
Les échanges de données informatisées, Internet et le commerce électronique

DOCUMENT ÉTABLI PAR CATHERINE KESSEDIAN
SECRÉTAIRE GÉNÉRAL ADJOINT

Document préliminaire No 7 d'avril 2000

Table des matières

	page
INTRODUCTION	278
CHAPITRE I – ÉTAT DES TRAVAUX EN MATIÈRE D'ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES ET DE COMMERCE ÉLEC- TRONIQUE	278
A TRAVAUX DE LA CNUDCI	278
1 Loi modèle sur le commerce électronique de 1996	278
2 Travaux en matière de signature élec- tronique	278
3 Travaux futurs de la CNUDCI	280
B TRAVAUX DE L'OCDE	280
C TRAVAUX DE L'UNION EUROPÉENNE	282
1 Signature électronique	282
2 Encadrement juridique du commerce élec- tronique	282
3 Modes alternatifs de règlement des différends	284
CHAPITRE II – PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE EN MATIÈRE DE FLUX TRANSFRONTIÈRES DE DON- NÉES	284
A TRAVAUX DE L'OCDE	284
1 Travaux achevés	284
2 Travaux en cours et futurs	286
B TRAVAUX DU CONSEIL DE L'EUROPE	286
C TRAVAUX DE L'UNION EUROPÉENNE	288
CHAPITRE III – TRAVAUX DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE	290
A COLLOQUE EN L'HONNEUR DE MICHEL PELICHET	290

B TABLE RONDE DE GENÈVE	290
1 Commission I – Contrats	292
1.1 <i>Compétence juridictionnelle</i>	292
a) Contrats entre professionnels	292
b) Contrats de consommation	292
c) Contrats de travail	294
1.2 <i>Loi applicable</i>	294
2 Commission II – Délits	294
2.1 <i>Compétence juridictionnelle</i>	294
2.2 <i>Loi applicable</i>	294
3 Commission III – Clauses d'élection de for et de droit	294
3.1 <i>Internationalité</i>	294
3.2 <i>Validité des clauses</i>	296
a) Contrats entre professionnels	296
b) Contrats de consommation	296
c) Contrats de travail	296
4 Commission IV – Droit applicable à la protection des données	296
5 Commission V – Notification et signification à l'étranger	298
5.1 <i>L'adresse du destinataire de l'acte</i>	298
5.2 <i>La transmission par voie électronique</i>	300
5.3 <i>Formulaires électroniques</i>	300
5.4 <i>Notification par voie postale</i>	300
5.5 <i>Simple remise de l'acte au destina- taire qui l'accepte volontairement</i>	302
6 Commission VI – Obtention des preuves à l'étranger et légalisation	302
6.1 <i>L'obtention des preuves</i>	302
6.2 <i>L'apostille électronique</i>	304
7 Commission VII – Règlement des différends en ligne et standards de procédure	304
C GROUPE D'EXPERTS RÉUNIS À OTTAWA	306
D PROJET DE RÉUNION CONJOINTE OCDE – CONFÉRENCE DE LA HAYE – CCI	308
CONCLUSION	310

Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce

DOCUMENT DRAWN UP BY CATHERINE KESSEDJIAN
DEPUTY SECRETARY GENERAL

Preliminary Document No 7 of April 2000

Table of Contents

	page
INTRODUCTION	279
CHAPTER I – WORK IN PROGRESS ON ELECTRONIC DATA INTERCHANGE AND ELECTRONIC COMMERCE	279
A THE WORK OF UNCITRAL	279
1 The 1996 model law on electronic commerce	279
2 Work on electronic signatures	279
3 Future work of UNCITRAL	281
B THE WORK OF THE OECD	281
C THE WORK OF THE EUROPEAN UNION	283
1 Electronic signatures	283
2 The legal framework of electronic commerce	283
3 Alternative methods of dispute resolution	285
CHAPTER II – PROTECTION OF PRIVACY IN RESPECT OF TRANSBOUNDARY DATA FLOWS	285
A THE WORK OF THE OECD	285
1 Work completed	285
2 Ongoing and future work	287
B THE WORK OF THE COUNCIL OF EUROPE	287
C THE WORK OF THE EUROPEAN UNION	289
CHAPTER III – THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE	291
A COLLOQUIUM IN HONOUR OF MICHEL PELICHET	291

B THE GENEVA ROUND TABLE	291
1 Commission I – Contracts	293
1.1 <i>Jurisdiction</i>	293
a) Contracts between businesses	293
b) Consumer contracts	293
c) Contracts of employment	295
1.2 <i>The applicable law</i>	295
2 Commission II – Tort	295
2.1 <i>Jurisdiction</i>	295
2.2 <i>The applicable law</i>	295
3 Commission III – Choice of court and choice of law clauses	295
3.1 <i>Internationality</i>	295
3.2 <i>Validity of clauses</i>	297
a) Contracts between businesses	297
b) Consumer contracts	297
c) Contracts of employment	297
4 Commission IV – Law applicable to data protection	297
5 Commission V – Service abroad	299
5.1 <i>The address of the recipient</i>	299
5.2 <i>Transmission by electronic means</i>	301
5.3 <i>Electronic forms</i>	301
5.4 <i>Service by post</i>	301
5.5 <i>Service by delivery of the document to an addressee who accepts it voluntarily</i>	303
6 Commission VI – Taking evidence abroad and legalisation	303
6.1 <i>Taking evidence</i>	303
6.2 <i>The electronic certificate (“apostille”)</i>	305
7 Commission VII – Resolution of disputes online and procedural standards	305
C EXPERT GROUP MEETING IN OTTAWA	307
D PLANNED JOINT MEETING BETWEEN THE OECD, THE HAGUE CONFERENCE AND THE ICC	309
CONCLUSION	310

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 Conférence¹, 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 acquiescer une meilleure compréhension des besoins créés par le développement d'Internet et du commerce électronique.

CHAPITRE I – ÉTAT 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 85^e 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 promulguèrent 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 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 Slovaquie, 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

¹ Voir les « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1995 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », établies par le Bureau Permanent, Document préliminaire 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 I, *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 I, 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.

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. Voir le 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.

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*.

In line with the recommendations of the Special Commission of June 1995 on General Affairs and Policy of the Conference,¹ the Eighteenth Session of the Hague Conference on Private International Law decided to retain in the Agenda of the Conference, but without priority, the problems of private international law raised by electronic data interchange.² This question had featured for the first time in paragraph 4 *e* of Part B of the Final Act of the Seventeenth Session.³

The Eighteenth Session also decided to retain on the Agenda the problems of private international law raised by protecting privacy in connection with transboundary data flows,⁴ which had previously also been included in the Final Act of the Seventeenth Session.⁵

It was clear from the discussions on issues relating both to electronic data interchange and to the protection of privacy in connection with transboundary data flows, that at this time the delegates were looking mainly to work done in other international organisations. For electronic data interchange, the work of UNCITRAL was the most relevant. Since then, the European Union has done some very important work which will also be described briefly. As for the protection of privacy, considerable relevant work has been done by the Council of Europe,⁶ the OECD and the European Union.

Following a brief review of work in progress in the various organisations concerned,⁷ we will consider the results of the efforts made by the Permanent Bureau to obtain a better understanding of the needs created by the developments in the Internet and in electronic commerce.

CHAPTER I – WORK IN PROGRESS ON ELECTRONIC DATA INTERCHANGE AND ELECTRONIC COMMERCE

A. THE WORK OF UNCITRAL

1. The 1996 model law on electronic commerce

An annex to a resolution adopted on 16 December 1996 by the General Assembly of the United Nations at its 85th plenary session features the UNCITRAL Model Law on

Electronic Commerce and the Guide to Enactment, for incorporating the Model Law into national law.⁸ States have been recommended to take due account of these texts when promulgating or revising legislation on the subject of electronic data interchange and electronic commerce in general.

The Model Law applies to information of any kind taking the form of a data message used in the framework of commercial activity, the latter term being broadly interpreted to refer to any commercial relationship, contractual or non-contractual.⁹

The principle underlying the Model Law is “functional equivalence”. By this method, UNCITRAL proposes to examine the aims, objectives and functions of the various requirements framed in law, including those on information being given in writing, on signatures, on originals, and on the evidential value of these requirements. For each of these, the Model Law proposes to allow the functional equivalent in electronic form. Thus Article 6, on writing, provides that “Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference”.¹⁰

It is unnecessary here to repeat all the elements of the Model Law, which is familiar to the participants of the Special Commission of the Hague Conference on Private International Law. However, it may be said that this law provides the necessary legal devices for adapting the legislation of States and interpreting the various existing Conventions, as we will see in greater detail below in reviewing the recommendations of the Geneva Round Table.¹¹

We merely add that in 1998 an Article 5 *bis* was added to the model law, to permit the incorporation by reference of a piece of information, which will then retain its legal effects even though it is not incorporated into the data message itself otherwise than by reference.

Since the adoption of the Model Law, we note that three States have adopted legislation modelled on it: Colombia, Korea and Singapore. In the United States, Illinois has also adopted legislation along these lines.¹² However, many other States have made greater or lesser use of the model law, either in legislation which has already been adopted or in drafts under preparation. These States include Australia, Canada, Hong Kong, India, Philippines, Slovenia, Mexico and Thailand.¹³ Finally, the United States National Conference of Commissioners on Uniform State Law has also followed the Model Law in preparing the *Uniform Electronic Transactions Act*.¹⁴

2. Work on electronic signatures

Five meetings have already taken place in order to prepare Uniform Rules on electronic signatures. The aim of the

¹ Cf. *Conclusions of the Special Commission of June 1995 on General Affairs and Policy of the Conference*, drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 9 of December 1995, *Proceedings of the Eighteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 6 and especially p. 110, No 8.

² Final Act of the Eighteenth Session, Part B, paragraph 4 *b*, first indent.
³ *Proceedings of the Seventeenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 42.

⁴ Final Act, Part B, paragraph 4 *b*, second indent.

⁵ Final Act of the Seventeenth Session, Part B, paragraph 4 *b*, *Proceedings*, Tome I, p. 42.

⁶ See Minutes No 2 of Commission I, *Proceedings of the Eighteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 245 *et seq.*

⁷ We will confine the study to the work of organisations concerned with the unification of private law *stricto sensu*. However, it should be noted that work relevant to electronic commerce is also in progress in other organisations, including the WTO, ITI, ICANN and Unesco. In addition, many non-governmental bodies or organisations (such as the ICC, the GBDE, the IBA, the ABA) are preparing studies and taking part in debates in the relevant international fora. It is impossible to give a full picture of this vast range of activity. Finally, the Member States of the Conference are also actively engaged in this field, but their work can be mentioned only incidentally.

⁸ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, with Guide to Enactment, 1996, United Nations, New York, 1997.

⁹ See Article 1 – Sphere of application.

¹⁰ It is noted that Article 4.2(d) of the preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters is inspired by this text. See the text of the preliminary draft Convention on the website of the Hague Conference <www.hcch.net>, under “Work in Progress”.

¹¹ See below, Chapter III B.

¹² This information comes from a document prepared by UNCITRAL and updated on 3 March 2000, entitled “Status of Conventions and Model Laws”, which can be found on UNCITRAL’s Internet website.

¹³ This information was provided by the Secretariat of UNCITRAL to the Geneva Round Table, which is mentioned below.

¹⁴ *Ibid.*

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, laissés 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 primordiale, 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 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 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 tenue 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 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, lorsqu'ils contractent en ligne, d'une protection au moins équivalente à celle présente 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 :

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 le Professeur Katharina Boele-Woelki, de l'Université d'Utrecht.

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.

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

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

uniform rules is to facilitate the increasing use of electronic signatures in international commercial transactions. They are intended to provide a set of norms as a foundation for recognising the legal effects of digital and other electronic signatures. They focus chiefly on the private law aspects of commercial transactions, disregarding the aspects of public policy, administrative law, consumer law and criminal law, which are left to national law to deal with.

They are intended for use in commercial transactions which take shape in an "open" environment, *i.e.*, an environment in which the parties to the transaction communicate by electronic means without prior agreement for the purpose. But they also make it possible to create default rules in a "closed" environment, namely rules which can be applied if the party agreement is silent.

The rules are moreover based on the principle of technical neutrality. Admittedly, many electronic signature systems operate according to the so-called "public key" technique, *i.e.*, a system which operates via a set of relationships between three parties: the holder of the key, the certifying authority and the third party who relies on the key. However, this model is not the only one in existence, and it is conceivable that some systems may allow for both functions to be carried out by the same person.

The rules are also based on the principle of the functional equivalent, so as to permit all the legal effects of a handwritten signature, whether or not the applicable law makes this a binding condition for the document to be valid.

The work of UNCITRAL on this topic is taking on considerable practical significance, especially in connection with the adaptation of the Hague Conventions, to be explained below.¹⁵ Under the *Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents*, the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*, and the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*, reliable identification of the sender of the document, and sometimes of the recipient, is a necessity if the Conventions are to work properly. Adapting these to electronic means of communication therefore presupposes the existence of rules whereby electronic signatures can be legally recognised.¹⁶

3. The future work of UNCITRAL

Depending on what the Member States of UNCITRAL decide, its Secretariat believes that the general work on the basic principles underlying electronic commerce is nearing completion. At the June-July 2000 session, there will be a discussion on possible future work by UNCITRAL in this field. There are several possible options: *a*) a major convention covering all, or certain specific aspects of electronic commerce, although it is not yet clear what its scope of application would be; *b*) a single instrument to enable existing international conventions, especially those

on transport, to be interpreted and adapted, without the need to amend the actual text of these conventions; *c*) more focused work on the substantive law of electronic commerce, to include topics such as the making of contracts or the resolution of disputes.

Bearing in mind the international nature of electronic commerce, and its essentially multidisciplinary character, it may be as well to point out that much of this work could be undertaken jointly by several different organisations, thus enhancing the efficiency of the work and the management of the funds allotted for the purpose. Moreover, for work pertaining to international private law, collaboration with the Hague Conference would be desirable.

B. THE WORK OF THE OECD

It is impossible to give an exhaustive account here of the work done by the OECD in the field of electronic commerce. In this part of the report, we will therefore confine ourselves to the aspects relating to consumer protection, leaving the work on protection of privacy to Chapter 2.

