, identifiée par la Commission, concerne l'identification et la localisation des parties au contrat. C'est, en effet, grâce à cette identification et localisation que les règles de compétence juridictionnelle révéleront leur pleine efficacité⁵². En ce qui concerne l'identification, la Commission est d'avis que les parties doivent pouvoir agir de manière anonyme, sauf dans les cas où la divulgation de l'identité est nécessaire. La Commission ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si la compétence juridictionnelle est un des cas auxquels elle fait allusion pour exiger la divulgation de l'identité. Elle indique par ailleurs que l'utilisation des moyens de certification proposés par des entités privées devrait être encouragée afin d'autoriser une identification plus facile des parties.

En ce qui concerne la localisation, la Commission est d'avis que les parties à un contrat doivent divulguer leur résidence habituelle ou le lieu de leur établissement, de manière à permettre que les parties à un contrat puissent s'en remettre de bonne foi aux déclarations faites à cet égard. Le rapporteur de la Commission I a expliqué cette recommandation par le fait qu'un contrat doit pouvoir être localisable. Or, si le lieu d'exécution du contrat n'est pas localisable, les parties, elles, doivent l'être. De plus, seul le pays de situation est suffisant pour les besoins du droit international privé, a expliqué le Rapporteur, même si, en pratique, pour lancer une action judiciaire, d'autres informations sont nécessaires.

⁵⁰ La question de la validité des clauses d'élections de for et de droit a été traitée par la Commission III, Voir ci-dessous § 3.

⁵¹ Il s'agit de tous les contrats de prestation de service intellectuelle, de vente, de biens intangibles – (logiciels, par exemple). Mais il pourra s'agir également de vente d'ouvrages livrés électroniquement. L'avancée de la technologie concernant ce qu'il est convenu d'appeler le "livre électronique" montre que, désormais, on peut acheter et recevoir la livraison d'un livre intégralement en ligne.

⁵² Cf. ci-dessus chapitre I, C, § 2, les développements consacrés au projet de directive européenne sur le commerce électronique.

b) Contrats de consommation⁵³

La Commission suggère que la question soit réglée en donnant compétence générale au tribunal du domicile du demandeur en plus de la compétence générale accordée traditionnellement au domicile du défendeur. Elle remet en cause la distinction entre « consommateur actif » et « consommateur passif » et propose que la règle de compétence suggérée s'applique, quel que soit le niveau d'initiative pris par le consommateur. En d'autres termes, la Commission propose l'introduction du *forum actoris* à condition que le demandeur soit un consommateur⁵⁴.

Par ailleurs, la Commission s'est interrogée sur le problème de savoir si, dans l'environnement en ligne, la notion traditionnelle de consommateur est encore efficace. Elle suggère donc de requalifier le consommateur et d'ouvrir simplement la compétence au domicile du demandeur à toute personne physique agissant en son nom propre, quel que soit l'objet de la transaction. Comme l'a expliqué le Rapporteur, l'idée de départ consiste à dire que, dans un environnement en ligne, les petites entreprises doivent être également protégées. Or, comme il est difficile de définir une « petite entreprise », la prévisibilité exigerait de s'en remettre à la notion de personne physique.

La Commission a également relevé une difficulté à l'article 7, paragraphe 1.b) de l'avant-projet de Convention. De l'avis de la Commission, le critère utilisé dans le texte, c'est-à-dire que le consommateur doit avoir accompli dans l'Etat de sa résidence habituelle les démarches nécessaires à la conclusion du contrat, n'est pas pertinent dans le cadre du commerce électronique. En effet, il est impossible de localiser physiquement le cocontractant qui peut opérer de n'importe quel lieu à condition d'avoir accès à une connexion internet. Compte tenu de ce qui précède, la localisation physique, autre que le lieu de résidence habituelle que le consommateur a déclaré, n'est plus opérationnelle pour les besoins du commerce électronique⁵⁵.

c) Contrats de travail

Au moment où la Table ronde de Genève s'est réunie, l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale ne comprenait pas de dispositions sur les contrats individuels de travail. C'est la raison pour laquelle la Commission I ne s'est pas penchée sur cette question. Depuis, la Commission spéciale qui s'est réunie en octobre 1999 a inséré dans l'avant-projet un article 8 qui permet au travailleur de poursuivre son employeur devant les tribunaux de l'Etat où le travail est ou a été habituellement accompli. Lorsque le travailleur n'accomplit pas son travail habituellement dans le même Etat, les tribunaux compétents sont ceux de l'Etat de l'établissement ayant embauché le travailleur.

⁵³ Pour la validité des clauses d'élection de for dans les contrats conclus par des consommateurs, voir ci-dessous les travaux de la Commission III.

⁵⁴ On doit cependant noter que, lors de la discussion générale, il a été rappelé la difficulté pour les entreprises de commerce électronique de se conformer simultanément aux exigences de près de 200 juridictions puisque les sites internet peuvent, au moins en théorie, être visualisés dans le monde entier. Mais il a également été dit que ce facteur, dont l'évaluation exacte reste à faire, doit s'harmoniser avec une protection des consommateurs dont il est soutenu qu'elle doit être la même, que l'acte de consommation ait eu lieu en ligne ou hors ligne. C'est pourquoi, la recommandation générale présentée au cours de la dernière Session plénière, précise que des études complémentaires sont nécessaires prenant en considération tous les intérêts en présence.

⁵⁵ Notons, par ailleurs, que cette exigence qui existait dans la Convention de Bruxelles de 1968, a été supprimée de l'article 15 de la proposition de Règlement destiné à remplacer cette Convention.

L'employeur, de son côté, ne peut agir que devant les tribunaux de l'Etat de la résidence habituelle du travailleur ou devant les tribunaux de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

Compte tenu du développement du travail à domicile en raison des facilités de communication procurées par Internet, il convient d'évaluer les dispositions de l'article 8 en fonction de cette évolution. Il apparaît clairement que la première règle de compétence prévue par le texte va entraîner pour l'employeur qui choisit de favoriser le travail en ligne et organise sa force de travail en prenant avantage du fait que les travailleurs peuvent accomplir leur travail essentiellement à partir de leur résidence habituelle, une atomisation des fors compétents pour régler les questions liées au contentieux du contrat individuel de travail. Cette conséquence est peut-être le prix à payer pour le choix économique effectué par l'employeur. Elle pourrait cependant être évaluée et faire l'objet d'une décision de politique législative.

1.2 *Loi applicable*

Les mêmes questions concernant la localisation et l'identification, exposées ci-dessus pour la compétence juridictionnelle, sont pertinentes, aux yeux de la Commission, pour la loi applicable.

Toutefois, la Commission n'a pas fait de propositions concrètes sur cette question. Des études complémentaires seront donc nécessaires à cet égard.

§ 2 **Commission II — Délits**⁵⁶

2.1 *Compétence juridictionnelle*

Les membres de la Commission II ne sont pas parvenus à une recommandation consensuelle pour le traitement des délits en ligne. Certains membres de la Commission étaient d'avis que l'article 10 de l'avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale ne peut pas fonctionner pour les délits en ligne. C'est pourquoi, ils ont proposé d'ouvrir purement et simplement un for au lieu de la résidence habituelle du demandeur qui est normalement la victime. En effet, comme l'a expliqué le Rapporteur lors de la dernière séance plénière, l'article 10.1 est rédigé en termes de « situation physique » si bien que, soit il est impossible de la déterminer, soit elle existe partout⁵⁷. De plus, pour les membres de la Commission rejetant la présente rédaction de l'article 10, le paragraphe 3 de ce texte ne serait pas adéquat pour de nombreux délits spécifiques à Internet tels le « *hacking* » ou le « *spamming* ».

⁵⁶ La composition de la Commission II était la suivante: Président : Mark A.A. Warner, Legal counsel, Paris; Rapporteurs: Cristina González Beilfuss, Professor, University of Barcelona; Peter Mankowski, Dr. Jur., Universität Osnabrück. Participants: François Dessemontet, Professeur, Université de Lausanne; Nina Dethloff, Dr. LL.M., Bielefeld; Shinichiro Hayakawa, Professor, Tohoku University, Japan; Jeffrey D. Kovar, Assistant Legal Adviser for Private International Law, U.S. Department of State, Washington; Katri Kummoinen, Legal Adviser, Ministry of Justice, Helsinki; Hans Georg Landfermann, Dr., Ministry of Justice, Germany; Henry H. Perrit Jr., Dean and Professor, Chicago-Kent College of Law, U.S.A.; Fausto Pocar, Professeur, Université de Milan; Chris Reed, Professor of Electronic Commerce Law, Queen Mary & Westfield College, London; Jane Schurtz-Taylor, Assistante, Université de Genève; Jean-Potter Van Loon, Avocat, Ducrut Ducruet Van Loon et Ass, Genève; Bénédicte Winiger, Professeur, Université de Genève.

⁵⁷ Voir, notamment, l'article 10 1.b).

Pour les autres membres de la Commission, l'article 10 de l'avant-projet de Convention pourrait fonctionner à condition d'être accompagné de deux présomptions simples : (1) le « lieu de l'acte ou omission à l'origine du dommage » serait situé au lieu de la résidence habituelle du défendeur ou auteur de l'acte ; (2) le lieu où le « dommage a pris naissance » serait situé au lieu de la résidence habituelle du demandeur ou de la victime, ou au lieu où le dommage le plus important s'est produit⁵⁸.

Pour finir, la Commission a souhaité traiter séparément des questions de concurrence déloyale mais, faute de temps, n'a pas pu formuler de véritables conclusions. Elle suggère que les deux options définies par elle pour les délits en général peuvent être pertinentes pour les effets de la concurrence déloyale à l'égard des consommateurs. En revanche, pour ce qui a trait aux effets de la concurrence déloyale entre concurrents, le point de départ de la réflexion pourrait être le test du marché affecté.

2.2 *Loi applicable*

La même division s'est fait jour au sein de la Commission pour la question du droit applicable que celle identifiée ci-dessus pour la compétence juridictionnelle.

Pour le premier groupe, le juge doit appliquer la *lex fori*. Cette solution a été justifiée par le Rapporteur de la Commission par des raisons pragmatiques, le conflit de juridictions «absorbant» le conflit de lois.

Pour le second groupe, une option pourrait être offerte à la victime entre la loi du pays où l'acte dommageable a eu lieu ou la loi du pays où le dommage est subi. Des présomptions simples seraient utilisées qui permettraient de dire que le pays de l'acte dommageable est celui de la résidence habituelle du défendeur ; le pays du dommage est celui de la résidence habituelle de la victime. Mais, ayant conscience de la complexité du système ainsi proposé, le même groupe a néanmoins suggéré que la loi applicable soit déterminée par une règle de conflit fondée sur le centre de gravité ou le test du lien le plus étroit.

§ 3 **Commission III — Clauses d'élection de for et de droit**⁵⁹

3.1 *Internationalité*

La Commission III s'est d'abord interrogée sur les conditions requises pour l'internationalité des clauses d'élection de for et a proposé la recommandation selon laquelle une clause d'élection de for est internationale si le droit applicable en décide ainsi. Toutefois, si le contrat est exécuté de manière électronique, le lieu d'exécution ne peut pas être pris en considération pour déterminer la nature internationale de la

⁵⁸ Le Rapporteur a expliqué qu'une approche basée sur la notion de « centre de gravité » ou de « lien le plus étroit » pourrait également être étudiée avec profit et n'avait pas été rejetée par les membres de la Commission soutenant l'idée d'une présomption simple.

⁵⁹ La composition de la Commission III était la suivante: Président: Renaud Sorieul, Administrateur Principal, CNUDCI, Vienne; Rapporteurs: David Goddard, Barrister, Thorndon Chambers, Wellington; Gabrielle Kaufmann-Kohler, Professeur, Brunshwig Wittmer, Genève; Rapporteur spécial pour le droit américain : Margaret Stewart, Professeur, Chicago-Kent College of Law, Chicago; Participants: Gilles Devaux, Legal Counsel Europe, Compaq Computer EMEA BV, Allemagne ; Mahin Faghfour, Head Legal Unit, UNCTAD, Suisse; Michel Jaccard, Dr., LL.M., Etude Chaudet, Lausanne; Alice Karoubi Nordon, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye; Damien Moloney, Legal Adviser, Attorney General's Office, Dublin; André Prum, Professeur, Université de Nancy; Christine Schatzl, Dr. Official, European Commission, Bruxelles; David Seite, Administrateur, Commission européenne, Bruxelles; Mitsuo Yashima, Manager Legal Affairs, Nec Europe Ltd, London.

clause. De surcroît, la clause doit être considérée comme internationale sauf si les parties sont résidentes habituelles dans le même pays et que ce fait est connu ou clairement identifié au moment de la conclusion du contrat⁶⁰.

Au moment où la Table ronde de Genève s'est réunie, le texte de l'avant-projet de Convention, tel qu'issu de la Commission spéciale de juin 1999, ne comportait aucune disposition sur le champ d'application territorial de la Convention. Ceci explique donc que la Commission III ait jugé utile de tenter une définition spécifique pour l'internationalité de la clause d'élection de for. Toutefois, la Commission spéciale d'octobre 1999 a proposé une disposition qui se lit comme suit :

« Article 2 - Champ d'application territorial

1. Les dispositions du chapitre 2 s'appliquent devant les tribunaux d'un Etat contractant sauf si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat. Toutefois, même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans cet Etat :

- a) l'article 4 s'applique si elles sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre Etat contractant pour connaître des différends;».

Cette disposition est conçue en termes neutres par rapport à la forme que peut prendre la conclusion ou l'exécution du contrat et même si celle-ci se fait sous forme électronique en ligne. Elle apparaît donc pertinente dans le cadre du commerce électronique et ne pas poser de difficulté particulière.

3.2 Validité des clauses

a) Contrats entre professionnels

Pour les clauses d'élection de for insérées dans un contrat conclu entre professionnels, la Commission a étudié précisément les dispositions de l'article 4.2 de l'avant-projet de Convention. Elle conclut que sa rédaction couvre de manière adéquate les besoins du commerce électronique, notamment, s'il en était besoin, grâce à une interprétation par équivalent fonctionnel tel que proposé par la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁶¹. Le Rapporteur a expliqué que cette conclusion a été adoptée à l'unanimité des membres de la Commission car elle ne donnait lieu à aucune controverse.

En ce qui concerne la vérification de la réalité du consentement, notamment pour les clauses « par référence », la Commission considère qu'aucune règle spéciale n'est nécessaire pour les contrats formés ou exécutés dans l'environnement électronique. L'avis exprimé ci-dessus pour les clauses d'élection de for s'applique, *mutatis mutandis*, aux clauses d'élection de droit.

⁶⁰ Dans la présentation qu'il a fait de cette recommandation, le Rapporteur a néanmoins expliqué que certains membres de la Commission étaient opposés à la définition de l'internationalité pour l'environnement en ligne qui, pour eux, est international par nature.

⁶¹ Cf. ci-dessus chapitre I, A, § 1.

b) Contrats de consommation

Les contrats passés entre un professionnel et un consommateur posent quelques difficultés supplémentaires. Tout d'abord, la Commission a conclu que les clauses d'élection de for insérées dans ces contrats ne doivent pas être traitées différemment lorsque le contrat a été conclu dans l'environnement électronique en ligne ou hors ligne.

Cependant, la Commission n'a pas pu atteindre un accord sur le point de savoir si les clauses d'élection de for étaient admissibles dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. C'est pourquoi, après une assez longue discussion exposée en plénière par le Rapporteur, la Commission a proposé une approche intermédiaire qui permettrait de préserver les cultures différentes à l'égard de ces clauses et d'insérer une troisième hypothèse de validité des clauses d'élection de for à l'article 7, paragraphe 3, de l'avant-projet de Convention de La Haye. Cette disposition pourrait être rédigée de la manière suivante :

«c) *si le contrat est conclu par un consommateur qui est résident habituel d'un Etat ayant déclaré que de tels contrats sont valables à l'encontre des consommateurs* ».

La même problématique s'applique également aux clauses d'élection de droit. Toutefois, à cet égard, les discussions lors de la dernière Session plénière ont montré que l'unification du droit substantiel est encore plus pertinente en cette matière. Un système de certification de site pourrait être étudié selon des modalités à déterminer.

c) Contrats de travail

Pour ce qui a trait aux contrats de travail, la même remarque que celle faite ci-dessus pour les travaux de la Commission I s'impose ici. La Commission III n'a donc pas travaillé sur cette question. On peut cependant penser que la même controverse et les mêmes différences entre les systèmes juridiques en présence existent pour les contrats de travail comme elles existent pour les contrats de consommation. Il serait donc possible d'admettre, *mutatis mutandis*, une disposition similaire à celle que la Commission III a proposée pour la validité des clauses d'élection de for pour les consommateurs et qui vient d'être rappelée ci-dessus.