The Committee on Consumer Policy (within the Directorate for Science, Technology and Industry) has prepared a study entitled "Consumer protection in the electronic market place",¹⁷ which was submitted to the OECD Ministerial Conference on "A Borderless World – Realising the Potential for Global Electronic Commerce", held in Ottawa (Canada) on 8 and 9 October 1998, at which the Permanent Bureau was represented.¹⁸

From this document it is clear that the Committee's priority objective was to take part in the development of a worldwide online market which would be reliable and predictable for consumers. This process calls for an answer to the following questions: how accurate is the information received or found online? How is a contract made? How can access be secured to mechanisms for obtaining compensation and settling disputes? What is the risk of fraud? What ensures the safety of the online environment, and the protection of privacy?¹⁹

With these questions in mind, the Committee drew up guidelines²⁰ which the Council of the Organisation has recommended member countries to implement.²¹

It is evident from the text of the guidelines that consumers are to enjoy a level of protection, when contracting online, at least equivalent to that enjoyed in other forms of commerce (Article 1). There is considerable emphasis on the obligation for businesses to supply information, so that consumers will be contracting in full awareness of what is at stake.

There is also a section in the guidelines on a question closer to the concerns of the Hague Conference: dispute resolution and remedies. The relevant passages are reproduced below:

¹⁷ DSTI/CP (98) 13/REV2, of 22 September 1998.

¹⁸ As nobody from the Secretariat was available on those dates, the Permanent Bureau was represented by Professor Katharina Boele-Woelki, of the University of Utrecht.

¹⁹ On this latter question, see below, Chapter II.

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

²¹ See the recommendation under the same reference as in the previous footnote.

¹⁵ Cf below, Chapter III B, on the work of the Geneva Round Table.

¹⁶ The Secretariat of UNCITRAL hopes to complete this work by the end of 2000 (first week of the November 2000 session).

« 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 charges 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.

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 services 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.

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 acces-

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, para. 5 et 6.

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

"A. APPLICABLE LAW AND JURISDICTION

Business-to-consumer cross-border transactions, whether carried out electronically or otherwise, are subject to the existing framework on applicable law and jurisdiction.

Electronic commerce poses challenges to this existing framework. Therefore, consideration should be given to whether the existing framework for applicable law and jurisdiction should be modified, or applied differently, to ensure effective and transparent consumer protection in the context of the continued growth of electronic commerce.

In considering whether to modify the existing framework, governments should seek to ensure that the framework provides fairness to consumers and business, facilitates electronic commerce, results in consumers having a level of protection not less than that afforded in other forms of commerce, and provides consumers with meaningful access to fair and timely dispute resolution and redress without undue cost or burden."

Finally, the guidelines encourage the provision of effective access to alternative means of dispute resolution and remedies, without undue burdens or costs.

C. THE WORK OF THE EUROPEAN UNION

We will deal here only with the work which has been done on the question of electronic signatures, and ongoing work to create a legal framework for electronic commerce and alternative methods of dispute resolution, especially for disputes between businesses and consumers.

1. Electronic signatures

The Directive on a Community framework for electronic signatures was adopted on 13 December 1999.²² The Member States of the Union are to transpose this Directive into their national law by 19 July 2001. Like many Community texts, the Directive will be subject to periodic review, and this will take place for the first time two years after the deadline for transposition. This review will make it possible to ascertain whether developments in technology, on the market and in the law necessitate amendments to the text. Although there was work in progress at the same time at a worldwide level,²³ the European Union preferred to set up its own system without delay, on the understanding that it would be altered in the light of findings at the international level.

From the viewpoint of substance, the Directive provides a framework in which an open and competitive market can be organised for certification services, while requiring States to set up an adequate monitoring system for certification service providers. This market is an open one not only as regards the services proposed in the framework of the internal market (the principle of free circulation) (Article 4), but also as regards third countries (Article 7).

As for the legal effects of the electronic signature, the Directive asks Member States to ensure that advanced electronic signatures²⁴ are recognised as equivalent to handwritten

signatures and are admissible as evidence in court, whatever the actual techniques used.

The Directive also establishes a liability regime for the provider of the certification service (Article 6) and repeats the requirements for personal data protection in Directive 95/46/EC of 24 October 1995.

Finally, we note that the Directive does not prohibit Member States from imposing additional requirements for the use of electronic signatures in the public service (Article 3.7). This clause may have an impact on the work of adapting the Hague Conventions, as described below.²⁵

2. The legal framework of electronic commerce

On 28 February 2000 the Council of the Union took a common position concerning adoption of the Directive of the European Parliament and the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.²⁶ A final text was to be adopted by the end of the first semester of 2000.

Apparently, no previous European directive has had so many recitals in its preamble (65 in all), which is indicative of the scale and intricacy of the issues covered in the text. Its main aim is to remove the legal obstacles to the proper working of the internal market in the information society (recital 5), while ensuring that Community rules are consistent with international rules, in view of the worldwide scale of electronic commerce (recitals 58, 61 and 62). The text also aims to ensure legal certainty and consumer confidence (recital 7) in the framework of the numerous Community instruments for protecting their interests (recitals 11 and 55) and those of individuals generally with regard to the processing of personal data (recital 14).

It is not the aim of the Directive to establish additional rules on private international law relating to conflicts of law or of jurisdiction (recital 23 and Article 1.4). However, it is made clear that the provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services (same recital). It is also specified that States must guarantee victims effective access to dispute resolution, possibly by setting up jurisdictional procedures through appropriate electronic means (recital 52).

The text contains some very useful provisions on the application of rules of private international law, including those on establishment and information. As regards establishment, recital 19 reiterates the principle that: "the place of establishment of a company providing services via an Internet website is not the place at which the technology supporting its website is located or the place at which its website is accessible but the place where it pursues its

²² Directive 1999/93/EC, OJ L13, 19 January 2000, p. 12.

²³ See above for the work of UNCITRAL.

²⁴ Advanced electronic signatures are those which meet the criteria laid down in Article 2.2) of the Directive:

a) they must be uniquely linked to the signatory;
b) they must be capable of identifying the signatory;

c) they are created using means that the signatory can maintain under his control; d) they are linked to the data to which they relate in such a manner that any subsequent change of the data is detectable.

²⁵ See Chapter III B, paras. 5 and 6.

²⁶ This document is available for consultation at <http://europa.eu.int/com/internal_market/en/media/electcomm/composen.pdf>.

sible, 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 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 et 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.

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 États 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 Internet.

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

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.

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, para. 7.

³⁰ Les travaux de cette étude et les présentations du 21 mars peuvent être consultés sur le site <<http://dsa-isis.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 <www.oecd.org/E/droit/doneperso/ocdeprive/priv-fr.htm>.

³³ Voir point 22.

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

economic activity". This principle is reflected in Article 2 c) of the Directive.

As regards information, Articles 5 and 6 of the Directive clarify the requirements governing service providers, which go beyond the rules otherwise set by Community law. These requirements meet the concern often expressed that the rules of private international law are not appropriate for electronic commerce, because they enable one or more criteria to be identified which could serve as territorial connecting factors or, at least, as presumptions.²⁷

The Directive contains many other interesting provisions, but the value of these for private international law is less immediate. They need not be discussed here in detail.

3. Alternative methods of dispute resolution

In the light of the work on revising the Brussels and Lugano Conventions, and the proposal for a Regulation to replace the Brussels Convention,²⁸ those active in the field have become conscious of the implications of the revised rules, especially in the event of disputes with consumers. Thus several proposals have been made for developing alternative methods of dispute resolution, with greater emphasis on online resolution.²⁹

A study was therefore requested from the Commission's Joint Research Centre, which presented its interim preliminary findings at a seminar held in Brussels on 21 March 2000, at which the Hague Conference was represented.³⁰

It would be premature to suggest what avenue the European Union will pursue, or whether the sites offering a dispute resolution service will become the subject of an accreditation procedure or not. However, it is clear that both industry and consumers want to see an open, flexible system set up which will be under some degree of control. Confidence in the dispute resolution system must be built among operators, namely thanks to the principles of transparency, reliability, independence and legality.³¹

CHAPTER II – PROTECTION OF PRIVACY IN RESPECT OF TRANSBOUNDARY DATA FLOWS

We will confine ourselves here to a brief overview of the work of the OECD, the Council of Europe and the European Union.

A. THE WORK OF THE OECD

1. Work completed

As early as 1980, the OECD drew up *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* (hereafter the Guidelines).³² These Guidelines lay down principles for the collection and processing of personal data, to apply both at the national level and internationally. They also call upon member countries to implement these principles internally, by introducing legal, administrative or other provisions, or setting up institutions to protect privacy and personal data. As for private international law, in preparing these guidelines the Group of Experts paid great attention to the problems of conflicts of law and of jurisdiction raised by transboundary flows and the protection of privacy, but did not offer any specific detailed solutions. However, the Guidelines do contain one general recommendation, that "Member States should work towards the development of principles, domestic and international, to govern the applicable law in the case of transborder flows of personal data."³³

In the same line of thought as the guidelines for protecting privacy, in 1985 the governments of the OECD member countries adopted a Declaration on transboundary data flows, emphasising their intention of seeking to achieve transparency in the rules and policies affecting international trade, and developing common approaches or harmonised solutions for dealing with the problems associated with this trade.

The OECD continued its work within an expert group on security of information and privacy, which issued a very full report in 1997 on "Implementing the OECD Privacy Guidelines in the Electronic Environment: Focus on the Internet".³⁴ This report discusses the growing importance of data protection, especially in an electronic online environment. As several surveys have shown, the fears of Internet users concerning the collection and use, even for commercial purposes, of their personal data, are tending to hold back the development of electronic commerce. The report also describes the complaints recorded in certain OECD member countries about various problems (the use of electronic addresses and the right of employers to inspect the electronic mail of their employees; inaccurate information and fraudulent activities on the Internet; the ease with which personal information, especially electronic addresses, can be derived from activities conducted on the Internet and then used in the compilation of commercial marketing lists without the knowledge of those affected). The report describes certain methods of data collection on the Internet, and mentions some initiatives taken by the private sector to protect privacy on websites.

According to the group of experts, solutions have to be found through dialogue between governments and the private sector. The report particularly highlights the role of

²⁷ See the conclusions of the Geneva Round Table for proposals on the use of presumption mechanisms.

²⁸ Com(1999) 348 final of 14.7.1999.

²⁹ This also reflects the concerns of the Hague Conference, as expressed during the Geneva Round Table; see below, Chapter III, B, section 7.

³⁰ This study, and the presentations on 21 March, can be consulted on the site <<http://dsa-isis.jrc-it/ADR/>>.

³¹ See the Recommendation of the Commission on the principles applicable to bodies responsible for the extrajudicial resolution of consumer disputes, 98/257/EC.

³² Recommendation by the Council of OECD of 23 September 1980, available for consultation at: <www.oecd.org/E/droit/doneperso/ocdeprive/priv-en.htm>.

³³ See paragraph 22.

³⁴ This document is published under the reference DSTI/ICCP/REG(97)6/FINAL, accessible on the OECD website, <www.oecd.org>.

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 Internet, 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 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 langues 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 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 Internet collecte, traite, conserve ou communique vos données ou s'il refuse de modifier son attitude, alors

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.

³⁷ La Déclaration ministérielle est incluse dans les Conclusions de la Conférence d'Ottawa publiées sous la 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.

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).

governments, and reaffirms that the guideline principles must be implemented either through law or through self-regulation, and that remedies must be available for individuals if they are breached. The report also encourages governments to support private sector initiatives to find technical solutions for implementing the Guidelines. In conclusion, the report recommends collaboration among all players on the Internet, emphasising the important role of the OECD.

In February 1998 the OECD organised in Paris, with the support of the Economic and Industrial Consultative Committee of the OECD (BIAC) an international workshop on "Privacy Protection in a Global Networked Society".³⁵ This conference was an opportunity to bring together representatives of governments, the private sector, consumer organisations and the authorities responsible for data protection. At the end of the conference, its Chairman noted that there was a broad consensus on the need to strike a proper balance between the free circulation of information and the protection of privacy. In order to evaluate the current situation on the web, an "Inventory of Instruments and Mechanisms Contributing to the Implementation and Enforcement of Privacy Guidelines on Global Networks"³⁶ was drawn up in September 1998. This inventory comprises the laws and mechanisms of self-regulation which have been adopted at the regional, national and international levels.

At the OECD Ministerial Conference held in Ottawa from 7 to 9 October 1998, the OECD Ministers adopted a Declaration on the Protection of Privacy on Global Networks, reaffirming their commitment to achieving effective protection of privacy on these networks and their determination to take the necessary steps for this purpose, and recognising the need to co-operate with industry and businesses. Under this declaration, they also agreed that the OECD should provide practical guidance for implementing the guidelines on the protection of privacy, based on national experience and examples.³⁷

Although paragraph 22 of the Guidelines was never repeated in the subsequent work of the OECD, identification of the applicable law, in the context of establishing modes of dispute resolution which will be readily accessible and efficient, is still one of the possible techniques for bringing about the effective protection of privacy in a transnational framework.³⁸

2. Ongoing and future work

In the light of the undertaking by the Ministers of member countries at the Ottawa Conference the OECD decided, in collaboration with industry, specialists in the protection of privacy and consumer associations, to devise an experimental "html" tool, a generator of policy declarations of the OECD on the protection of privacy. This tool is addressed to public organisations and private sector

enterprises, to encourage them to draw up policies and declarations on protecting privacy. It is presented in the form of a detailed questionnaire which will enable the organisations concerned, after an internal review of their practices in protecting privacy, to draw up a policy declaration on the protection of privacy which will appear on their site. The generator is presently available in English, French, German and Japanese, and is accessible on the OECD Internet site. It will contribute to the implementation online of the principle of transparency laid down in the Guidelines.

A report has also been compiled on "the use of contracts for transborder flows in an online environment". This report has not yet been declassified and is not available at present, as the Hague Conference does not have observer status with the OECD.

Finally, the OECD is organising jointly with the Hague Conference and the International Chamber of Commerce a seminar to be held in The Hague in the autumn of 2000. This seminar will focus on interaction between consumers and enterprises in an online environment, and specifically on online dispute resolution mechanisms.³⁹ The seminar has two aims. First, it will identify existing or planned techniques and methods for the effective resolution of conflicts associated with the protection of privacy which may arise in an online environment as between consumers and businesses. On the basis of these data, it will then formulate the essential principles for alternative online settlement mechanisms for disputes between consumers and businesses.⁴⁰

B. THE WORK OF THE COUNCIL OF EUROPE

It is hardly necessary to dwell here on the highly significant work done by the Council of Europe on the protection of privacy and the protection of individuals with regard to the collection and handling of personal data. We will mention here only the work specifically done on the protection of privacy on the Internet, and the most recent ongoing project.

In Recommendation No R(99)5 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of privacy on the Internet, the Committee adopted on 23 February 1999 the guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on "information highways".⁴¹ These guidelines are addressed to both users and service providers, reminding them of certain cautionary principles to be applied by both groups where the Internet is being used to transmit personal information.

However, these guidelines do not contain any substantive provisions or binding provisions of private international law. They remind users that there are ways in which they can act. Paragraph 11 of the guidelines can usefully be quoted: "If you are not satisfied with the way your current ISP collects, uses, stores or communicates data, and he or she refuses to change his or her ways, then consider

³⁵ The document about this Conference is published under the symbol DSTI/ICCP/REG(98)5/FINAL, and is accessible on the OECD website.

³⁶ This inventory is published under the symbol DSTI/ICCP/REG(98)12/FINAL and is accessible on the OECD website.

³⁷ The ministerial Declaration is included in the Conclusions of the Ottawa Conference, published under the symbol SG/EC(98)14/FINAL.

³⁸ In this connection, see below for the remarks on the Geneva Round Table – Committee IV and the projected joint seminar between OECD, the Hague Conference and the ICC.

³⁹ The provisional agenda for the seminar is annexed to this paper (Annex 1). For the time being, there is only an English version available.

⁴⁰ This subject is further discussed below, Chapter III, D.

⁴¹ An example of these guidelines is annexed to this paper (Annex 2).

envisagez de changer de fournisseur. Si vous estimez que votre fournisseur de service 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 attire 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.

Depuis l'adoption de la Recommandation No R(99)5, le Conseil de l'Europe a préparé un Protocole additionnel à la Convention No 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 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 adéquat 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 No 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.

⁴² Souligné par nous.

⁴³ Souligné par nous.

⁴⁴ Il s'agit notamment de la Suisse et de la Hongrie, qui tous deux ont légitimé 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.

moving to another ISP. If you believe that your ISP does not comply with data protection rules, you can inform the competent authorities or take legal action.”⁴²

Paragraph 13 of the guidelines draws the attention of users to the effects of a transboundary transfer: “If you intend to send data to another country, you should be aware that data may be less well protected there. If data about you are involved, you are free, of course, to communicate these data nevertheless. However, before you send data about others to another country, you should seek advice, for example from the authority of your country, on whether the transfer is permissible. You might have to ask the recipient to provide safeguards necessary to ensure protection of the data”. There is a similar recommendation in paragraph 14 of Section III, on service providers. This section also contains several mentions of statutory or legislative provisions, without however indicating whose law is being referred to. But for service providers, this information is particularly important to enable them to manage with confidence and predictability the services they are offering commercially.

Since the adoption of Recommendation No R(99)5, the Council of Europe has prepared an Additional Protocol to Convention No 108 of 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data. This additional protocol does not specifically mention the Internet, but contains provisions for data protection based on the European Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. The Additional Protocol makes it compulsory for each State ratifying it to set up independent monitoring bodies for data protection, and prohibits transboundary flows of data to countries and organisations which do not possess an adequate level of protection for personal data.

The Additional Protocol has been transmitted to the Parliamentary Assembly for consultation. The Assembly’s opinion is expected in April 2000. The formal adoption of the Additional Protocol by the Committee of Ministers should take place in the course of 2000.

C. THE WORK OF THE EUROPEAN UNION

On 24 October 1995 the European Parliament and the Council of the European Union adopted Directive 95/46/EC on the protection of natural persons as regards the processing of personal data and the free circulation of such data. The principles in this Directive elucidate and amplify the principles enshrined in Convention no 108 of the Council of Europe. In order to guarantee maximum protection for citizens of the Union, the Directive takes a fairly broad approach to its field of application. For instance, in Article 4 it provides that each Member State is to apply the national provisions which it enacts in accordance with the Directive whenever the person responsible for processing the personal data is established on its territory; whenever it is established not on the territory of a Member State, but in

a place where its national law applies by virtue of public international law; or again, whenever the person responsible for the processing is not established on the territory of the Community and makes use, for the purpose of processing personal data, of computerised or other methods situated on the territory of that Member State, unless these methods are used only for the purposes of transit across the territory of the Community. As further means of protection against the consequences of unlawful handling of personal data, the Directive specifies that Member States must provide that every person must have a legal remedy in the event of violation of rights guaranteed to him by the national provisions applicable to the processing concerned (Article 22). The Directive also lays down the principle that the person responsible for the data processing is liable (Article 23). Sanctions must be stipulated by national law for breaches of the provisions enacted in application of the Directive (Article 24). To ensure that the provisions of the Directive are not evaded, Member States must provide that transfer of personal data which is being or is intended to be processed to a third country may only take place if the third country concerned provides an adequate level of protection (Article 25(1)). It is for the Commission to determine whether a third country does or does not ensure an adequate level of protection. Under Article 25(2) of the Directive, the adequacy of the level of protection offered by a third country will be appraised in the light of all circumstances relating to a transfer or category of transfers of data. Particular account is to be taken of the nature of the data, the purpose and duration of the intended processing, the countries of origin and of final destination, the *general or specific rules of law in the third country in question*,⁴³ and the business rules and security measures which are in force there. To date, the Commission has not officially defined what is an adequate level of protection in a third country. Decisions of this nature are however under consideration for certain countries.⁴⁴ A verification exercise has been in progress for the United States for some months. The Commission is negotiating with the United States the principle of the “safe harbour”,⁴⁵ this stands for data protection principles to which individual enterprises could subscribe by agreement. Compliance with the obligations arising from these principles would be assured, on the one hand, by dispute resolution mechanisms, and on the other hand by applying the law of the United States, which prohibits “unfair and deceptive acts”. Finally, it should be mentioned that the Directive provides for the setting up of independent monitoring bodies and a group for the protection of individuals in respect of the handling of personal data (Articles 28-30).

The Directive, which came into force on 25 October 1998, has encountered some difficulties of implementation in certain Member States. On 11 January 2000 the European Commission decided to bring proceedings against France, Germany, the Netherlands, Luxembourg and Ireland for failure to communicate measures for transposing the Directive into national law.

⁴³ Emphasis added.

⁴⁴ Especially Switzerland and Hungary, both of which have passed legislation on the protection of personal data.

⁴⁵ The summary record of the hearing organised by the European Parliament on 22 and 23 February 2000, entitled “the European Union and data protection”, indicates the difficulties of this undertaking. It is also worth noting the key aspects of the case of “Double click”, as related in the magazine *Les Échos* of 6 March 2000, p. 25, which throws light on the impact of market forces in this area.

⁴² Emphasis added.

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 Déléguée 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 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 négociés, conclus, mais encore exécutés 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) et 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.

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

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

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

The provisions of the Directive seek to put in place in the Member States a complete system for protecting privacy, while guaranteeing to citizens of the Union an adequate level of protection in contacts with third countries. The achievement by third countries of an adequate level of protection accepted by the Commission would create a universal standard for the protection of personal data, and would probably render obsolete the question of the applicable law.

CHAPTER III – THE WORK OF THE HAGUE CONFERENCE

Nowadays people do not talk about the interchange of computer data; they talk about the Internet and electronic commerce. As early as 9 October 1996, the representative of the United Kingdom, during the discussions in Committee I, explicitly mentioned electronic commerce.⁴⁶ A few words of explanation are necessary, to show why some of the subjects on the Agenda of the Conference have been redefined.

The Internet means a network of computer networks which are themselves interlinked by telecommunications lines, thus enabling a range of activities to be carried on. A non-exhaustive list of these activities would comprise: chat groups, electronic mail, and sites on subjects ranging as widely as do human activities offline (purely informational sites, educational and cultural sites, or commercial sites with a full range of activities and products).⁴⁷

Electronic commerce means commercial activities which are carried on by means of computers interconnected by telecommunications lines. Electronic commerce can be effected through the Internet, but also through any other network, closed or open, which exists or may be created. Electronic commerce may comprise activities part of which can be physically sited on a given territory. This will apply, for instance, in the case of an international sale of goods (furniture or movables, machine tools, coal, steel, *i.e.*, all kinds of tangible goods which, depending on the techniques available, cannot be processed into data or exchanged in that form). A transaction will be regarded as having been concluded electronically if the contract for these tangible goods is negotiated or concluded in an electronic form, only the delivery of the goods taking place in the tangible world. Electronic commerce also covers intangible activities, mainly intellectual services (banking and insurance services, intellectual services such as legal, consulting and investment services) which it is possible to negotiate and conclude, and also to perform online, in an electronic form, without there being any physical contact at any point in the transaction.

The foregoing shows that all human activities can potentially, one day, take an electronic online form. For this reason the Hague Conference on Private International Law could conduct a thoroughgoing review of all the problems of private international law raised by the Internet and the other electronic online networks, and more specifically, electronic commerce. From this point of view, the protection of privacy is only one of the factors to be identified

among the multitude of legal questions raised by the activities in question.

With this in mind, apart from following up the work of the other international organisations which have been mentioned above, a number of studies have already been carried out or are in progress within the Hague Conference. These studies which are conducted, on its own behalf or jointly with other institutions (governments, universities, other international organisations) are considered below.

A. COLLOQUIUM IN HONOUR OF MICHEL PELICHET

In collaboration with the Molengraaff Institute of the Utrecht Faculty of Law, a tribute was paid to Michel Pelichet, former Deputy Secretary General of the Hague Conference, on the occasion of which contributing statements were made on the role of the State, the relevance of territorial criteria in defining a legal environment for the Internet, and the questions pertaining to intellectual property and those on the law applicable to contracts and tort and jurisdictional competence. This colloquium gave rise to the publication of a work containing a list of the participants, many of whom were experts meeting in The Hague for the June 1997 session of the Special Commission on jurisdictional competence and foreign judgments.⁴⁸

From these discussions the following lessons can be drawn:

- the network of networks is transnational by nature;
- there is no legal void, perhaps indeed there is a surfeit of laws, and this makes it necessary to define rules of private international law;
- the localisation of electronic activities online is possible when there is a point of contact between virtuality and reality, *i.e.*, when a human being or a legal entity suffers harm because of an activity which has taken place via the Internet;
- self-regulation may be preferred up to the point where the balance between private interests and the public interest breaks down, a point beyond which the role of States becomes indispensable;
- when they have to act, States cannot act in isolation, but must co-operate in order to define norms which are internationally acceptable to all.

B. THE GENEVA ROUND TABLE

From 2 to 4 September 1999, in collaboration with the University of Geneva, the Permanent Bureau organised a Round Table on the issues of private international law raised by electronic commerce and the Internet. All Member States of the Conference were invited to take part, as well as the international and non-governmental organisations active in this field. The list of participants is given in the summary record of the conclusions of each of the working commissions which met to discuss particular topics: contracts, tort, choice of court and of law, the law applicable to data protection, service of documents abroad, taking evidence abroad, resolution of disputes online and

⁴⁶ Cf. Minutes No 2, *Proceedings of the Eighteenth Session*, Tome I, *Miscellaneous matters*, p. 246.

⁴⁷ A second network, Internet 2, is increasingly being talked of; this would enable other functions and activities to be performed, and could be reserved to electronic commerce.

⁴⁸ K. Boele-Woelki and C. Kessedjian (under the direction of), *Internet. Which Court Decides. Which Law Applies?* Kluwer Law International, 1998, 179 p.

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 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.

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 recorde 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 co-contractant 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 habi-

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 Wautlet, Assistant, Université Catholique de Louvain ; 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*, Secrétariat de l'AELE, Bruxelles ; Steven A. Hammond, *Attorney-at-law*, Hughes Hubbard & Reed L.L.P., New York ; Wojciech Kocot, *Senior Lecturer*, Université de Warsaw ; Christopher Kuner, Conseiller extérieur, Morrison & Foerster for Brokat AG, Bruxelles ; Ursula Pachl, Conseil juridique, Bureau européen des Unions de Consommateurs (BEUC), Bruxelles ; Anne-Marie Rouchaud, Administrateur Principal, Groupe de travail 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 ; Dr Kees Stuurmann, PricewaterhouseCoopers N.V., Amsterdam ; Beti Yacheva, Troisième Secrétaire, Ministère des Affaires Etrangères de la République de Macédoine, Skopje ; Jun Yokoyama, Professeur, Université d'Hitotsubashi, Tokyo.

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 para. 3.

⁵¹ Il s'agit de tous les contrats de prestations de services intellectuels, 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 Voir ci-dessus chapitre I, C, para. 2, les développements consacrés au projet de directive européenne sur le commerce électronique.

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 pays 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.

procedural standards, as well as group actions. We summarise below the discussions and conclusions of each of these Commissions.

1. Commission I – Contracts⁴⁹

1.1. Jurisdiction

Commission I worked on contracts in general and on consumer contracts. We will deal with each type of contract separately. The Commission did not deal with contracts of employment, but we will have something to say about these because the preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters has, since the Special Commission's session of October 1999, included a clause on individual employment contracts. It should also be noted that Commission I worked on the rules of jurisdictional competence of national courts which are applicable in the absence of a valid clause on choice of court or choice of law.⁵⁰

a) Contracts between businesses

The Commission realised that it was best to separate contracts concluded electronically, online, but performed offline either wholly or in part, from those which, although concluded online, are also performed entirely online. For the former category, the traditional rules of jurisdictional competence based on the place of performance of the contract or of a territorial activity generated by the performance of the contract remain relevant and effective, even though the contract has been negotiated or concluded online. On the other hand, for contracts which are performed entirely online,⁵¹ neither the place of conclusion, the place of performance nor the place of the activity are relevant. However, the Commission did not put forward any alternative jurisdictional criterion for contracts between businesses.

An additional difficulty identified by the Commission concerns the identification and localisation of the parties to the contract. It is, after all, when they are identified and localised that the rules of jurisdiction become fully effective.⁵² As regards identification, the Commission takes the view that the parties must be able to act anonymously,

except where disclosure of identity is necessary. The Commission did not offer a view on whether jurisdiction is one of the cases which it has in mind in which disclosure of identity should be required. It does however state that the use of means of certification proposed by private entities should be encouraged in order to authorise easier identification of the parties.