§ 4 Commission IV — Droit applicable à la protection des données⁶²

Nous avons vu ci-dessus⁶³ que des travaux très importants ont été accomplis pour tenter de mettre en place des principes et, si possible, des règles, pour la protection de la vie privée (autrement dit, des données à caractère personnel) dans le cadre des flux

⁶² La composition de la Commission IV était la suivante: Président: Gérald Page, Avocat, Poncet Turrettini Amaudruz Neyuroud & Associés, Genève; Rapporteur: Ulf Bruehann, Dr., Chef d'Unité E1, Commission européenne, Bruxelles; Spyros Tsovilis, Unité des Protection des données, Strasbourg; Mari Shaw, Attorney-at-law, Morgan Lewis & Bockius LLP, Philadelphia. Participants: David Michael John Bennett, QC, Solicitor-General of Australia, Sydney; Anne Carblanc, Administrateur Principal, OCDE, Paris; William Duncan, First Secretary, Hague Conference on Private International Law, The Hague; Julien Francioli, Assistant-Doctorant, Université de Genève; Miriam Gonzalez Durantez, Head of Sector, European commission, Bruxelles; Anastasia Grammaticaki-Alexiou, Professor, School of Law, Thessaloniki; Denis C. Kratchanov, Avocat-conseil, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa; Lucien Mihai, Arbitrator, Court of International Commercial arbitration, Bucarest; Carlos Moreno, Legal officier, UNCTAD, Genève; Michel Pelichet, ancien Secrétaire général adjoint, Conférence de La Haye de droit international privé, Lausanne; Joaquim De Seabra Lopes, Professeur, Consultant au Ministère de la Justice, Lisboa.

⁶³ Cf. chapitre II.

transfrontières et de l'usage d'Internet. On pouvait donc se poser la question de savoir s'il est encore utile de définir une règle de conflit de lois. Or, non seulement la Commission IV n'a pas exclu la nécessité de proposer des règles de conflits de lois, mais elle a clairement indiqué qu'aucune réponse définitive ne peut encore être donnée à cette question sans que des études complémentaires ne soient menées à bien. En effet, le système actuel comporte un risque que les règles nationales (ou régionales) soient éludées en jouant sur les différences de règles de conflits et de critères de rattachement. Des règles de conflit de lois uniformes pourraient permettre d'éviter cet écueil. De la même manière, elles pourraient empêcher des vides de protection, c'est-à-dire des cas dans lesquels un individu ne bénéficie d'aucune protection, et une duplication de protection, cas dans lesquels plusieurs lois veulent dicter les normes de comportement pour la mise en fichier et l'exploitation des données.

Le système de conflit de lois à étudier devrait prendre en considération plusieurs facteurs destinés à un équilibre des intérêts en présence :

- 1 La nécessité, pour le détenteur de fichiers, de prévoir avec certitude les principes applicables à la collecte, la mise en fichier des données, leur transmission et leur exploitation, afin de lui permettre de mettre en place les mesures de protection exigées.
- 2 L'utilité de laisser à l'autonomie de la volonté la plus grande place possible dans le respect de la protection due aux individus.
- 3 La place laissée aux critères de rattachement liés à la victime ou aux effets de la violation aux côtés du critère fondé sur le lieu d'établissement du détenteur du fichier. A cet égard, la Commission a particulièrement insisté sur le fait que l'étude devrait faire apparaître les avantages et inconvénients de prévoir une règle cumulative ou alternative. Mais, en tout état de cause, le seul rattachement au lieu d'établissement du détenteur du fichier a semblé insuffisant aux participants de la Commission IV.

La Commission a cependant reconnu qu'un système de conflits de lois n'est pas suffisant mais doit être couplé avec un système d'accès à des modes de règlement de différends efficaces pour la personne souffrant d'une atteinte à sa vie privée. Ces modes de règlement de différends doivent, aux dires de la Commission, se comprendre dans un ensemble cohérent permettant un certain contrôle et supervision des activités d'exploitation des données.

§ 5 Commission V — Notification et signification à l'étranger⁶⁴

La Commission V avait pour principal mandat d'étudier les répercussions des nouveaux moyens de communication électronique sur le fonctionnement de la *Convention de*

⁶⁴ La composition de la Commission V était la suivante: Président: Thomas Bishof, Avocat, Berne; Frederic A. Blum, Director, National Association of Professional Process Servers, Philadelphia; Marie-Thérèse Caupain, Première Vice-Présidente de l'Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires, Charleroi; Luc Claes, Huissier de justice, Bureau exécutif de l'UIHJ, Bruxelles. Participants: Margareta Baddeley, Professeur, Université de Genève; Christophe Bernasconi, Secrétaire au Bureau Permanent, Conférence de La Haye de droit international privé, The Netherlands; Antonio Boggiano, Judge and former President of the Supreme Court, University of Buenos Aires; Florence Borcy, Conseillère adjointe juriste, Ministère de la Justice, Bruxelles; Sue Collins, President of the National Association of Professional Process Servers NAPPS, U.S.A.; Evie Georgiou-Antoniou, Counsel for The Republic of Cyprus, Law Office of The Republic of Cyprus, Nicosia; Juergen Harms, Professeur, Université de Genève; Wendy Kennett, Lecturer in Law, Keele University; Stefanie Sieber, EMEA Senior Policy and Regulatory Advisor for e-business Solutions, Berlin; Yong Zhu, Legal expert, Foreign Ministry, Beijing.

La Haye de 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

La Convention de la Haye de 1965 établit les différents *modes de transmission* qui peuvent être utilisés lorsqu'un acte judiciaire ou extrajudiciaire doit être acheminé d'un Etat contractant vers un autre Etat contractant pour y être signifié ou notifié. L'importance pratique de cet instrument n'est plus à démontrer. Notons simplement que la Convention compte aujourd'hui 39 Etats parties⁶⁵ et que pour certains d'entre eux, le nombre des demandes de notification reçues en vertu de la Convention s'élève à plus de 7.000 par année.⁶⁶ La Convention ayant été adoptée il y plus de trente-cinq ans, l'on comprendra qu'aucun des modes de transmission prévus ne renvoie - du moins expressément - à l'utilisation de moyens de communication électronique. La Commission a eu pour tâche d'examiner la portée de ce silence : l'utilisation des nouvelles technologies de communication électronique est-elle exclue de façon générale ? Y a-t-il, au contraire, des étapes de la procédure de transmission qui peuvent être accomplies par voie électronique ? Si oui, lesquelles ? La notification proprement dite peut-elle se faire par voie électronique (en envoyant, par exemple, un message sur le site Internet d'une entreprise) ? Des amendements à la Convention sont-ils nécessaires pour mieux tenir compte de l'évolution technologique, etc. ?

La Commission V a adopté la méthode de *l'équivalent fonctionnel* et a examiné, pour chaque mode de transmission prévu dans la Convention, le but et la fonction des exigences s'y rattachant. Une fois cette analyse accomplie, la Commission a examiné si ces exigences pouvaient être satisfaites de façon équivalente dans un environnement électronique.

5.1 *L'adresse du destinataire de l'acte*

En vertu de l'article premier, alinéa 2, la Convention ne s'applique pas lorsque « l'adresse du destinataire de l'acte n'est pas connue ». La Commission s'est interrogée sur la portée du terme « adresse » dans ce contexte : ce terme inclut-il une *adresse électronique* du destinataire ? La Commission a donné une réponse affirmative à cette question. Si l'on veut permettre l'utilisation des moyens électroniques dans le cadre de la Convention, l'on voit en effet mal comment le terme « adresse » ne pourrait pas comprendre une adresse électronique. Par conséquent, si seule l'adresse électronique du destinataire de l'acte est connue, la Convention peut, en principe, s'appliquer. Toutefois, la Commission n'a pas eu le temps d'examiner en détail les conséquences de la conclusion à laquelle elle est parvenue. Deux points, au moins devront encore être étudiés :

- a) l'adresse électronique n'étant pas significative d'un rattachement géographique⁶⁷ qu'advient-il du champ d'application de la Convention ?

⁶⁵ Allemagne, Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Bélarus, Belgique, Botswana, Canada, Chine, Chine (y compris les Régions administratives spéciales de Hongkong et de Macao), Chypre, Danemark, Egypte, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon, Lettonie, Luxembourg, Malawi, Norvège, Pakistan, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Seychelles, Slovaquie, Suède, Suisse, République tchèque, Turquie, Venezuela. En outre, la Bulgarie et la République de Corée ont récemment déposé leurs instruments d'adhésion à cette Convention.

⁶⁶ Nombre de demandes adressées à l'Autorité Centrale des Etats Unis ; le chiffre nous a été communiqué par un des représentants de la *National Association of Professional Process Servers* qui a participé aux travaux de la Commission.