As regards localisation, the Commission is of the opinion that the parties to a contract must disclose their habitual residence or the place where they are established, so as to enable the parties to a contract to rely, in good faith, on statements made in that respect. The *Rapporteur* of Commission I explained this recommendation by the fact that a contract must be amenable to localisation. But if it is not possible to localise the place of performance of the contract, the parties at least must be localisable. Moreover, only the country of location will suffice for the purposes of private international law, the *Rapporteur* explained, even if in practice other information is needed in order to institute legal proceedings.

b) Consumer contracts⁵³

The Commission suggests that this question should be resolved by conferring general jurisdiction on the courts of the plaintiff's domicile, in addition to the general jurisdiction traditionally granted to the domicile of the defendant. It challenges the distinction between "active" and "passive" consumers, and proposes that the suggested jurisdictional rule should apply, whatever the level of the initiative taken by the consumer. In other words, the Commission is proposing to introduce the *forum actoris* on condition the plaintiff is a consumer.⁵⁴

The Commission also discussed the question of whether, in the online environment, the traditional concept of a consumer is still effective. It therefore suggests redefining the consumer and simply providing that jurisdiction should be available at the domicile of the plaintiff to any natural person acting on his own behalf, regardless of the subject of the transaction. As the *Rapporteur* explained, the initial idea is that, in an online environment, small businesses should enjoy equal protection. But as it is difficult to define a "small business", the concept of a natural person must enter in to ensure a degree of predictability.

The Commission also pointed to a difficulty in Article 7, paragraph 1 b) of the preliminary draft of the Convention. In the Commission's view the criterion used in the text, namely that the consumer must have taken, in the State of his habitual residence, the steps necessary to conclude the contract, is not relevant in the framework of electronic commerce. It is in fact impossible to pin down the location of the co-contractor, who may be operating anywhere, provided he has access to an Internet connection. In view of the foregoing, physical localisation, other than the place

⁴⁹ The membership of Commission I was as follows: Chairman, A. Bucher, Professor, University of Geneva; General Rapporteur, K. Boele-Woelki, Professor, University of Utrecht, assisted by P. Wautelet, Assistant, Catholic University of Louvain; Special Rapporteur for consumer contracts, B. Stauder, Professor, University of Geneva; Participants: F. Abt, Federal Justice Ministry, Berne; J. Freundlich, Special adviser on the regulation of new technology and electronic commerce, CEGETEL, Paris; U. Gunnarsdóttir, Financial Services Officer, EFTA Secretariat, Brussels; S.A. Hammond, Attorney-at-law, Hughes Hubbard & Reed L.L.P., New York; W. Kocot, Senior Lecturer, Warsaw University; C. Kuner, Outside Counsel, Morrison & Foerster for Brokat AG, Brussels; U. Pahl, Legal Adviser, BEUC Bureau Européen des Unions de Consommateurs, Brussels; D. Ruppert, Attaché de Gouvernement, Ministry of Justice, Luxembourg; J. Stephens, Chairman of the International Communication Round Table, Paris; Dr. K. Stuurmann, PricewaterhouseCoopers N.V., Amsterdam; B. Yacheva, 3rd Secretary, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Macedonia, Skopje; J. Yokoyama, Professor, Hitotsubashi University, Tokyo.

⁵⁰ The question of the validity of choice of court and choice of law clauses was discussed by Commission III. See below, section 3.

⁵¹ These comprise all contracts for the provision of intellectual services, contracts of sale, intangible goods (software, for instance). But they may also comprise contracts for the sale of works supplied electronically. Advances in the technology of what is now called the "electronic book" show that it is now possible to buy and receive a book entirely online.

⁵² Cf above, Chapter I, C, section 2, on the draft European Directive on electronic commerce.

⁵³ For the validity of choice of court clauses in contracts concluded by consumers, see below for the work of Commission III.

⁵⁴ It should however be noted that during the general debate, mention was made of the difficulty experienced by electronic commerce undertakings in complying simultaneously with the demands of almost 200 jurisdictions, since Internet sites can be accessed, at least in theory, throughout the world. But it was also said that this factor, the importance of which is not yet fully understood, must be reconciled with protection for the consumer, which it is argued must remain the same, whether the act of consuming took place online or offline. This is why the general recommendation presented during the last plenary session spells out that additional studies are needed, taking account of all the interests involved.

tuelle déclaré par le consommateur, 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. 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 – Délits⁵⁶

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, il est soit 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* ».

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 puissent 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 division observée pour la compétence juridictionnelle à de nouveau été constatée au sein de la Commission pour la question du droit applicable.

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 droit⁵⁹

3.1. Internationalité

La Commission III s'est d'abord interrogée sur les conditions requises pour l'internationalité des clauses d'élection

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.

⁵⁶ La composition de la Commission II était la suivante : Président : Mark A.A. Warner, Conseiller juridique, Paris ; Rapporteurs : Cristina González Beilfuss, Professeur, Université de Barcelone ; Dr. Jur. Peter Mankowski, Université d'Osnabrück. Participants : François Dessemontet, Professeur, Université de Lausanne ; Dr. LL.M. Nina Dethloff, Bielefeld ; Shinichiro Hayakawa, Professeur, Université de Tôhoku, Japon ; Jeffrey D. Kovar, Conseiller juridique assistant pour le droit international privé, Département d'Etat américain, Washington ; Katri Kummoinen, Conseiller juridique, Ministère de la Justice, Helsinki ; Dr. Hans Georg Landfermann, Ministère de la Justice, Allemagne ; Henry H. Peritt Jr., Doyen et Professeur, Chicago-Kent College of Law, Etats-Unis d'Amérique ; Fausto Pocar, Professeur, Université de Milan ; Chris Reed, Professeur de droit du commerce électronique, Queen Mary & Westfield College, Londres ; 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 I.b).

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,

of habitual residence declared by the consumer, is no longer operational for the needs of electronic commerce.⁵⁵

c) Contracts of employment

At the time when the Geneva Round Table was meeting, the preliminary draft of the Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters did not include any provisions on individual contracts of employment. This is why Commission I did not deal with this issue. Since then, the Special Commission which met in October 1999 has inserted into the preliminary draft an Article 8 which enables an employee to sue his employer before the courts of the State where the work is or has been habitually done. Where the employee does not habitually work in the same State, the competent courts are those of the State where the business which engaged the employee is established. For his part, the employer may only take action in the courts of the State of habitual residence of the employee or in the courts of the State in which the employee habitually works.

Bearing in mind the development of home working as a result of the communication facilities brought about by the Internet, the provisions of Article 8 should be evaluated in the light of this development. It is clear that because of the first rule of jurisdiction laid down in the text, an employer who decides to promote online working and to organise his labour force to take advantage of the fact that workers can do their work mainly from their habitual residence, will find that fora in different places will have jurisdiction to settle issues associated with a contentious case based on a contract of employment. This result is perhaps the price which has to be paid for the economic choice made by the employer. It could however be studied and treated as a subject for a legislative policy decision.

1.2. *The applicable law*

The issues surrounding localisation and identification, explained above in respect of jurisdictional competence, are also relevant in the Commission's view for the applicable law.

However, the Commission did not put forward any specific proposals on this question. Additional studies are therefore needed.

2. Commission II – Tort⁵⁶

2.1. *Jurisdiction*

The members of Commission II did not arrive at a consensus recommendation for handling torts online. Some mem-

bers of the Commission felt that Article 10 of the preliminary draft of the Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters could not be used for torts online. They therefore proposed simply making available a forum at the place of habitual residence of the plaintiff, who is usually the victim. As the *Rapporteur* explained at the last plenary meeting, Article 10.1 is drafted in terms of the “physical situation”, which is either completely undefinable, or present everywhere.⁵⁷ Moreover, for members of the Commission who do not accept the present wording of Article 10, paragraph 3 of the text would not be adequate for many torts specific to the Internet, such as “hacking” or “spamming”.

For the other members of the Commission, Article 10 of the preliminary draft of the Convention could be used provided it is accompanied by two straightforward presumptions: (1) the “place of the act or omission” causative of the injury would be situated at the place of habitual residence of the defendant or author of the act; (2) the “place where the injury arose” would be situated at the place of habitual residence of the plaintiff or victim, or at the place where the most significant injury occurred.⁵⁸

Before finishing, the Commission was anxious to deal separately with issues of unfair competition, but was unable for lack of time to bring forward any real conclusions. It suggests that the two options which it defined for torts in general may be relevant for the effects of unfair competition towards consumers. On the other hand, as regards the effects of unfair competition among competing actors, the starting-point could be the test of which market is affected.

2.2. *The applicable law*

The same division of opinion as for jurisdictional competence became obvious in the Commission when it came to the question of the applicable law.

One group felt that the court should apply the *lex fori*. This solution was justified by the *Rapporteur* of the Commission for pragmatic reasons, as the conflict of jurisdictions “absorbs” the conflict of laws.

A second group thought that the victim could be given a choice between the law of the country where the injurious act took place, and the law of the country where the injury was sustained. Straightforward presumptions would be used in concluding that the country of the injurious act is that of the defendant's habitual residence, and the country of the injury is that of the victim's habitual residence. But bearing in mind the complexity of the system thus proposed, the same group nevertheless suggested that the applicable law should be defined by a conflict rule based on the centre of gravity or the test of the closest connection.

3. Commission III – Choice of court and choice of law clauses⁵⁹

3.1. *Internationality*

Commission III began by considering which conditions are required for choice of court clauses to be international,

⁵⁷ See also Article 10.1.b).

⁵⁸ The *Rapporteur* explained that an approach based on the concept of “centre of gravity” or “closest connection” could also be usefully considered, and had not been rejected by those members of the Commission who were in favour of having a straightforward presumption.

⁵⁹ The membership of Commission III was as follows: Chairman: R. Sorieul, Principal Administrator, UNCITRAL, Vienna; Rapporteurs: D. Goddard,

⁵⁵ We also note that this requirement, which existed in the 1968 Brussels Convention, was deleted from Article 15 of the proposed Regulation which is intended to replace the Convention.

⁵⁶ Commission II consisted of the following members: Chairman: M.A.A. Warner, Legal counsel, Paris; *Rapporteurs*: C. González Beilfuss, Professor, University of Barcelona; P. Mankowski, Dr. Jur., University of Osnabrück. Participants: F. Dessemontet, Professor, University of Lausanne; Dr. N. Dethloff, LL.M., Bielefeld; S. Hayakawa, Professor, Tohoku University, Japan; J.D. Kovar, Assistant Legal Adviser for Private International Law, U.S. Department of State, Washington; K. Kummoinen, Legal Adviser, Ministry of Justice, Helsinki; Dr. H.G. Landfermann, Ministry of Justice, Germany; H.H. Perrit Jr., Dean and Professor, Chicago-Kent College of Law, U.S.A.; F. Pocar, Professor, University of Milan; C. Reed, Professor of Electronic Commerce Law, Queen Mary & Westfield College, London; J. Schurtz-Taylor, Assistante, University of Geneva; J.-P. Van Loon, Advocate, Duerut Dueruest Van Loon et Ass., Geneva; B. Winiger, Professor, University of Geneva.

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 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.

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 prin-

Barrister, Thorndon Chambers, Wellington ; Gabrielle Kaufmann-Kohler, Professeur, Bruntschwig Wittmer, Genève ; Rapporteur spécial pour le droit américain : Margaret Stewart, Professeur, Chicago-Kent College of Law, Chicago ; Participants : Gilles Devaux, Conseiller juridique Europe, Compaq Computer EMEA BV, Allemagne ; Mahin Faghfour, Directeur du département juridique, CNUCED, Suisse ; Dr. LL.M. Michel Jaccard, Étude 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 ; Dr Christine Schatzl, fonctionnaire, Commission européenne, Bruxelles ; David Scite, Administrateur, Commission européenne, Bruxelles ; Mitsuio Yashima, *Manager Legal Affairs*, Nec Europe Ltd, Londres.

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 Voir ci-dessus chapitre I, A, para. 1.

⁶² La composition de la Commission IV était la suivante : Président: Gérald Page, Avocat, Poncet Turretini Amaudruz Neyrouud & Associés, Genève ; Rapporteur : Dr. Ulf Bruehann, Chef d'Unité E1, Commission européenne, Bruxelles ; Spyros Tsovilis, Unité des Protections 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, Premier secrétaire, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye ; Julien Francioli, Assistant-Doctorant, Université de Genève ; Miriam Gonzalez Durantez, Head of Sector, Commission européenne, Bruxelles ; Anastasia Grammaticaki-Alexiou, Professeur, Ecole de droit, Thessaloniki ; Denis C. Kratchanov, Avocat-conseil, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa ; Lucien Mihai, Arbitre, *Court of International Commercial arbitration*, Bucarest ; Carlos Moreno, juriste, CNUCED, 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, Lisbonne.

⁶³ Voir chapitre II.

and proposed a recommendation whereby a choice of court clause is international if the applicable law so decides. However, if the contract is performed electronically, the place of performance cannot be taken into consideration for the purpose of deciding the international nature of the clause. Moreover, the clause must be regarded as international unless the parties are habitually resident in the same country and this fact is known or clearly identified at the time when the contract is concluded.⁶⁰

At the time when the Geneva Round Table was meeting, the text of the preliminary draft of the Convention, as it emerged from the Special Commission of June 1999, did not carry a clause on the territorial scope of the Convention. This therefore explains why Commission III decided it was worthwhile to attempt a specific definition of the internationality of the choice of court. However, the Special Commission of October 1999 proposed a clause which reads as follows:

“Article 2 – Territorial scope

1. The provisions of Chapter II shall apply in the courts of a Contracting State unless all the parties are habitually resident in that State. However, even if all the parties are habitually resident in that State:

a) Article 4 shall apply if they have agreed that a court or courts of another Contracting State have jurisdiction to determine the dispute;”

The wording of this clause is neutral as regards the form which the conclusion or performance of the contract is to take, even if this is done electronically or online. It therefore seems to be relevant in the context of electronic commerce, and not to pose any special difficulty.