⁶⁷ Une personne peut avoir une adresse électronique auprès d'un fournisseur de service dont le nom de domaine comprend un identifiant national (.us ;.nl ;.ch ;.fr etc.) sans pour autant être résidente de ce pays.

- b) les Etats sont-ils prêts à admettre la validité d'une notification faite à une adresse électronique seulement ? Sur cette seconde question, la Commission note particulièrement les exigences de l'article 15 de la Convention visant à assurer la protection du défendeur dont l'effectivité doit être assurée, s'agissant d'une disposition de la Convention.

5.2 La transmission par voie électronique

Afin de garantir une communication rapide et efficace, tant pour les transmissions prévues à l'article 3 (Autorités centrales)⁶⁸ que les transmissions subsidiaires de l'article 10⁶⁹, la Commission recommande *que ces transmissions puissent être accomplies par voie électronique, à condition qu'elles répondent aux exigences de sécurité suivantes*. La technique utilisée pour acheminer les documents par voie électronique devrait garantir la *confidentialité* du message (assurer, par des moyens de cryptographie ou autres, que le message envoyé ne pourra pas être intercepté par autrui), *l'intégrité* du message (assurer que le message ne sera pas tronqué en cours d'envoi), *l'inaltérabilité* du message (assurer qu'aucun changement ne pourra être apporté au message par le destinataire ou toute autre personne). La technique devrait également permettre *d'identifier* de façon incontestable l'expéditeur du message. En outre, une trace irréfutable de la *date précise de l'envoi et de la réception* du message devrait être conservée. Enfin, pour être performante et efficace, la technologie devrait être *opérationnelle à tout moment* (éviter les surcharges, appelées *spam* en langage technique).

L'utilisation de moyens électroniques pour assurer le bon fonctionnement de la Convention ne pose guère de problèmes dans la mesure où la formulation des dispositions en cause est *neutre* quant aux technologies de communication à utiliser.⁷⁰ C'est précisément cette absence de référence à une technique spécifique qui permet aujourd'hui de tenir compte des progrès réalisés dans le domaine des moyens de communication. De plus, l'utilisation de moyens de communication aussi rapides et simples que le courrier électronique répond à deux buts fondamentaux de la Convention qui sont de porter l'acte en question « à la connaissance réelle du destinataire *en temps utile* pour que le défendeur puisse se défendre » et de

⁶⁸ *Mutatis mutandis*, l'attestation prévue à l'article 6 pourrait également être établie par voie électronique. Toutefois, la Commission a considéré que des problèmes de preuve pouvaient éventuellement se poser.

⁶⁹ Il en irait de même pour les transmissions des articles 8 et 9. La Commission a noté, à cet égard, la pratique d'ores et déjà mise en place par certains Etats qui envoient par courrier électronique à leurs missions diplomatiques les actes à notifier.

⁷⁰ Il est à noter que la proposition de Règlement européen relative à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (mars 2000) suivait le même principe et ne prévoyait pas de mode de communication spécifique pour la transmission des actes. En effet, en vertu de l'article 4, alinéa 2, de la directive « [l]a transmission des actes, demandes, confirmations, accusés de réception, attestations et de toute autre pièce entre les entités d'origine et les entités requises peut être effectuée *par tout moyen approprié*, sous réserve que le contenu du document reçu soit fidèle et conforme à celui du document expédié et que toutes les mentions qu'il comporte soient aisément lisibles » [nous soulignons]. De plus, selon l'article 17, lettre d), la Commission des Communautés Européennes arrête les mesures visant à « mettre en œuvre des modalités d'application [de la directive] aux fins d'une accélération de la transmission et de la signification ou la notification des actes. » L'exposé des motifs précise que ce but pourra notamment être réalisé « en facilitant les transmissions transfrontières par voies électroniques dans des conditions de sécurité ». Les Etats membres disposeront d'un *manuel* permettant à l'entité d'origine de s'informer sur les moyens susceptibles d'être mis en œuvre dans ses relations avec les entités requises d'un autre Etat membre. Ce manuel sera établi et mis à jour annuellement par la Commission.

« [s]implifier le mode de transmission de ces actes du pays requérant au pays requis. »⁷¹

De l'avis de la Commission, il ne fait aucun doute qu'une transmission des actes par voie électronique augmenterait de façon significative l'utilité et l'efficacité de la Convention. Les demandes de notification étant acheminées instantanément d'un Etat à l'autre, elles peuvent être portées à la connaissance du destinataire plus rapidement. Ce gain en temps et en efficacité est d'autant plus appréciable que, de l'avis unanime des huissiers et *process servers* présents à la table ronde, la communication avec plusieurs Autorités centrales ne donne guère satisfaction. Il n'est en effet pas rare qu'une demande de notification ne soit exécutée que plusieurs mois après l'envoi. Il est même des cas dans lesquels l'attestation d'exécution a été retournée à l'autorité requérante plusieurs années après l'envoi de la requête. Dans ces conditions, l'on comprendra que tout moyen tendant à raccourcir les délais de transmission sera le bienvenu.

De l'avis de la Commission, cette ouverture de la Convention aux moyens de communication électronique ne nécessite pas une révision formelle de la Convention. En revanche, il serait souhaitable d'en fixer les modalités dans une *recommandation*.

5.3 Formulaires électroniques

Une demande envoyée à l'Autorité centrale de l'Etat requis doit être conforme au formulaire modèle qui figure en annexe à la Convention (art. 3). La Commission recommande *qu'une version électronique de ces formulaires soit établie*. La transmission par voie électronique de ces formulaires devra également répondre aux exigences de sécurité mentionnées ci-dessus.

En vertu de l'article 3, alinéa 2, la demande doit être accompagnée de l'acte judiciaire « ou de sa copie, le tout en double exemplaire ». La Commission recommande d'interpréter cette expression de façon *fonctionnelle* lorsque la transmission se fait par voie électronique. Un document transmis par voie électronique pouvant, en général, être reproduit (imprimé) à tout moment et en nombre illimité, l'exigence d'une copie ou d'un double exemplaire sera satisfaite par l'envoi d'un seul message.

5.4 Notification par voie postale

La plupart des Etats ne s'opposent pas à ce que les actes judiciaires en provenance d'autres Etats contractants soient notifiés directement par la poste sur leurs territoires.⁷² Pour certains pays, il semblerait même que ce mode de transmission soit la principale voie de notification à l'étranger. L'article 10 (a) relève par conséquent d'un intérêt pratique considérable.

Au vu de ce qui précède, la Commission a pris note des articles 39 à 41 de la *Convention postale universelle* conclue à Séoul le 14 septembre 1994. En vertu de son article 39, alinéa 1, les administrations postales peuvent convenir entre elles de participer au service de courrier électronique. Le deuxième alinéa contient une définition du courrier électronique : il s'agit « d'un service postal qui utilise la voie des

⁷¹ Rapport explicatif de M. V. Taborda Ferreira, *Actes et documents de la Dixième session* (1964), t. III, p. 363-364.

⁷² Pour les Etats qui s'opposent à cette voie, voir le site Internet de la Conférence : www.hcch.net/f/status/stat14f.html.

télécommunications pour transmettre, conformes à l'original et en quelques secondes, des messages reçus de l'expéditeur sous forme physique ou électronique et qui doivent être remis au destinataire sous forme physique ou électronique. » A la lecture de ce texte, l'on peut légitimement s'interroger si l'expression « par la voie de la poste » contenue à l'article 10 lettre a de la Convention de 1965 ne doit pas désormais être comprise comme incluant un envoi par voie *électronique* lorsque la messagerie utilisée est celle d'une administration postale.⁷³ Toutefois, plusieurs membres de la Commission ont exprimé des réserves face à ce mode de transmission. Ces réserves tiennent au fait que plusieurs Etats - qu'ils aient ou non fait l'objection prévue à l'article 10 (a) de la Convention - refusent d'exécuter un jugement étranger rendu à l'issue d'une procédure dont l'acte introductif d'instance a été notifié par voie postale⁷⁴.

De plus, l'expression « par la voie de la poste » devra également être examinée à la lumière du fait que plusieurs opérateurs *privés* offrent désormais des services de courrier.⁷⁵ Sans avoir adopté de recommandations concrètes à cet égard, la Commission suggère que les conséquences de cette ouverture soient également examinées lors de la prochaine Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention.

5.5 *Simple remise de l'acte au destinataire qui l'accepte volontairement*

L'article 5, alinéa 2, prévoit que, sauf dans le cas où une forme particulière est demandée, l'acte peut toujours être remis au destinataire qui l'accepte volontairement. Il est à noter que ce procédé de la simple remise est très largement employé par de nombreux Etats contractants.⁷⁶ Très souvent, la personne qui remet l'acte est un fonctionnaire de police. Dans la plupart des cas, les destinataires acceptent l'acte volontairement ou viennent le retirer au Bureau de police.

La Commission s'est interrogée sur la question de savoir si la réception et la lecture d'un message électronique peuvent être assimilées à une remise simple. La réponse donnée par la Commission est en principe *affirmative*, à condition que le droit de l'Etat de destination n'interdise pas la notification par voie électronique. La Commission suggère à cet égard que les Etats parties à la Convention informent le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé s'ils acceptent une telle forme de notification.

La Commission a également évoqué la possibilité pour les parties d'insérer dans leur contrat ou dans les conditions générales utilisées une « clause de notification » dans laquelle elles accepteraient de se voir notifier un acte judiciaire ou extrajudiciaire par la voie électronique. Si une telle possibilité a effectivement été appuyée par la Commission, la clause de notification ne pourrait avoir comme effet de permettre une

⁷³ En vertu du texte, il est notamment envisageable qu'un expéditeur envoie l'acte par courrier électronique privé à l'administration postale en chargeant celle-ci de le transmettre par courrier électronique postal au destinataire. Contrairement à un envoi direct par l'expéditeur au destinataire, un envoi par l'entremise d'une administration postale assurerait à la transmission le caractère postal prévu à l'article 10 (a) de la Convention.

⁷⁴ Manuel pratique Notification à l'étranger – Convention de La Haye, p. 47-50.

⁷⁵ Pour la *New York Supreme Court*, un envoi effectué par l'entremise d'un service de courrier privé ne peut être considéré comme envoi postal au sens de l'art. 10 (a), décision en date du 21 novembre 1995 dans l'affaire *Mezitis v. Mezitis*. La décision peut être téléchargée à l'adresse suivante : http://www.ljextra.com/cgi-bin/f_cat?test/ht-docs/ny.archive.html/95/11/da1995_1121_1526_106.html.

⁷⁶ Voir *op.cit. supra* note 74, p. 42.

notification directe entre parties. Elle aurait comme seule conséquence de permettre notamment à l'Autorité centrale ou à un huissier de l'Etat de la destination de remettre l'acte au destinataire par voie électronique.⁷⁷

§ 6 Commission VI — Obtention des preuves à l'étranger et légalisation⁷⁸

La Commission VI avait pour objet d'étudier l'interprétation et l'adaptation éventuelle(s) de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* aux nouvelles possibilités offertes par les moyens électroniques et de télécommunication actuels. La Commission ayant eu un peu plus de temps que les autres Commissions, a également étudié l'adaptation éventuelle de la *Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers*.

6.1 L'obtention des preuves

En ce qui concerne l'obtention des preuves, la Commission a été unanime pour conclure que l'esprit, la structure et le texte de la Convention de La Haye n'interdisent pas l'obtention des preuves par des moyens électroniques. En particulier, l'expression «commission rogatoire» ne doit pas être interprétée comme constituant un obstacle à l'utilisation de moyens électroniques. La Commission a noté, à cet égard, que la Convention ne définit d'aucune manière la forme que doit prendre la commission rogatoire. Or, l'un des objectifs de la Convention consiste à améliorer la coopération mutuelle entre les Etats parties en facilitant la transmission et l'exécution des commissions rogatoires et en accroissant l'efficacité de la coopération⁷⁹. Cet objectif est particulièrement net à la lecture de l'article 9, paragraphe 3, de la Convention qui

⁷⁷ Aux Etats-Unis, un résultat similaire pourrait être atteint à l'aide d'un *waiver of service*, par lequel un défendeur dispense le demandeur d'une notification. Au lieu de faire parvenir au défendeur une citation à comparaître, le demandeur envoie au défendeur (par voie postale ou par tout autre moyen approprié) un document intitulé "*waiver of service*". Au moyen de ce document, dont la forme et le contenu sont déterminés par la loi, le demandeur informe le défendeur qu'il a introduit une action devant un tribunal spécifié. Le défendeur peut refuser ou accepter ce document. S'il l'accepte, il doit retourner le formulaire au demandeur. Le délai est de 30 jours s'il a reçu le document aux Etats-Unis et de 60 jours s'il l'a reçu à l'étranger. L'acceptation du *waiver of service* par le défendeur libère le demandeur de son obligation de notifier une citation à comparaître au défendeur. L'acceptation du *waiver of service* ne prive pas le défendeur de la possibilité de contester la compétence juridictionnelle du tribunal. De plus, l'acceptation n'interrompt pas les délais de prescription et ne peut servir de fondement à un jugement par défaut. Si le défendeur refuse d'accepter le *waiver of service*, la citation à comparaître doit lui être notifiée par la voie normale. Un tel refus entraîne cependant l'obligation pour le défendeur de participer aux frais de la notification normale. A la suite de la critique émise par les Etats européens, cette sanction a finalement été limitée aux seuls demandeurs domiciliés aux Etats-Unis. La commission n'a pas eu le temps d'examiner en détail les différents aspects du *waiver of service*. L'on peut penser, cependant, que l'envoi de la demande de dispense de notification par voie électronique est d'autant plus justifié qu'il ne s'agit pas en réalité d'un document *judiciaire*, mais d'une simple communication transmise au défendeur.

⁷⁸ La composition de la Commission VI était la suivante: Président: Patrick Bernard, Avocat, Bernard-Hertz-Béjot, Paris. Rapporteur: Michael S. Baum, Vice-Président, Verisign Inc, Mountain View; Jan Hebly, Dr., Attorney-at-law, Trenité Van Doorne, Rotterdam. Participants: Souheil, El Zein, Director, Legal Affairs, Lyon; Helmut Fessler, Notaire, Union Internationale du Notariat Latin, Krefeld; Sylvette Guillemard, Avocate, Gouvernement du Québec; Johan Huizing, Senior Counsel IBM Europe/Middle East & Africa, Paris; Monique Jametti Greiner, Vice-directrice, Office fédéral de la justice, Berne; Dirk Langer, Assistant, Université de Genève; Guy Lequime, Chef de division, Cour de Justice des Communautés Européennes, Luxembourg; Hugo Maurin Cayrus, Counsellor of the Permanent Delegation of Uruguay in Geneva; Dorothée Van Iterson, Conseillère, Ministère de la Justice, La Haye; J.H.A. Van Loon, Secrétaire général, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye.

⁷⁹ Voir le préambule, paragraphes 2 et 3.

prévoit: «La commission rogatoire doit être exécutée d'urgence». Les transmissions électroniques devraient donc constituer un moyen très efficace pour l'application concrète de cette disposition.

La Commission a d'abord étudié le chapitre premier de la Convention et notamment si les dispositions de son article 2, paragraphe 1, permettaient l'utilisation d'une transmission électronique. La Commission a répondu de manière positive à cette question.

La Commission s'est interrogée sur le point de savoir si l'utilisation des Autorités centrales ou autres autorités prévues à l'article 24 devenait superflue dans le cadre des nouvelles techniques de transmission. La Commission a conclu négativement, estimant que les Autorités centrales ou autres autorités pouvaient être utiles lorsque le tribunal dans le pays d'origine ne peut pas identifier le tribunal compétent dans le pays requis ou lorsque l'article 12 de la Convention doit s'appliquer.

La Commission a abordé ensuite, les mesures de sécurité que l'utilisation des nouvelles techniques de communication devait engendrer. La Commission a noté avec intérêt les progrès faits pour la sécurité des systèmes, quelle que soit la technique utilisée. La Commission a également noté que l'utilisation d'Internet peut constituer un danger s'agissant d'un moyen de communication non sécurisé par principe. Dès lors, il a été reconnu que lorsqu'un degré d'authenticité, de confidentialité et d'intégrité des documents ou communications transmises était nécessaire, l'utilisation de sites cryptés devait être encouragée. Pour la Commission, de telles méthodes ne doivent pas être considérées comme des formalités au sens de l'article 3, paragraphe 3, de la Convention, interdites en tant que telles.

La Commission a enfin étudié la possibilité d'utiliser les nouveaux moyens de communication, notamment les vidéoconférences et moyens similaires, pour interroger à distance les témoins. La Commission n'a pas vu d'obstacle particulier à l'utilisation de ces techniques. Toutefois, elle a considéré que cette utilisation devait se faire conformément à la Convention, c'est-à-dire, soit par l'utilisation d'une commission rogatoire, soit en vertu de l'article 17 interprété de manière fonctionnelle. Toutefois, la Commission est d'avis que cette question doit faire l'objet d'études complémentaires, notamment par rapport à la protection du haut témoin.