3.2. Validity of clauses

a) Contracts between businesses

For choice of court clauses which are inserted into a contract concluded between businesses, the Commission chose to study the provisions of Article 4.2 of the preliminary draft of the Convention. It concludes that the wording adequately meets the needs of electronic commerce, and may cover if necessary an interpretation by functional equivalent, as proposed in the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce.⁶¹ The *Rapporteur* explained that this conclusion was unanimously adopted by the members of the Commission, and there had been no dissenting voices during the debate.

As regards ascertaining whether the consent is genuine, especially for clauses “by reference”, the Commission considers that no special rule is necessary for contracts which are made or performed in the electronic environment. The

view expressed above for choice of court clauses applies, *mutatis mutandis*, to choice of law clauses.

b) Consumer contracts

Contracts made between a professional and a consumer pose certain additional difficulties. First, the Commission concluded that choice of court clauses inserted into these contracts must not be treated differently when the contract is concluded in the electronic environment online or offline.

However, the Commission was unable to reach agreement on whether choice of court clauses were admissible in contracts concluded between a business and a consumer. This was why, after a lengthy debate commented on in the plenary by the *Rapporteur*, the Commission proposed a halfway approach which would make it possible to preserve the differing cultures which prevail in relation to such clauses, and to insert a third hypothesis in which choice of court clauses would be valid into Article 7, paragraph 3, of the preliminary draft of the Hague Convention. This new clause could run as follows:

“c) if the contract is concluded by a consumer who is habitually resident in a State which has declared that these contracts are valid as against consumers”.

The same problem arises with choice of law clauses. However, in this respect the debates at the last plenary session showed that unification of the substantive law is even more relevant in this area. A system for site certification could be considered, according to modalities still to be decided.

c) Contracts of employment

The same observation as above for the work of Commission I has to be made in respect of contracts of employment. Accordingly, Commission II did not do any work on this question. It may however be thought that the same disagreement and the same difference between the legal systems involved exist for contracts of employment as for consumer contracts. It would therefore be possible to admit, *mutatis mutandis*, a similar provision as the one proposed by Commission III for the validity of choice of court clauses for consumers, as described above.

4. Commission IV – Law applicable to data protection⁶²

We have seen above⁶³ that some very important work has been done to attempt to lay down principles and, if possible,

⁶² The membership of Commission IV was as follows: Chairman: G. Page, Advocate, Poncet Turrettini Amaudruz Neyroud & Associés, Geneva; *Rapporteur*: Dr. U. Bruehann, Head of Unit E1, European Commission, Brussels; S. Tsovilis, Data Protection Unit, Strasbourg; M. Shaw, Attorney-at-Law, Morgan Lewis & Bockius LLP, Philadelphia. Participants: D.M.J. Bennett, QC, Solicitor-General of Australia, Sydney; A. Carblanc, Principal Administrator, OECD, Paris; W. Duncan, First Secretary, Hague Conference on Private International Law, The Hague; J. Francioli, Assistant-Doctorant, University of Geneva; M. Gonzalez Durantez, Head of Sector, European Commission, Brussels; A. Grammaticaki-Alexiou, Professor, School of Law, Thessaloniki; D.C. Kratchanov, Avocat-Conseil, Ministry of Justice of Canada, Ottawa; L. Mihai, Arbitrator, Court of International Commercial Arbitration, Bucharest; C. Moreno, Legal Officer, UNCTAD, Geneva; M. Pelichet, former Deputy Secretary-General, Hague Conference on Private International Law, Lausanne; J. De Seabra Lopes, Professor, Consultant to the Ministry of Justice, Lisbon.

⁶³ Cf. Chapter II.

Barrister, Thorndon Chambers, Wellington; G. Kaufmann-Kohler, Professor, Brunschwig Wittmer, Geneva; Special Rapporteur for US law: M. Stewart, Professor, Chicago-Kent College of Law, Chicago; Participants: G. Devaux, Legal Counsel Europe, Compaq Computer EMEA BV, Germany; M. Faghfour, Head, Legal Unit, UNCTAD, Switzerland; Dr. M. Jaccard, LL.M, Etude Chaudet, Lausanne; A. Karoubi Nordon, Hague Conference on Private International Law, The Hague; D. Moloney, Legal Adviser, Attorney General's Office, Dublin; A. Prum, Professor, University of Nancy; Dr. C. Schatzl, Official, European Commission, Brussels; D. Seite, Administrator, European Commission, Brussels; M. Yashima, Manager, Legal Affairs, Nec Europe Ltd., London.

⁶⁰ In presenting this recommendation, the *Rapporteur* however explained that some members of the Commission were opposed to defining internationality for the online environment, which they regard as being international in the nature of things.

⁶¹ See above, Chapter I, A, section 1.

cipes et, si possible, des règles, pour la protection de la vie privée (autrement dit, des données à caractère personnel) dans le cadre des flux 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 conflit 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 érudées en jouant sur les différences de règles de conflit 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 conflit 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 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 année⁶⁶. La Convention ayant été adoptée il y a 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 électroniques. La Commission a eu pour tâche d'examiner la portée de ce silence : l'utilisation des nouvelles technologies de communication électroniques 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 comprend-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 ?

⁶⁴ La composition de la Commission V était la suivante : Président : Thomas Bishof, Avocat, Berne ; Frederic A. Blum, Directeur, *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, Bureau Permanent, Conférence de La Haye de droit international privé, Pays-Bas ; Antonio Boggiano, juge et ancien Président de la Cour suprême, Université de Buenos Aires ; Florence Borey, Conseillère adjointe juriste, Ministère de la Justice, Bruxelles ; Sue Collins, Président de la *National Association of Professional Process Servers* (NAPPS), Etats-Unis d'Amérique ; Evie Georgiou-Antoniou, Conseil pour la République de Chypre, Département juridique de la République de Chypre, Nicosia ; Juergen Harms, Professeur, Université de Genève ; Wendy Kennett,

Chargé de cours en droit, Université de Keele ; Stefanie Sieber, EMEA *Senior Policy and Regulatory Advisor for e-business Solutions*, Berlin ; Yong Zhu, Expert juridique, Ministère des Affaires étrangères, Beijing.

⁶⁵ Allemagne, Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Bélarus, Belgique, Botswana, Canada, 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.

rules for the protection of privacy (in other words, personal data) in the context of transboundary flows and Internet use. The question could therefore be asked whether it is still relevant to define a conflict of laws rule. Not only did Commission IV not exclude the need for proposing conflict of laws rules; it also stated clearly that it is not yet possible to give a final answer to this question until further studies have been made. With the existing system, there is a risk that national (or regional) rules may be evaded by taking advantage of the differences among conflict of laws rules and connecting factors. Uniform conflict of laws rules would make it possible to avoid this. Likewise, they could prevent protection gaps – cases in which an individual is without any protection – and a duplication of protective devices, where several different laws seem to impose rules of conduct for filing and exploiting data.

The system of conflict of laws to be studied should take account of several factors intended to achieve a balance among the interests involved:

1 The need for the person holding the files to be able to predict with certainty the principles which apply to the collection and filing of data and to their transmission and exploitation, so that he can put in place the protective measures required.

2 The value of making as much room as possible for freedom of choice in respecting the protection due to individuals.

3 The place assigned to connecting factors associated with the victim or to the effects of violations, alongside the criterion based on the place of establishment of the owner of the files. In this respect, the Commission emphasised that the study should bring out the advantages and disadvantages of providing a cumulative or alternative rule. But in any event, the connection with the place of establishment of the holder of the file did not seem in itself to be sufficient as far as the participants in Commission IV were concerned.

However, the Commission recognised that a system of conflicts of law is not sufficient, but must be combined with a system for access to effective dispute resolution for the person suffering from interference with his private life. According to the Commission, these methods of settling disputes must be contained within a coherent whole, to permit a degree of monitoring and supervision of data exploitation activities.

5. Commission V – Service abroad⁶⁴

The main task of Commission V was to study the implications of the new means of electronic communication for

⁶⁴ The membership of Commission V was as follows: Chairman: T. Bishop, Advocate, Berne; F.A. Blum, Director, National Association of Professional Process Servers, Philadelphia; M.-T. Caupain, First Vice-Chairman of the Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires, Charleroi; L. Claes, Huissier de justice, Executive Bureau of the UIHJ, Brussels. Participants: M. Baddeley, Professor, University of Geneva; C. Bernasconi, Secretary at the Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, The Netherlands; A. Boggiano, Judge and former President of the Supreme Court, University of Buenos Aires; F. Bory, Conseillère adjointe juriste, Ministry of Justice, Brussels; S. Collins, President of the National Association of Professional Process Servers NAPPS, U.S.A.; E. Georgiou-Antoniou, Counsel for the Republic of Cyprus, Law Office of the Republic of Cyprus, Nicosia; J. Harms, Professor, University of Geneva;

the working of the *Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*.

The 1965 Hague Convention lays down the various *methods of transmission* which may be used when a judicial or extrajudicial document is to be sent from a Contracting State to another Contracting State for service there. There is no need to illustrate the practical importance of this instrument. We merely note that the Convention now has 39 States Parties⁶⁵ and for some of them, the number of requests for service received under the Convention runs to over 7,000 a year.⁶⁶ As the Convention was adopted over thirty-five years ago, it is obvious that none of the specified methods of transmission refers – expressly at least – to the use of electronic means of communication. The task of the Commission was to examine the reach of this omission; is the use of the new techniques of electronic communication excluded for good and all? Are there, on the other hand, stages in the transmission procedure which could be effected by electronic means? If so, which are they? Can service properly speaking be effected by electronic means (for instance, by sending a message to the Internet site of a business)? Are amendments to the Convention necessary in order to take better account of technological advances, etc.?

Commission V adopted the method of the *functional equivalent*: for each of the methods of transmission specified in the Convention, it considered the aim and function of the requirements attaching to it. Having completed this analysis, the Commission considered whether these requirements could be satisfied in an equivalent manner in an electronic environment.

5.1. The address of the recipient

Under Article 1, paragraph 2, the Convention does not apply “where the address of the person to be served with the document is not known”. The Commission queried the scope of the term “address” in this context: does it include an *electronic* address of the recipient? The Commission answered this question in the affirmative. If the intention is to permit the use of electronic means in the framework of the Convention, it is difficult to see how the term “address” could fail to include an electronic address. Consequently, if only the electronic address of the recipient is known, the Convention may in principle apply. However, the Commission did not have time to study in detail the ramifications of this conclusion. There are at least two points still to be considered:

a) If the electronic address does not signify a geographical connection,⁶⁷ what becomes of the scope of the Convention?

W. Kennett, Lecturer in Law, Keele University; S. Sieber, EMEA Senior Policy and Regulatory Adviser for e-business Solutions, Berlin; Y. Zhu, Legal expert, Foreign Ministry, Beijing.

⁶⁵ Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados, Belarus, Belgium, Botswana, Canada, China (including the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macao), Cyprus, Czech Republic, Denmark, Egypt, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Israel, Italy, Japan, Latvia, Luxembourg, Malawi, Netherlands, Norway, Pakistan, Poland, Portugal, Seychelles, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, United Kingdom, United States, Venezuela. Moreover, Bulgaria and the Republic of Korea have recently deposited their instruments of accession to this Convention.

⁶⁶ Number of requests addressed to the Central Authority of the United States; this figure was given to us by one of the representatives of the National Association of Professional Process Servers taking part in the work of the Commission.

⁶⁷ A person may have an electronic address with a service provider whose domain name comprises a national identifier (us; nl; ch; fr etc.) without thereby being a resident of that country.

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 utiliser⁷⁰. 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 « [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 territoires⁷². 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 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 se demander 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

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 les actes à notifier par courrier électronique à leurs missions diplomatiques.

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.

⁷¹ Rapport explicatif de M.V. Taborada 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/status/stat14f.html>.

b) Are States prepared to admit the validity of service effected to an electronic address only? On this second question, the Commission notes especially the requirements of Article 15 of the Convention, to ensure that the defendant is protected, and these must be upheld as a Convention provision.

5.2. Transmission by electronic means

In order to ensure rapid and effective communication, both for the transmissions covered by Article 3 (Central Authorities)⁶⁸ and the subsidiary transmissions in Article 10,⁶⁹ the Commission recommends that “*these transmissions should be carried out by electronic means, provided they meet the following security requirements*”. The technique used to send the documents by electronic means should guarantee the *confidentiality* of the message (ensure, through cryptographic or other methods, that the message sent cannot be intercepted by another person), the *integrity* of the message (ensure that the message is not broken up in the course of despatch), the *inalterability* of the message (ensure that no change can be made to the message, either by the addressee or by any other person). The technique should also make it possible to *identify* beyond doubt the sender of the message. In addition, an irrefutable record should be kept of the *exact date of despatch and receipt* of the message. Finally, in order to be productive and effective the technology must be *operational at any time* (avoiding overload, known as *spam* in technical language).

The use of electronic means to ensure the proper working of the Convention poses few problems in the sense that the wording of the clauses concerned is *neutral* as to the communication techniques to be used.⁷⁰ It is this very absence of any reference to a specific technique which makes it possible now to take account of the progress made in means of communication. Moreover, the use of means of communication as rapid and simple as electronic mail reflects two fundamental aims of the Convention, which are to bring the document in question “*to the actual knowledge of the addressee in due time to enable the defendant to prepare a defence*” and to “*simplify the method of transmission of these documents from the requesting country to the country addressed*”.⁷¹

In the Commission’s view, there is no doubt that transmission of documents by electronic means would significantly

enhance the usefulness and effectiveness of the Convention. As requests for service are channelled instantly from one State to another, they can be brought to the knowledge of the addressee more quickly. This gain in time and effectiveness is all the more appreciable in that, according to the unanimous view of the professional process-servers attending the Round Table, communication with a number of Central Authorities is far from satisfactory. Not infrequently, a request for service is acted upon only several months after it has been sent. There are even instances in which the certificate of execution has been returned to the requesting authority several years after the request was sent. In these circumstances, it is understandable that any method which will reduce these delays will be welcome.

In the Commission’s view, opening the Convention to electronic means of communication in this way does not call for a formal revision of the Convention. It would however be desirable to spell out the new arrangements in a *recommendation*.

5.3. Electronic forms

A request sent to the Central Authority of the State addressed must comply with the model annexed to the Convention (Article 3). The Commission recommends *drawing up an electronic version of these forms*. The transmission of these forms by electronic means must also meet the security requirements mentioned above.