6.2 *L'apostille électronique*

En ce qui concerne la Convention supprimant l'exigence de la légalisation et la question de l'apostille, la Commission a examiné brièvement la possibilité de tenir le registre prévu à l'article 7 de la Convention, dans lequel les autorités prennent note des apostilles délivrées de manière électronique. La Commission a été unanime pour dire que la méthode de l'équivalence fonctionnelle permettait de tenir un tel registre sous forme électronique.

En revanche, la Commission n'a pas étudié de manière précise si l'apostille elle-même prévue à l'article 6 pouvait être délivrée électroniquement. Cette question dépend vraisemblablement, en partie au moins, du point de savoir si le document lui-même sur lequel l'apostille doit être apposée est un document électronique. Les documents privés nécessitant une apostille le sont de plus en plus. Il conviendrait donc d'étudier la possibilité d'apposition électronique de l'apostille. Lorsque les documents publics seront également disponibles sous forme électronique, l'extension à de tels documents pourrait également être faite. La Commission a notamment considéré que des études complémentaires pourraient montrer que le système pourrait fonctionner grâce à

l'utilisation de tiers de confiance, comme cela se fait déjà pour la signature électronique.

§ 7 Commission VII — Règlement des différends en ligne et standards de procédure⁸⁰

La Commission VII avait pour mission de travailler sur le règlement des différends en ligne et les règles de procédure nécessaires pour un tel mode de règlement des différends. Faute de temps, la Commission n'a pas pu travailler sur les actions de groupes sauf pour constater que les nouveaux outils électroniques de communication devraient faciliter la gestion des actions de groupe et des procès complexes. Cette question pourrait éventuellement reprendre de l'actualité avec l'accroissement de litiges de même nature suscités par l'utilisation d'Internet. Elle nécessitera vraisemblablement des études complémentaires.

La Commission a été unanime pour dire que les litiges nés à l'occasion de l'utilisation d'Internet et de l'essor du commerce électronique nécessitent la mise en place de systèmes de règlements des différends adaptés entraînant notamment un plus grand besoin de coopération judiciaire transnationale. Les modes électroniques de communication pourraient ainsi permettre de faciliter cette coopération.

Reconnaissant que l'accès à la justice est un droit fondamental, la Commission est tombée d'accord pour dire que les modes électroniques en ligne de règlements des différends sont particulièrement adaptés à l'accroissement prévisible des litiges dans le contexte du commerce électronique et tout particulièrement lorsque les litiges naissent de relations entre consommateurs et professionnels. Toutefois, le développement de tels mécanismes nécessite la prise en considération et la protection des principes d'indépendance, d'impartialité et de transparence des systèmes ainsi que le principe de la contradiction, l'efficacité procédurale, la légalité des décisions et la liberté des parties et de leurs droits à une représentation.

La Commission a été particulièrement sensible au fait que certains citoyens pouvaient ne pas avoir accès aux moyens de communication nécessaires pour bénéficier de l'accès à la justice par des modes électroniques. Afin de pallier cette inégalité inhérente aux moyens matériels disponibles, la Commission a suggéré que soient mis en place des points de contact publics et facilement accessibles permettant à tous de bénéficier des moyens techniques adéquats. La Commission a également discuté de la possibilité de développer des formulaires de procédure permettant une meilleure efficacité de la justice. Ces formulaires pourraient être mis à la disposition des plaideurs en ligne.

⁸⁰ La composition de la Commission VII était la suivante: Président: Richard Allan Horning, Attorney-at-law, Tomlinson Zisko Morosoli & Maser LLP, Palo Alto. Rapporteur: Ethan Katsh, Professor, University of Massachusetts, Helmut Rüssmann, Professor, University of Saarbrücken. Special Rapporteur for Group Actions: Marc Fallon, Professeur, Université Catholique de Louvain. Participants: Jose Abascal Zamora, External Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Mexico; Davic Billard, Dr., Université de Genève; Timothy Fenoulhet, Analyses and Policy Planning, European Commission, Bruxelles; Fabien Gélinas, General Counsel, International Chamber of Commerce, Paris; Richard Hill, Dr., Hill & Associés, Genève; Douglas Hornung, Avocat, Cabinet Lalive & Associés, Genève; Catherine Kessedjian, Secrétaire général adjoint, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye; Lilja Ólafsdóttir, Legal Adviser, European Free Trade Association, Genève; Isabelle Romy, Professeur, Université de Fribourg; Paul Vidonne, Vice-Président, Compagnie Nationale des experts judiciaires en informatique et techniques associées, Meylan.

Comme d'autres commissions, la Commission VII a également reconnu l'utilité d'utiliser les principes d'équivalents fonctionnels développés par la loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)⁸¹.

Certains membres de la Commission se sont interrogés sur le point de savoir si l'utilisation de moyens de communication électronique n'allait pas à l'encontre de la confidentialité des actes de procédure exigés par certains systèmes nationaux de procédure. Toutefois, la Commission est d'avis que les exigences de confidentialité peuvent être respectées malgré l'utilisation de modes électroniques de communication, compte tenu de la disponibilité de moyens techniques tels que le cryptage.

Lorsque le règlement des différends a lieu hors ligne, la Commission est d'avis que la référence au lieu de l'arbitrage ou au lieu du prononcé de la sentence arbitrale ne doit pas être interprétée comme un lieu géographique mais comme une fiction juridique permettant de tirer toutes les conséquences que la loi applicable entraîne, comme, par exemple, les voies de recours contre la sentence. Normalement, ce lieu aura été prévu par les parties ou par une décision du tribunal arbitral. Toutefois, en l'absence de choix, la Commission a suggéré que l'on se mette d'accord sur une règle uniforme par défaut sans toutefois suggérer quelle pourrait être cette règle. La Commission est d'avis que cette proposition s'applique *mutatis mutandis* aux autres modes alternatifs de règlements des différends.

Une partie des recommandations ci-dessus devrait être étudiée plus précisément lors de la réunion conjointe que la Conférence de La Haye organise avec l'OCDE et la CCI et dont il sera fait état ci-dessous.

C GROUPE D'EXPERTS RÉUNIS A OTTAWA

Du 28 février au 1er mars 2000, un Groupe d'experts destinés à discuter des questions de commerce électronique et de compétence juridictionnelle internationale a été réuni à l'invitation du Gouvernement canadien à Ottawa.

Tous les Etats membres de la Conférence avaient été invités à participer ainsi que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales actives dans le domaine et un certain nombre d'experts *ad hoc*⁸². Les débats ont été structurés autour

⁸¹ Voir ci-dessus les développements du chapitre premier.

⁸² La composition de la réunion d'experts du 28 février au 1er mars 2000, à Ottawa, était la suivante: Mr Rolf Wagner, Ministerialrat; Federal Ministry of Justice, Berlin, Allemagne; Ms Andrea Schulz, Regierungsdirektorin, Federal Ministry of Justice, Berlin, Allemagne; Mr David M.J. Bennett, QC, Solicitor-General of Australia, Sydney, Australia; The Honourable Justice Peter E. Nygh, Visiting Professor, University of New South Wales, Kirribilli, Australie; Mr John Mc Guinness, Principal Legal Officer, Attorney-General's Department, Barton, Australie; Mr Timothy McEvoy, Senior Associate, Freehill Hollingdale & Page, Melbourne, Australie; Dr Sabine Längle, Judge, Federal Ministry of Justice, Vienna, Austria; M. Jacques H.L. Matthys, Conseiller général, Ministère de la Justice, Bruxelles, Belgique; Mr Morris Rosenberg, Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Ms Kathryn Sabo, Senior Counsel, Department of Justice, Ottawa, Canada; Ms Gaylen A. Duncan, President, Information Technology Association of Canada, Mississauga, Canada; Ms Angie Forte, Policy analyst, Electronic Commerce Task Force, Ottawa, Canada; Mr Jacques Gauthier, General Counsel, Legal Services, Public Works & Government Services, Québec, Canada; Mr Michael Jenkin, Director General, Industry Canada, Ottawa, Canada; Ms Catherine Peters, Senior Economic Policy Advisor, Industry Canada, Ottawa, Canada; Ms Joan Remsu, Senior Counsel, Public Law Policy Section, Ottawa, Canada; Mme Frédérique Sabourin, Ministère des Relations internationales, Québec, Canada; Mr Richard Simpson, Director General, Industry Canada, Ottawa, Canada; Mr T. Bradbrooke Smith, Stikeman Elliot, Ottawa, Canada; Mr David Waite, Director, Industry Canada, Ottawa, Canada; Ms Tian Ni, Ministry of Foreign Affairs, Beijing, China; Mr Y.K. Frank Poon, Deputy Principal Government Counsel, Department of Justice, Hong Kong, China; Mr Qian Xiaocheng, Assistant Judge, Supreme People's Court, Beijing, China; Mr Young-Hill Liew, Judge of Seoul High Court, Ministry of