Under Article 3, paragraph 2, the request must be accompanied by the judicial document “*or a copy thereof. The request and the document shall both be furnished in duplicate*”. The Commission recommends that this expression should be interpreted in a *functional* sense when transmission is effected by electronic means. Since a document transmitted electronically can, generally speaking, be reproduced (printed) at any time and in an unlimited number of copies, the requirement of a copy or a duplicate can be satisfied by sending a single message.

5.4. Service by post

Most States do not object to judicial acts originating in other Contracting States being served directly by post on their territories.⁷² For some countries, it even seems that this mode of transmission is the chief means of service abroad. Article 10(a) is thus of considerable practical significance.

In the light of the foregoing, the Commission has taken note of Articles 39 to 41 of the *Universal Postal Convention* concluded at Seoul on 14 September 1994. According to its Article 39(1), postal administrations may agree among themselves to take part in the electronic mail service. The second paragraph contains a definition of electronic mail, as follows: “*electronic mail is a postal service which uses telecommunications for transmitting within seconds messages true to the original posted by the sender in either a physical or an electronic form for delivery to the addressee in a physical or electronic form*”. On reading this text, one might legitimately ask whether the expression “*by postal channels*” in Article 10(a) of the 1965 Convention should not in future be understood to include despatch by *electronic* mail when the mailbox used is that

⁶⁸ *Mutatis mutandis*, the certification provided for in Article 6 could also be carried out by electronic means. However, the Commission felt that evidentiary problems might arise.

⁶⁹ The same would be true of the transmissions in Articles 8 and 9. The Commission noted in that respect the practice already in place in certain States which send documents for service to their diplomatic missions by electronic mail.

⁷⁰ It should be noted that the proposed *European Regulation on the Service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (March 2000)* followed the same principle and did not specify any particular means of communication for the transmission of documents. Under Article 4(2) of the Directive, “*The transmission of documents, requests, confirmations, receipts, certificates and any other papers between transmitting agencies and receiving agencies may be carried out by any appropriate means, provided that the content of the document received is true and faithful to that of the document forwarded and that all information in it is easily legible*”. Moreover, according to Article 17(d) the Commission of the European Communities is to adopt rules “*giving effect to implementing measures to expedite the transmission and service of documents*”. Member States will have a *manual* to enable the entity of origin to inform itself of the means which may be used in its relations with entities addressed in another Member State. This manual will be compiled and updated annually by the Commission.

⁷¹ Explanatory Report by M.V. Taborda Ferreira, *Proceedings of the Tenth Session* (1964), Tome III, pp. 363-364.

⁷² For States which do object, see the Internet site of the Conference: <www.hcch.net>.

messagerie utilisée est celle d'une administration postale⁷³. 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 courrier⁷⁵. 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 requise, 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 contractants⁷⁶. 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 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 électronique⁷⁷.

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 à 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'article 10 (a), décision en date du 21 novembre 1995 dans l'affaire *Mezitis v. Mezitis*. La décision peut être téléchargée à l'adresse suivante < 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.

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 en particulier. 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

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 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

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 résidents américains. En contrepartie, le bénéfice d'une dispense de notification a été restreint 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 ; Dr. Jan Hebly, *Attorney-at-law*, Trenité Van Doorne, Rotterdam. Participants : Souheil, El Zein, Directeur, *Legal Affairs*, Lyon ; Helmut Fessler, Notaire, Union Internationale du Notariat Latin, Krefeld ; Sylvette Guillemard, Avocate, Gouvernement du Québec ; Johan Huizing, *Senior Counsel IBM Europe/Moyen orient & Afrique*, Paris ; Monique Jametti Greiner, Vice-directrice, Office fédéral de la justice, Berne ; Dirk Langer, Assistant, Université de Genève ; Guy Lequeme, Chef de division, Cour de Justice des Communautés Européennes, Luxembourg ; Hugo Maurin Cayrus, Conseiller de la Délégation permanente de l'Uruguay à Genève ; Dorothee van Iternon, 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.

of a postal administration.⁷³ However, several members of the Commission expressed reservations about this mode of transmission. These reservations have to do with the fact that several States – whether or not they have objected in accordance with Article 10(a) of the Convention – refuse to enforce a foreign judgment rendered following a procedure in which the document instituting proceedings was served by post.⁷⁴

Moreover, the expression “by postal channels” must also be considered in light of the fact that several *private* operators now offer mail services.⁷⁵ The Commission, without adopting any specific recommendations on this point, suggests that the implications of this new approach to the Convention should also be considered at the next Special Commission on the practical workings of the Convention.

5.5. Service by delivery of the document to an addressee who accepts it voluntarily

Article 5, paragraph 2, provides that except where a particular method is requested, the document may always be served by delivery to an addressee who accepts it voluntarily. It should be noted that this process of ordinary delivery is widely used in many Contracting States.⁷⁶ The person delivering the document will often be a police officer. In most cases, addressees accept the document voluntarily or come to collect it from the police station.

The Commission pondered whether the receipt and reading of an electronic message could be equated to ordinary delivery. Its reply is in principle that it can, provided the law of the State of destination does not prohibit service by electronic means. The Commission suggests in this respect that States Parties to the Convention should inform the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law whether they agree to this form of service.

The Commission also discussed the possibility that parties could include in their contracts or in their general terms of business a “document service clause” whereby they would agree that a judicial or extrajudicial document can be served electronically. Although the Commission did support this possibility, the service clause could not result in enabling direct service to take place between parties. Its only consequence would be to enable the Central Authority or a process server in the State of destination to deliver the document to the addressee by electronic means.⁷⁷

6. Commission VI – Taking evidence abroad and legalisation⁷⁸

The aim of Commission VI was to study the interpretation and adaptation, if necessary, of the *Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* to the new possibilities opened up by present-day electronic and telecommunications methods. As the Commission had slightly more time than the other Commissions, it also discussed the possible adaptation of the *Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents*.

6.1. Taking evidence

As regards taking evidence, the Commission unanimously concluded that the spirit, structure and text of the Hague Convention do not constitute any bar to taking evidence by electronic means. In particular, the expression “letter of request” is not to be interpreted as an obstacle to using electronic means. In this regard the Commission noted that the Convention does not give any definition of the form which the letter of request has to take. But one of the aims of the Convention is to improve mutual co-operation among States Parties, by facilitating the transmission and execution of letters of request and by enhancing the effectiveness of co-operation.⁷⁹ This aim is particularly clear from Article 9, paragraph 3, of the Convention, which provides “*A Letter of Request shall be executed expeditiously*”. Electronic transmissions should therefore be a very effective method of applying this provision in practice.

The Commission began by studying Chapter I of the Convention, to ascertain whether the provisions of Article 2, paragraph 1, would allow for the use of electronic transmission. It answered this question in the affirmative.

The Commission pondered whether the use of the Central or other authorities specified in Article 24 would become redundant with the new transmission techniques. It concluded that it would not, considering that the Central or other authorities could be useful when the court in the country

⁷³ In accordance with this text, it is conceivable that a sender may send the document by private electronic mail to the postal administration, asking the latter to transmit it by postal e-mail to the addressee. Unlike a direct despatch by sender to addressee, a despatch via a postal administration would ensure that the transmission is of the postal kind envisaged in Article 10(a) of the Convention.

⁷⁴ Practical Handbook Service Abroad – Hague Convention, pp. 47-50.

⁷⁵ For the New York Supreme Court, a despatch made through a private mail service cannot be regarded as a postal despatch within the meaning of Article 10(a): decision of 21 November 1995 in the case of *Mezitis v. Mezitis*. The decision can be downloaded from the following address: <www.ljextra.com/cgi-bin/f_cat?test/ht-docs/ny.archive.html/95/11/da1995_1121_1526_106.html>.

⁷⁶ See the Practical Handbook, *op. cit.* in footnote 74, p. 42.

⁷⁷ In the United States, a similar outcome could be achieved by means of a *waiver of service*, whereby a defendant exempts the applicant from effecting service. Instead of sending the defendant a summons to appear, the applicant sends the defendant (by post or other appropriate means) a document entitled “waiver of service”. By means of this document, the form and content of which are prescribed by law, the applicant informs the defendant that he has instituted proceedings before a specified court. The defendant may refuse or accept this document. If he accepts it, he must return the form to the applicant. There is a 30-day time limit if he has received the document in the United States, and 60 days if he has received it abroad. Acceptance of the *waiver of service* by

the defendant exempts the applicant from his obligation to serve a summons on the defendant. Acceptance of the *waiver of service* does not deprive the defendant of the option of contesting the court’s jurisdiction. Moreover, acceptance does not interrupt limitation periods, and cannot serve as a basis for a default judgment. If the defendant refuses to accept the waiver of service, the summons has to be served on him by the normal method. However, if he refuses he will then have to share in the costs of ordinary service. Following criticism by European States, this sanction was ultimately confined to residents of the United States only. In exchange, the benefit of exemption from service was restricted to applicants domiciled in the United States. The Commission did not have time to consider in detail the various aspects of the *waiver of service*. It may however be thought that electronic despatch of the request for exemption from service is especially justified in that this is not a *judicial* document, but merely a communication transmitted to the defendant.

⁷⁸ The membership of Commission VI was as follows: Chairman: P. Bernard, Advocate, Bernard-Hertz-Béjot, Paris. *Rapporteur*: M.S. Baum, Vice-President, Verisign Inc., Mountain View; Dr. J. Hebly, Attorney-at-law, Trenité Van Doorne, Rotterdam. Participants: S. El Zein, Director, Legal Affairs, Lyons; H. Fessler, Notary, Union Internationale du Notariat Latin, Krefeld; S. Guillemard, Advocate, Government of Quebec; J. Huizing, Senior Counsel Ibm Europe/Middle East & Africa, Paris; M. Jametti Greiner, Deputy Director, Federal Justice Ministry, Berne; D. Langer, Assistant, University of Geneva; G. Lequime, Head of Division, Court of Justice of the European Communities, Luxembourg; H. Maurin Cayrus, Counsellor of the Permanent Delegation of Uruguay in Geneva; D. Van Iterson, Counsellor, Ministry of Justice, The Hague; J.H.A. van Loon, Secretary General, Hague Conference on Private International Law, The Hague.

⁷⁹ See preamble, second and third paragraphs.

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 témoin clé.

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 procé-

dures 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.

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

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, Professeur, Université du Massachusetts ; Helmut Rüssmann, Professeur, Université de Saarbrück. Rapporteur spécial pour les actions collectives : Marc Fallon, Professeur, Université Catholique de Louvain. Participants : Jose Abascal Zamora, Conseiller extérieur, Ministère des Affaires Étrangères, Mexique ; Dr. Davic Billard, Université de Genève ; Timothy Fenoulhet, *Analyses and Policy Planning*, Commission européenne, Bruxelles ; Fabien Gélinas, *General Counsel*, Chambre de commerce internatio-

nale, Paris ; Dr. Richard Hill, 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, Conseiller juridique, AELE, Genève ; Isabelle Romy, Professeur, Université de Fribourg ; Paul Vidonne, Vice-Président, Compagnie Nationale des experts judiciaires en informatique et techniques associées, Meylan.

⁸¹ Voir ci-dessus les développements du chapitre premier.

of origin cannot identify the court with jurisdiction in the country addressed, or when Article 12 of the Convention falls to be applied.

The Commission then turned to the security measures to be engendered by the new communication techniques. It noted with interest the progress made in securing systems, whichever technique is used. The Commission also noted that the use of the Internet may be dangerous, this being a means of communication which in principle is not made secure. It was therefore recognised that whenever a degree of authenticity, confidentiality and integrity of documents or communications transmitted is necessary, the use of crypted sites should be encouraged. For the Commission, these methods should not be regarded as formalities within the meaning of Article 3, third paragraph, of the Convention, which are forbidden as such.

Finally, the Commission considered the possibility of using the new means of communication, including video-conferencing and similar methods, to question witnesses at a distance. It did not see any particular objection to using these techniques. However, it felt that such use should be in accordance with the Convention, either by using a letter of request, or under Article 17, interpreted in a functional sense. However, the Commission is of the view that this question must be studied further, especially as regards the protection of a leading witness.

6.2. *The electronic certificate ("apostille")*

As regards the Convention Abolishing the Requirement of Legalisation, and the question of the certificate, the Commission discussed briefly the possibility of keeping the register specified in Article 7 of the Convention, in which the authorities take note of certificates supplied electronically. The Commission was unanimous in saying that the method of functional equivalence would permit the register to be kept in electronic form.

On the other hand, the Commission did not consider in detail whether the apostille or certificate itself, referred to in Article 6, could be delivered electronically. This probably depends, at least in part, on whether the actual document on which the certificate is to be placed is an electronic document. This is increasingly the case with private documents requiring a certificate. It should therefore be considered whether the certificate can be added electronically. Where public documents are equally available in electronic form, the same arrangement could be extended to these documents. The Commission took the view that further study may show that the system could work if trusted third parties are used, as is already the case with electronic signatures.

7. Commission VII – Resolution of disputes online and procedural standards⁸⁰

The task of Commission VII was to work on the resolution of disputes online and the rules of procedure which

are necessary for such a method of settling disputes. For lack of time, the Commission could not work on group actions except to decide that the new electronic tools for communication should facilitate the handling of group actions and complex cases. This question may become especially relevant with the growing number of disputes of the same kind brought about by the use of the Internet. It will probably require further study.

The Commission was unanimous in saying that disputes which arise from the use of the Internet, and the expansion in electronic commerce, make it necessary to develop appropriate systems of dispute resolution, which will mean a much greater need for transnational judicial co-operation. Electronic means of communication could thus help to facilitate this co-operation.

Recognising that access to justice is a fundamental right, the Commission agreed that electronic online means of dispute resolution are particularly well suited to the predictable increase in the number of disputes in the context of electronic commerce, and especially where the disputes arise from relationships between consumers and businesses. However, in order to develop such mechanisms it is necessary to take heed of, and protect, the principles of independence, impartiality and transparency of systems, as well as the adversarial principle, procedural efficiency, the legality of decision-making and the freedom of the parties and their right to be represented.

The Commission was particularly conscious of the fact that some citizens might lack access to the necessary means of communication to benefit from access to justice by electronic means. In order to remedy this inequality in the availability of material resources, the Commission suggested setting up public points of contact which would be readily accessible, to enable everyone to benefit from adequate technical resources. The Commission also discussed the possibility of developing procedural forms to improve the efficiency of judicial systems. These forms could be made available to plaintiffs online.