Court Administration, Seoul, Korea; Dr Krešimir Sajko, Professor, Director of Institute of International and Comparative Law, Zagreb, Croatia; Mr Peter Arnt Nielsen, Associate Professor, Charlottenlund, Denmark; Mr Joaquim-J. Forner Delaygua, Professor, University of Barcelona, Spain; Mr Jeffrey D. Kovar, Assistant Legal Adviser for Private International Law, Department of State, Washington, DC; United States of America; Mr Andrew J. Pincus, General Counsel, Department of Commerce, Washington, DC, United States of America; Mr Mark Bohannon, Chief Counsel for Technology & Counsellor to the Under Secretary for Technology, Department of Commerce, Washington, DC; Mr Michael Donohue, Federal Trade Commission, Washington, DC, United States of America; Mr Pedro Erviti, US Embassy, Ottawa, Canada; Mr Brian Hengesbaugh, Special Counsel, Office of the General Counsel, Washington, DC, United States of America; Ms Jennifer Lucas, Patent & Trademark Office, Washington, DC, United States of America; Mr Hugh Stevenson, Federal Trade Commission, Washington, DC, United States of America; Mr Ronald A. Brand, Professor of Law, University of Pittsburgh School of Law, Pittsburgh, United States of America; Ms Cindy Rose, Vice President, Government Relations, The Walt Disney Company, Brussels, Belgium; Mr Peter D. Trooboff, Esquire, Attorney-at-Law, Washington, DC, United States of America; Ms Elena Andreevska, Director, Ministry of Foreign Affairs, Skopje, The Former Yugoslav Republic of Macedonia; Mr Justice Gustaf Möller, Supreme Court of Finland, Helsinki, Finland; M. Olivier Tell, magistrat, Ministère de la Justice, Paris, France; Mrs A. Grammatikaki-Alexiou, Professor at Aristotle University of Thessaloniki, Greece; Mr Arthur Plunkett, Barrister-at-law, Dublin, Ireland; Ms Lorraine Benson, Principal Officer, Department of Enterprise, Trade and Employment, Dublin, Ireland; M. Fausto Pocar, professeur de droit international et de droit international privé à l'Université de Milan, Italie; Mr Tadashi Kanzaki, Professor at Gakushuin University, Uppsala, Japan; Mr Ryoza Hayashi, Director General for Machinery and Information Industries Policy, Tokyo, Japan; Mr Satoshi Nohara, Deputy Director of Information Services Industry Division, Tokyo, Japan; M. Idriss Idrissi Bichr, Directeur des Affaires civiles, Ministère de la Justice, Rabat, Maroc; M. Antoon (Teun) V.M. Struycken, professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Nimègue, Heilig Landstichting, Pays-Bas; M. Frans J.A. Van Der Velden, conseiller au Ministère de la Justice, La Haye, Pays-Bas; M. Luís Pedro Rocha De Lima Pinheiro, professeur de droit à l'Université de Lisbonne, Portugal; Mr Peter M. Beaton, Head of Civil Justice and International Division, Scottish Executive Justice Department, Edinburgh, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; Mr Paul R. Beaumont, Professor of European Union and Private International Law, Aberdeen, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; Mr Charles Raikes,

Legal Director, Department of Trade and Industry, London, United Kingdom; Mr Chris Reed, Professor of Electronic Commerce Law, London; Mr Göran Lambertz, Director-General for Legal Affairs, Ministry of Justice, Stockholm, Sweden; M. Alexander R. Markus, chef de la Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne, Suisse; Ms Bilgin Tiryakioglu, Deputy Dean, University of Ankara, Turkey; Ms Ilknur Altintas, Inspection Judge, Ministry of Justice, Ankara, Turkey.

Etats non membres représentés: Mr David J. Goddard, Barrister; Consultant to the New Zealand Law Commission, Wellington, New Zealand.

Représentants d'organisations intergouvernementales: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : Mr Renaud Sorieul, Senior Legal Officer, United Nations Commission on International Trade Law, Vienna; *Commission Economique des Nations Unies pour l'Europe* : Mr David Marsh, Legal Liaison Rapporteur and Vice-Chair of UN/CEFACT Legal Working Group, London; *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)* : Ms Shira Perlmutter, Consultant, Office of Strategic Planning and Policy Development, WIPO, Geneva; Mr Li-Feng Schrock, Consultant, Office of the Director General, WIPO, Geneva; *Commission européenne* : Mme Anne-Marie Rouchaud, administrateur principal, Coopération judiciaire civile, Bruxelles; M. Manuel Desantes, Service juridique, Bruxelles; *Conseil de l'Union européenne* : M. Fernando R. Paulino Pereira, administrateur principal à la Direction générale "H" (Justice et Affaires intérieures), Bruxelles; *Parlement européen* : Dr Harry Duintjer Tebbens, Head of Division, Brussels; Mrs Diana Wallis, MEP, European Parliament, Brussels; Ms Hillary Groos, European Parliament, Brussels, Belgium.

Représentants d'organisations non gouvernementales: Chambre de Commerce Internationale : Mr Mike Pullen, Senior Regulatory Counsel, Brussels; Ms Joelle Freundlich, Senior Legal Advisor; *Association internationale du barreau* : Mr Bayo Odutola, Ottawa; *Global Business Dialogue on Electronic Commerce* : Ms Joelle Freundlich, Senior Legal Advisor; *Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC) et/and Consumers International* : Mme Ursula Pacht, Legal Officer, Bruxelles; *Internet Law & Policy Forum* : Ms Ruth Day, Executive Director, New York ; Mr Masanobu Katoh, Chairman of the Board, Washington, United States of America; *Union Internationale des Avocats (UIA)* : M. Benoît Emery, Desjardins Ducharme Stein Monas, Montréal; *International Federation of the Phonographic Industry (IFPI)*: Ms Maria Martin-Prat, Director of Legal Policy, London.

Experts ad hoc: Mr Stewart Baker, Steptoe & Johnson LLP, Washington ; Mr David A. Fares, Director, US Council on International Business, New York ; Mrs Jane Ginsburg, Professor of law at Columbia University, New York; Ms H. I-Ennig, Illinois Institute of Technology, Chicago, Illinois, United States of America ; Mr Marc A. Pearl, General Counsel & Senior Vice President, Arlington, United States of America ; Mr Henry H. Perriett, Jr., Dean, Vice President & Professor of Law Illinois Institute of Technology, Chicago; Mr Ronald L. Plessner, Counsel to Electronic Commerce & Consumer Protection Group (ECCPG), Washington; Ms K. Feilly, Illinois Institute of Technology, Chicago, Illinois, United States of America ; Dra. Mariana Silveira, Coordinator of Electronic Commerce Project, National Law Center for Inter-American Free Trade, Tucson,

de l'avant-projet de Convention sur la compétence juridictionnelle et les jugements étrangers en matière civile et commerciale tel qu'adopté par la Commission spéciale réunie à La Haye au mois d'octobre 1999.

Un rapport détaillé sera adressé ultérieurement aux participants et aux Etats Membres non représentés. Toutefois, sans attendre, les conclusions préliminaires suivantes peuvent être mises en lumière :

- 1 Compte tenu de l'essor du commerce électronique envisagé pour les toutes prochaines années, il ne serait pas judicieux de l'exclure du domaine matériel de la Convention.
- 2 L'article 4 de l'avant-projet de Convention donne satisfaction pour les clauses d'élection de for conclues électroniquement (confirmation des conclusions de la Table ronde de Genève).
- 3 De nombreux experts ont exprimé l'idée que l'article 6 (qui porte sur les contrats entre professionnels) soit complété par une disposition ayant trait aux contrats conclus et exécutés entièrement en ligne (confirmation de la Table ronde de Genève). Mais, si plusieurs propositions ont été discutées, aucun consensus n'a pu se dégager pour le moment.
- 4 Quant à l'article 7 (contrats conclus entre un consommateur et un professionnel), un consensus n'a pas pu se dégager sur les modifications éventuelles à apporter à sa rédaction sauf sur le fait que l'article 7 1. b) ne peut fonctionner dans le cadre du commerce électronique. Par ailleurs, certains experts ont exprimé leur accord avec la proposition issue de la Table ronde de Genève⁸³ selon laquelle ce texte devrait être complété par une disposition permettant de reconnaître la validité d'une clause d'élection de for si cette validité est admise par l'Etat de la résidence habituelle du consommateur.