Like other commissions, Commission VII recognised the value of using the principles of functional equivalence developed in the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996).⁸¹

Some members of the Commission pondered whether the use of electronic means of communication ran counter to the confidentiality of procedural documents which is required in some national procedural systems. However, the Commission's view is that rules of confidentiality can be respected despite using electronic means of communication, in view of the availability of technical devices such as encryption.

When the resolution of disputes takes place offline, the Commission is of the view that the reference to the place of arbitration or the place where the arbitral award is made must not be interpreted as a geographical place, but as a legal fiction to enable all the consequences to be drawn which the law implies, such as appeals against the

⁸⁰ The membership of Commission VII was as follows: Chairman: R.A. Horning, Attorney-at-law, Tomlinson Zisko Morosoli & Maser LLP, Palo Alto. *Rapporteur*: E. Katsh, Professor, University of Massachusetts, H. Rüssmann, Professor, University of Saarbrücken. *Special Rapporteur* for Group Actions: M. Fallon, Professor, Catholic University of Louvain. Participants: J. Abascal Zamora, External Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Mexico; Dr D. Billard, University of Geneva; T. Fenoulhet, Analyses and Policy Planning, European Commission, Brussels; F. Gélinas, General Counsel, International Chamber of Commerce, Paris; Dr R. Hill, Hill & Associés,

Geneva; D. Hornung, Advocate, Cabinet Lalive & Associés, Geneva; C. Kessedjian, Deputy Secretary-General, Hague Conference on Private International Law, The Hague; L. Ólafsdóttir, Legal Adviser, European Free Trade Association, Geneva; I. Romy, Professor, University of Fribourg; P. Vidonne, Vice-President, Compagnie Nationale des experts judiciaires en informatique et techniques associées, Meylan.

⁸¹ See above, Chapter I.

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 À 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 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

⁸² La composition de la réunion d'experts du 28 février au 1er mars 2000, à Ottawa, était la suivante : M. Rolf Wagner, *Ministerialrat*, Ministère fédéral de la Justice, Berlin, Allemagne ; Mme Andrea Schulz, *Regierungsdirektorin*, Ministère fédéral de la Justice, Berlin, Allemagne ; M. David M.J. Bennett, *QC, Solicitor-General* d'Australie, Sydney, Australie ; l'honorable juge Peter E. Nygh, Professeur invité, Université de Nouvelle Galle du Sud, Kirribilli, Australie ; M. John Mc Guinness, *Principal Legal Officer, Attorney-General's Department*, Barton, Australie ; M. Timothy McEvoy, *Senior Associate*, Freehill Hollingdale & Page, Melbourne, Australie ; Dr Sabine Längle, magistrat, Ministère fédéral de la Justice, Vienne, Autriche ; M. Jacques H.L. Matthys, Conseiller général, Ministère de la Justice, Bruxelles, Belgique ; M. Morris Rosenberg, sous-ministre de la Justice et sous-procureur général du Canada, Ottawa ; Mme Kathryn Sabo, Avocat-Conseil, Ministère de la Justice, Ottawa, Canada ; Mme Gaylen A. Duncan, Présidente, Association canadienne de la technologie de l'information, Mississauga, Canada ; Mme Angie Forte, *Policy analyst*, Groupe de travail sur le commerce électronique, Ottawa, Canada ; M. Jacques Gauthier, *General Counsel, Legal Services*, Travaux publics et Services gouvernementaux, Québec, Canada ; M. Michael Jenkin, Directeur Général, Industrie Canada, Ottawa, Canada ; Mme Catherine Peters, Senior Economic Policy Advisor, Industrie Canada, Ottawa, Canada ; Mme Joan Remsu, Senior Counsel, Public Law Policy Section, Ottawa, Canada ; Mme Frédérique Sabourin, Ministère des Relations internationales, Québec, Canada ; M. Richard Simpson, Directeur Général, Industrie Canada, Ottawa, Canada ; M. T. Bradbrooke Smith, *Stikeman Elliot*, Ottawa, Canada ; M. David Waite, Directeur, Industrie Canada, Ottawa, Canada ; Mme Tian Ni, Ministère des Affaires étrangères, Beijing, Chine ; M. Y.K. Frank Poon, Deputy Principal Government Counsel, Department of Justice, Hong Kong, Chine ; M. Qian Xiaocheng, juge assistant, Supreme People's Court, Beijing, Chine ; Mr Young-Hill Liew, juge de la Haute cour de Séoul, Ministry of Court Administration, Séoul, Corée ; Dr Krešimir Sajko, Professeur, Directeur de l'institut de droit international et comparé, Zagreb, Croatie ; M. Peter Arnt Nielsen, Professeur associé, Charlottenlund, Danemark ; M. Joaquim J. Forner Delaygua, Professeur, Université de Barcelone, Espagne ; M. Jeffrey D. Kovar, *Assistant Legal Adviser for Private International Law*, Département d'état, Washington, DC, Etats-Unis d'Amérique ; M. Andrew J. Pincus, *General Counsel, Department of Commerce*, Washington, DC, Etats-Unis d'Amérique ; M. 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, Etats-Unis d'Amérique ; Mr Pedro Erviti, Ambassade des Etats-Unis, Ottawa, Canada ; M. Brian Hengesbaugh, Conseiller spécial, *Office of the General Counsel*, Washington, DC, Etats-Unis d'Amérique ; Mme Jennifer Lucas, *Patent & Trademark Office*, Washington, DC, Etats-Unis d'Amérique ; M. Hugh Stevenson, *Federal Trade Commission*, Washington, DC, Etats-Unis d'Amérique ; M. Ronald A. Brand, Professeur de droit, Faculté de droit de l'université de Pittsburgh, Pittsburgh, Etats-Unis d'Amérique ; Mme Cindy Rose, Vice-présidente, *Government Relations*, The Walt Disney Company, Bruxelles, Belgique ; M. Peter D. Trooboff, *Esquire, Attorney-at-Law*, Washington, DC, Etats-Unis d'Amérique ; Mme Elena Andreevska, Directrice, Ministère des Affaires étrangères, Skopje, ex-République yougoslave de Macédoine ; M. le Juge Gustaf Möller, Cour suprême de Finlande, Helsinki, Finlande ; M. Olivier Tell, magistrat, Ministère de la Justice, Paris, France ; Mme A. Grammatikaki-Alexiou, Professeur, Université Aristotle de Thessaloniki, Grèce ; M. Arthur Plunkett, *Barrister-at-law*, Dublin, Irlande ; Mme Lorraine Benson, *Principal Officer, Department of Enterprise, Trade and Employment*, Dublin, Irlande ; M. Fausto Pocar, professeur de droit international et de droit international privé à l'Université de Milan, Italie ; M. Tadashi Kanzaki, Professeur à l'Université Gakushuin, Japon ; M. Ryozo Hayashi, *Director General for Machinery and Information Industries Policy*, Tokyo, Japon ; M. Satoshi Nohara, *Deputy Director of Information Services Industry Division*, Tokyo, Japon ; M. Idriss Idrissi Biehr, 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. Luis Pedro Rocha De Lima Pinheiro, professeur de droit à l'Université de Lisbonne, Portugal ; M. Peter M. Beaton, *Head of Civil Justice and International Division, Scottish Executive Justice Department*, Edinbourg, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord ; M. Paul R. Beaumont, Professeur de droit européen et droit international privé, Aberdeen, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord ; M. Charles Raikes, *Legal Director, Department of Trade and Industry*, Londres, Royaume-Uni ; M. Chris Reed, Professeur de droit du commerce électronique, Londres ; M. Göran Lambert, Directeur Général des affaires juridiques, Ministère de la Justice, Stockholm, Suède ; M. Alexander R. Markus, chef de la Section du droit international privé, Office fédéral de la Justice, Berne, Suisse ; Mme Bilgin Tiryakioglu, vice-doyen, Université d'Ankara, Turquie ; Mme Ilknur Altintas, juge d'inspection, Ministère de la Justice, Ankara, Turquie.

Etats non membres représentés : M. David J. Goddard, *Barrister* ; consultant auprès de la *New Zealand Law Commission*, Wellington, Nouvelle-Zélande.

Représentants d'organisations intergouvernementales : *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* : M. Renaud Sorieul, Conseiller juridique principal auprès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Vienne ; *Commission Economique des Nations Unies pour l'Europe* : M. David Marsh, *Legal Liaison Rapporteur and Vice-Chair of the UN/CEFACT Legal Working Group*, Londres ; *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)* : Mme Shira Perlmutter, Consultant, Bureau de la planification stratégique et du développement des politiques, OMPI, Genève ; M. Li-Feng Schrock, Consultant, Bureau du Directeur général, Genève ; *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*, Bruxelles ; M. Diana Wallis, MEP, Parlement européen, Bruxelles ; Mme Hillary Groos, Parlement européen, Bruxelles, Belgique.

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

Experts *ad hoc* : M. Stewart Baker, Steptoe & Johnson LLP, Washington ; M. David A. Fares, Directeur, *US Council on International Business*, New York ; Mme Jane Ginsburg, Professeur de droit, Université Columbia, New York ; Mme H. I-Ennig, Illinois Institute of Technology, Chicago, Illinois, Etats-Unis d'Amérique ; M. Marc A. Pearl, General Counsel & Senior Vice President, Arlington, Etats-Unis d'Amérique ; M. Henry H. Perritt, Jr., Doyen, Vice Président et Professeur de droit à l'Illinois Institute of Technology, Chicago ; M. Ronald L. Plesser, *Counsel to Electronic Commerce & Consumer Protection Group (ECCPG)*, Washington ; Mme K. Feilly, Illinois Institute of Technology, Chicago, Illinois, Etats-Unis d'Amérique ; Dra. Mariana Silveira, Coordinator of Electronic Commerce Project, National Law Center for Inter-American Free Trade, Tucson, Etats-Unis d'Amérique ; Mme Margaret Stewart, Professeur, Chicago-Kent College of Law, Chicago, Illinois, Etats-Unis d'Amérique.

award. Normally, the parties will have made provision for such a place, or the court of arbitration will have done so in its decision. However, if there is no option, the Commission suggested that agreement should be reached on a uniform default rule, without however suggesting what that rule should be. The Commission believes that this proposal applies *mutatis mutandis* to the other alternative means of dispute resolution.

Some of the recommendations above will be studied in more detail at the joint meeting to be organised by the Hague Conference with the OECD and the ICC, which will be mentioned below.

C. EXPERT GROUP MEETING IN OTTAWA

From 28 February to 1 March 2000, a group of experts met at the invitation of the Government of Canada in Ottawa, to discuss the issues of electronic commerce and international jurisdictional competence.

All Member States of the Conference had been invited to participate, along with the intergovernmental and non-governmental organisations active in this field, and a number of *ad hoc* experts.⁸² The debates focused around the

⁸² Those attending the expert meeting in Ottawa from 28 February to 1 March 2000 were the following: Mr R. Wagner, Ministerialrat, Federal Ministry of Justice, Berlin, Germany; Ms A. Schulz, Regierungsdirektorin, Federal Ministry of Justice, Berlin, Germany; Mr D.M.J. Bennett, QC, Solicitor-General of Australia, Sydney, Australia; The Honourable Justice P.E. Nygh, Visiting Professor, University of New South Wales, Kirribilli, Australia; Mr J. McGinness, Principal Legal Officer, Attorney-General's Department, Barton, Australia; Mr T. McEvoy, Senior Associate, Freehill Hollingdale & Page, Melbourne, Australia; Dr S. Längle, Judge, Federal Ministry of Justice, Vienna, Austria; M. J.H.L. Mathys, Conseiller général, Ministry of Justice, Brussels, Belgium; Mr M. Rosenberg, Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Ms K. Sabo, Senior Counsel, Department of Justice, Ottawa, Canada; Ms G.A. Duncan, President, Information Technology Association of Canada, Mississauga, Canada; Ms A. Forte, Policy analyst, Electronic Commerce Task Force, Ottawa, Canada; Mr J. Gauthier, General Counsel, Legal Services, Public Works & Government Services, Quebec, Canada; Mr M. Jenkin, Director General, Industry Canada, Ottawa, Canada; Ms C. Peters, Senior Economic Policy Adviser, Industry Canada, Ottawa, Canada; Ms J. Remsu, Senior Counsel, Public Law Policy Section, Ottawa, Canada; Mme F. Sabourin, Ministère des Relations Internationales, Quebec, Canada; Mr R. Simpson, Director General, Industry Canada, Ottawa, Canada; Mr T.B. Smith, Stikeman Elliott, Ottawa, Canada; Mr D. Waite, Director, Industry Canada, Ottawa, Canada; Ms Tian Ni, Ministry of Foreign Affairs, Beijing, China; Mr Y.K.F. Poon, Deputy Principal Government Counsel, Department of Justice, Hong Kong, China; Mr Qian Xiaocheng, Assistant Judge, Supreme People's Court, Beijing, China; Mr Y.-H. Liew, Judge of Seoul High Court, Ministry of Court Administration, Seoul, Korea; Dr K. Sajko, Professor, Director of Institute of International and Comparative Law, Zagreb, Croatia; Mr P.A. Nielsen, Associate Professor, Charlottenlund, Denmark; Mr J.-J. Forner Delaguya, Professor, University of Barcelona, Spain; Mr J.D. Kovar, Assistant Legal Adviser for Private International Law, Department of State, Washington, DC, United States of America; Mr A.J. Pincus, General Counsel, Department of Commerce, Washington, DC, United States of America; Mr M. Bohannon, Chief Counsel for Technology & Counsellor to the Under Secretary for Technology, Department of Commerce, Washington, DC; Mr M. Donohue, Federal Trade Commission, Washington, DC, United States of America; Mr P. Erviti, US Embassy, Ottawa, Canada; Mr B. Hengesbaugh, Special Counsel, Office of the General Counsel, Washington, DC, United States of America; Mr H. Stevenson, Federal Trade Commission, Washington, DC, United States of America; Ms J. Lucas, Patent & Trademark Office, Washington, DC, United States of America; Mr H. Stevenson, Federal Trade Commission, Washington, DC, United States of America; Mr R.A. Brand, Professor of Law, University of Pittsburgh School of Law, Pittsburgh, United States of America; Ms C. Rose, Vice President, Government Relations, The Walt Disney Company, Brussels, Belgium; Mr P.D. Trooboff, Esquire, Attorney-at-Law, Washington, DC, United States of America; Ms E. Andreevska, Director, Ministry of Foreign Affairs, Skopje, The Former Yugoslav Republic of Macedonia; Mr Justice G. Möller, Supreme Court of Finland, Helsinki, Finland; M. O. Tell, Magistrat, Ministry of Justice, Paris, France; Mrs A. Grammatikaki-Alexiou, Professor at Aristotle University of Thessaloniki, Greece; Mr A. Plunkett, Barrister-at-law, Dublin, Ireland; Mr F. Pocar, Professor of international law and private international law at the University of Milan, Italy; Mr T. Kanzaki, Professor at Gakushuin University, Uppsala, Japan; Mr R. Hayashi, Director General for Machinery and Information Industries Policy, Tokyo, Japan; Mr S. Nohara, Deputy Director of Information Services Industry Division, Tokyo, Japan; M. I. Idrissi Bichr, Directeur des Affaires civiles, Ministry of Justice, Rabat, Morocco; M. A. (Teun) V.M. Struycken, Professor at the Faculty of Law of the Catholic University of Nijmegen, Heilig Landstichting, Netherlands; M. F.J.A. Van Der Velden, counsellor, Ministry of Justice, The Hague, Netherlands; M. L.P. Rocha De Lima Pinheiro, Professor of Law at the University of Lisbon, Portugal; Mr P.M. Beaton, Head of Civil Justice and

preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, adopted by the Special Commission meeting at The Hague in October 1999.