D PROJET DE RÉUNION CONJOINTE OCDE – CONFÉRENCE DE LA HAYE – CCI

Compte tenu des difficultés particulières posées par les différends entre professionnels et consommateurs, le Bureau Permanent s'est intéressé aux modes alternatifs de règlement des différends, non pas comme un substitut idéal aux règles de compétence juridictionnelle pour les actions portées devant des tribunaux nationaux, mais comme un complément dans le cadre d'un système cohérent incluant à la fois la prévention, des modes alternatifs de règlement et une règle par défaut pour la compétence des tribunaux.

Ce système pourrait être conçu selon les grandes lignes suivantes :

- 1 il pourrait être mixte, c'est-à-dire faire intervenir au sein d'une autorité de contrôle indépendante mise en place par les pouvoirs publics, soit directement, soit par délégation, des représentants de l'industrie des consommateurs et des pouvoirs publics eux-mêmes ;
- 2 le système devait être ouvert et permettre à plusieurs institutions et organismes de proposer des modes alternatifs de règlement des différends. On pourrait songer, afin de garantir une plus grande confiance, à organiser une accréditation de ces institutions par l'autorité de contrôle indépendante, selon des principes et

United States of America ; Ms Margaret Stewart, Professor, Chicago-Kent College of Law, Chicago, Illinois, United States of America.

⁸³ Voir ci-dessus chapitre III, B, § 3.

une procédure à définir. Les principes d'indépendance, de transparence, de fiabilité et de légalité notamment devraient constituer une base minimale dans cette procédure d'accréditation. Une concurrence s'établirait alors entre les différents organismes proposant leurs services de règlement des différends, concurrence garante d'un meilleur service, rendu à moindre coût, dans le cadre prévu à cet effet ;

3 le système serait conçu en triptyque :

- a) une méthode préventive permettant de labéliser les sites par un système de sceau ou *trustmark* permettant de favoriser des sites qui offrent des garanties effectives aux consommateurs et d'inciter ces derniers à centrer leurs activités sur ces sites ;
- b) un règlement des différends auquel les sites donneraient leur accord préalable dans le cadre du label et permettant un règlement rapide et à moindre coût d'éventuels litiges survenant et n'ayant pas pu être réglés à titre préventif ;
- c) une règle de compétence juridictionnelle par défaut pour le cas où les deux premiers volets du triptyque n'auraient pas pu donner satisfaction, ou pour les cas résiduels qui ne pourraient pas entrer dans les deux premiers volets du triptyque⁸⁴.

Par ailleurs, dans le cadre des *trustmark* ou label, des règles matérielles communes pourraient être développées, permettant aux institutions de règlement des différends d'appliquer les mêmes règles substantielles afin de garantir une plus grande prévisibilité pour les opérateurs. Ces règles matérielles pourraient éventuellement comprendre une règle de conflit de loi uniforme pour les aspects du litige non réglés par les règles substantielles.

Ce système devrait être conçu dans le contexte mondial compte tenu de la spécificité du commerce électronique. Dans le cadre des négociations en cours pour une Convention sur la compétence juridictionnelle et les jugements étrangers, une disposition comme celle de l'article 7⁸⁵, pourrait être remaniée pour rendre justice à l'Etat actuel du consensus qui semble vouloir se dessiner sur la prise en compte des moyens alternatifs de règlement des différends (ADR) dans le cadre des relations entre consommateurs et professionnels. La disposition pourrait ainsi commencer par une règle interprétative selon laquelle aucune disposition de la Convention ne peut être interprétée comme empêchant de recourir à des modes alternatifs de règlement des différends applicables aux transactions passées par des consommateurs. Puis, la Convention pourrait ensuite confirmer la validité des clauses d'élection de fors si cette validité est admise par le droit du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. Cette disposition rejoindrait les propositions qui ont été faites par la Table ronde de Genève⁸⁶. Enfin, la Convention prévoirait la règle de compétence par défaut qui serait utilisée uniquement dans les cas où les deux autres parties de la règle n'auraient pas pu fonctionner. Si cette règle par défaut devait donner compétence au tribunal de la résidence habituelle du consommateur, encore faudrait-il bien s'entendre sur le fait que seule l'adresse indiquée comme telle par le consommateur serait

⁸⁴ On peut, par exemple, s'interroger sur le point de savoir si les litiges issus de l'utilisation de produits défectueux pourraient être réglés dans le cadre du système proposé.

⁸⁵ Article consacré aux litiges avec les consommateurs.

⁸⁶ Voir développements ci-dessus, chapitre III, B, § 3.

susceptible de donner naissance à la compétence du tribunal. Si le consommateur avait conclu son contrat sans indiquer l'adresse de sa résidence habituelle, la règle de compétence ne pourrait donc pas être utilisée. Si le consommateur avait indiqué une autre adresse que sa résidence habituelle, son cocontractant serait en droit de se fonder sur cette autre adresse comme étant, par présomption, la résidence habituelle du consommateur.

Il existe d'ores et déjà un certain nombre de sites Internet offrant des services alternatifs de règlement des différends dans des domaines particuliers comme le règlement des litiges d'assurance ou des litiges nés de l'attribution des noms de domaine. Seule cette dernière catégorie de litiges a donné lieu à la définition de règles de procédure qui permettent aujourd'hui de réfléchir de manière concrète à la mise en place de règlements des différends en ligne. L'étude de ces règles de procédure montre :

- 1 il convient de différencier clairement la médiation ou la conciliation de l'arbitrage ;
- 2 pour la médiation et la conciliation, le résultat du processus doit être formalisé dans une transaction dont il conviendra de prévoir les modalités d'exécution transfrontières ;
- 3 pour l'arbitrage, de nombreuses règles existent déjà qui ne nécessiteraient pas ou peu d'adaptations ;
- 4 les délais dans lesquels ces règlements sont effectués doivent être brefs sans qu'il apparaisse clairement aujourd'hui comment ce concept doit être défini ;
- 5 les coûts constitueront un aspect essentiel de ces procédures. Un consensus semble émerger pour dire qu'elles devraient être très peu chères pour le consommateur, voire gratuites ;
- 6 le rapport entre les procédures alternatives et celles pouvant être portées devant un tribunal devront faire l'objet d'une clarification et, éventuellement, de règles uniformes ;
- 7 le sort des données collectées nécessite également une clarification ;
- 8 les principes de contradiction et de représentation devront être adaptés ;
- 9 l'exécution des décisions à intervenir devrait bénéficier des nouveaux modes de communication selon des principes à définir.

C'est pour explorer toutes ces pistes qu'un travail commun entre l'OCDE, la Conférence de La Haye et la cci a été entrepris. Cette collaboration, dans un premier temps, prend la forme d'un séminaire conjoint organisé à La Haye, à l'invitation du Gouvernement néerlandais. Initialement prévu pour les 19 et 20 juin 2000 il devra être reporté à l'automne de 2000. Selon les conclusions auxquelles ce séminaire parviendra, le rôle de la Conférence de La Haye pourrait trouver à s'employer à la préparation, ensemble avec d'autres organisations, d'un modèle de règlement des différends en ligne. La forme exacte que prendraient ces règles de procédure n'est évidemment pas encore définie à ce stade et une certaine flexibilité serait certainement nécessaire à cet égard.

CONCLUSION

Il apparaît clairement que l'encadrement juridique de la société de l'information, pour autant qu'il soit nécessaire, doit intervenir à un niveau mondial, universel⁸⁷.

Il paraît, dès lors, indiqué de maintenir à l'ordre du jour de la Conférence les questions de droit international privé posées par les échanges de données informatisées, Internet, le commerce électronique, y compris la protection de la vie privée.

Toutefois, compte tenu des réflexions précédemment exposées, un intitulé plus synthétique pourrait être retenu selon la proposition suivante : «Questions de droit international privé posées par la société de l'information y compris le commerce électronique». Cet intitulé général permettrait de poursuivre les travaux entrepris, notamment sur les modes alternatifs de règlement des différends et les procédures en ligne ; ces travaux pouvant être entrepris conjointement avec d'autres organisations internationales. De plus, cet intitulé général aurait le mérite de rappeler de manière implicite l'utilité d'examiner à nouveau les Conventions de La Haye existantes, notamment celles de 1961, 1965 et 1970 évoquées ci-dessus⁸⁸, en vue de leur adaptation aux besoins de la société de l'information.

⁸⁷ Voir à cet égard les considérants 58 à 62 du projet de directive européenne sur certains aspects juridiques du commerce électronique cité *supra* note 26.

⁸⁸ Cf. chapitre III, B, §§ 5 et 6.