A detailed report will be sent in due course to the participants and to Member States which were not represented. However, the following preliminary conclusions may be spelt out even at this stage:

1 In view of the anticipated upsurge of electronic commerce in the immediate future, it would be unwise to exclude it from the substantive scope of the Convention.

2 Article 4 of the preliminary draft of the Convention satisfactorily covers choice of court clauses concluded electronically (which bears out the conclusions of the Geneva Round Table).

3 Many experts expressed the view that Article 6 (on contracts between businesses) should be supplemented by a clause dealing with contracts concluded and performed entirely online (confirming the Geneva Round Table). But although several proposals were discussed, no consensus was reached at the present time.

4 As for Article 7 (contracts concluded between a consumer and a business), there was no consensus on possible changes to the wording, but it was agreed that Article 7(1) b)

International Division, Scottish Executive Justice Department, Edinburgh, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; Mr P.R. Beaumont, Professor of European Union and Private International Law, Aberdeen, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; Mr C. Raikes, Legal Director, Department of Trade and Industry, London, United Kingdom; Mr C. Reed, Professor of Electronic Commerce Law, London; Mr G. Lambertz, Director-General for Legal Affairs, Ministry of Justice, Stockholm, Sweden; M. A.R. Markus, Head of Section of Private International Law, Federal Office of Justice, Berne, Switzerland; Ms B. Tiryakoglu, Deputy Dean, University of Ankara, Turkey; Ms I. Altintas, Inspection Judge, Ministry of Justice, Ankara, Turkey.

Non-Member States represented: Mr D.J. Goddard, Barrister; Consultant to the New Zealand Law Commission, Wellington, New Zealand.

Representatives of intergovernmental organisations: United Nations Commission on International Trade Law: Mr R. Soricul, Senior Legal Officer, United Nations Commission on International Trade Law, Vienna; *United Nations Economic Commission for Europe:* Mr D. Marsh, Legal Liaison Rapporteur and Vice-Chair of UN/CEFACT Legal Working Group, London; *World Intellectual Property Organisation (WIPO):* Ms S. Perlmutter, Consultant, Office of Strategic Planning and Policy Development, WIPO, Geneva; Mr L.-F. Schrock, Consultant, Office of the Director-General, WIPO, Geneva; *European Commission:* Mme A.-M. Rouchaud, Principal Administrator, Judicial Civil Co-operation, Brussels; M. M. Desantes, Legal Service, Brussels; *Council of the European Union:* M. F.R. Paulino Pereira, Principal Administrator in Directorate-general "H" (Justice and Internal Affairs), Brussels; *European Parliament:* Dr H. Duintjer Tebbens, Head of Division, Brussels; Mrs D. Wallis, MEP, European Parliament, Brussels; Ms H. Groos, European Parliament, Brussels.

Representatives of non-governmental organisations: International Chamber of Commerce: Mr M. Pullen, Senior Regulatory Counsel, Brussels; Ms J. Freundlich, Senior Legal Adviser, *International Bar Association:* Mr B. Odutola, Ottawa; *Global Business Dialogue on Electronic Commerce:* Ms J. Freundlich, Senior Legal Adviser; *Bureau Européen des Unions des Consommateurs (BEUC) et/and Consumers International:* Mme U. Pacht, Legal Officer, Brussels; *Internet Law & Policy Forum:* Ms R. Day, Executive Director, New York; Mr M. Katoh, Chairman of the Board, Washington, United States of America; *Union Internationale des Avocats (UIA):* M. B. Emery, Desjardins Ducharme Stein Monas, Montreal; *International Federation of the Phonographic Industry (IFPI):* Ms M. Martin-Prat, Director of Legal Policy, London.

Ad hoc experts: Mr S. Baker, Steptoe & Johnson LLP, Washington; Mr D.A. Fares, Director, US Council on International Business, New York; Mrs J. Ginsburg, Professor of Law at Columbia University, New York; Ms H. I-Ennig, Illinois Institute of Technology, Chicago, Illinois, United States of America; Mr M.A. Pearl, General Counsel & Senior Vice President, Arlington, United States of America; Mr H.H. Perritt, Jr., Dean, Vice President & Professor of Law, Illinois Institute of Technology, Chicago; Mr R.L. Plesser, Counsel to Electronic Commerce & Consumer Protection Group (ECCPG), Washington; Ms K. Feilly, Illinois Institute of Technology, Chicago, Illinois, United States of America; Dra. M. Silveira, Co-ordinator of Electronic Commerce Project, National Law Center for Inter-American Free Trade, Tucson, United States of America; Ms M. Stewart, Professor, Chicago-Kent College of Law, Chicago, Illinois, United States of America.

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 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 garantie 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 labelliser 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 garan-

tir 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 for 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 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 ;

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

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, para. 3.

cannot work in the context of electronic commerce. Some experts also agreed with the proposal emanating from the Geneva Round Table⁸³ whereby the text was to be supplemented by a clause enabling recognition of a choice of court clause if its validity is admitted by the State in which the consumer habitually resides.

D. PLANNED JOINT MEETING BETWEEN THE OECD, THE HAGUE CONFERENCE AND THE ICC

In view of the special difficulties raised by disputes between businesses and consumers, the Permanent Bureau took an interest in alternative methods of dispute resolution, not as an ideal substitute for the rules of jurisdictional competence for cases brought to national courts, but as an additional feature in a consistent system which includes at the same time prevention, alternative methods of resolution and a default rule for the jurisdiction of courts.

This system could be devised along the following main lines:

1 it could be a mixed system, operating within an independent control authority set up by the public authorities, either directly or by delegation from representatives of industry, consumers and the public authorities themselves;

2 the system should be an open one, enabling several institutions and organisations to propose alternative dispute resolution methods. In order to secure a greater degree of confidence, it should be possible to organise accreditation of these institutions by the independent monitoring body, according to principles and a procedure to be defined. The principles of independence, transparency, reliability and legality should be a minimum foundation for this accreditation procedure. The various organisations offering their dispute resolution services would be in competition, and this competition would guarantee a better service, provided at lower cost, in a specially devised setting;

3 the system would be devised as a mechanism with three arms:

a) a preventive method whereby sites would be labelled through a system of seals or "trust marks", so that preference could be given to sites which offer effective guarantees to consumers, encouraging them to focus their activities on these sites;

b) a dispute resolution mechanism to which sites would give prior consent through the label, enabling rapid resolution at lower cost of any disputes which arise and which could not be resolved by preventive means;

c) a default rule of jurisdictional competence for any case in which the first two arms of the system have been unable to provide satisfaction, or for residual cases which cannot be brought within the first two arms.⁸⁴

In addition, common substantive rules could be developed in the framework of the "trust mark" or label, enabling dispute resolution institutions to apply the same substantive rules in order to ensure a higher degree of predictabil-

ity for operators. These substantive rules could if necessary include a uniform conflict of laws rule for the aspects of the dispute which are not governed by the substantive rules.

This system should be devised in the worldwide context, in view of the specific character of electronic commerce. In the light of the ongoing negotiations for a Convention on jurisdictional competence and foreign judgments, a provision such as Article 7⁸⁵ could be redrafted to reflect the prevailing consensus which seems to have emerged for taking account of alternative dispute resolution methods (ADR) in the framework of relationships between consumers and businesses. This clause could then begin with a rule of interpretation whereby no provision of the Convention can be interpreted as preventing recourse to alternative methods of dispute resolution applicable to transactions entered into by consumers. The Convention could then confirm the validity of choice of court clauses if such validity is upheld by the law of the country in which the consumer habitually resides. This provision would reflect the proposals made by the Geneva Round Table.⁸⁶ Finally, the Convention would provide a default rule of jurisdiction to be used only in cases where the other two parts of the rule cannot operate. If this default rule conferred jurisdiction on the court of the consumer's habitual residence, it would also be necessary to agree that only the address indicated by the consumer could give rise to jurisdiction for the court. If the consumer entered into his contract without giving the address of his habitual residence, the jurisdictional rule could not be used. If the consumer had given an address other than his habitual residence, his co-contractor would be entitled to presume that that address is his habitual residence.

There are already certain Internet sites offering alternative dispute resolution services in particular fields, such as resolution of disputes concerning insurance, or disputes arising from the grant of domain names. Only this latter category of disputes has led to the framing of procedural rules which now enable us to think in concrete terms about setting up online dispute resolution arrangements. An examination of these procedural rules shows that:

1 A clear distinction must be drawn between mediation or conciliation, and arbitration;

2 With mediation and conciliation, the outcome of the process must be set down in a formal agreement, and methods of transboundary execution should be provided for;

3 For arbitration, there are already many rules which need little or no adaptation;

4 Time limits for bringing about these resolutions must be short, although it is not yet clear how this is to be defined;

5 Cost will be an essential aspect of these procedures. There seems to be an emerging consensus that the costs should be very low for the consumer, indeed that the procedures should be free of charge;

6 The relationship between alternative procedures and those for bringing suit before a court should be clarified, perhaps in the form of uniform rules;

⁸³ See above, Chapter III, B, section 3.

⁸⁴ For instance, it may be asked whether disputes arising from the use of defective products could be settled in the framework of the proposed system.

⁸⁵ The article dealing with disputes with consumers.

⁸⁶ See above, Chapter III, B, section 3.

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 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.

7 It also needs to be clarified what will happen to data which has been collected;

8 The principles of the adversarial hearing and of representation must be adapted;

9 When the decisions are carried out, they should be able to benefit from the new methods of communication, according to principles to be established.

It is in order to explore all these avenues that the OECD, the Hague Conference and the ICC have undertaken to work together. Initially, this collaboration is taking the form of a joint seminar to be held in The Hague, at the invitation of the Dutch Government. It was initially planned for 19 and 20 June 2000, and is now being deferred until the autumn of 2000. Depending on the conclusions reached at this seminar, the role of the Hague Conference could be to engage in the preparation, together with other organisations, of a model for online dispute resolution. The precise form these rules of procedure will take is evidently not yet defined at this stage, and a degree of flexibility will certainly be required in this respect.

CONCLUSION

It is clear that the legal framework for the information society, necessary as it is, will have to take shape on a worldwide, universal plane.⁸⁷

For these reasons, it seems appropriate to retain on the Agenda of the Conference the questions of private international law raised by electronic data interchange, the Internet and electronic commerce, including the protection of privacy.

However, in the light of the above observations, a more precise title could be retained as follows: "Questions of private international law raised by the information society, including electronic commerce". This general title would make it possible to continue the work already in progress, in particular, the work on alternative methods of dispute resolution and online procedures; this work can be undertaken jointly with other international organisations. Moreover, this title would have the advantage of drawing attention implicitly to the value of re-examining the existing Hague Conventions, especially those of 1961, 1965 and 1970 mentioned above⁸⁸ with a view to their being adapted to serve the needs of the information society.

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 Voir chapitre III, B, para. 5 et 6.

⁸⁷ See the recitals 58 to 62 of the draft European Directive on certain legal aspects of electronic commerce, cited *supra*, footnote 26.

⁸⁸ Chapter III, B, sections 5 & 6.

OECD, HCPIL, ICC JOINT CONFERENCE ON CONSUMER TO BUSINESS INTERACTIONS IN THE ONLINE ENVIRONMENT: FOCUS ON DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS

OECD Joint Conference co-organised with the Hague Conference on Private International Law and the International Chamber of Commerce. Within the OECD, Conference to be organised in close co-operation with the OECD Committee for Consumer Policy, and BIAC. Organisations involved in dispute resolution and experts in this field invited.

Objective

Learning lessons from existing and emerging dispute mechanisms with a view to facilitating the introduction in the global e-commerce marketplace of effective redress mechanisms for consumers. Exchange information, and *explore the issues raised by dispute resolution in the online environment (identify legal barriers to implementing ADR at a national level, examine whether there is a need for different types of ADR for different types of disputes (e.g., privacy disputes versus consumer purchase disputes)*. Review potential for e-commerce to generate new types of disputes as well as dispute settlement methods.

Conclusions of the Conference expected to:

- identify techniques and methods in use and being developed to support [the development of] effective resolution of privacy disputes in connection with C to B online interactions, and possibly other disputes concerning consumer protection, and
- *identify what the criteria are for fair and effective DRMs, and provide essential principles and elements for C to B online alternative dispute resolution mechanisms.*

(Reference to WPISP December 99 meeting: as a second stage, OECD to further explore practicalities of resolving disputes by simulating online dispute resolution scenarios based on the conclusions of the conference with assistance of the private sector, consumer groups and privacy experts. Results of the simulation to be described in a report: list of issues, whether legal or technical, arising from concrete online implementation, and, where appropriate, ways of addressing these issues illustrated, possibly by reference to existing solutions).

Focus

Review (to the extent relevant to the objective) broad range of dispute resolution mechanisms, whether off- or online, B to B or C to B, from handling complaints to litigation. However, focus on:

- *C to B interactions (including privacy issues and traditional consumer protection)*
- *Online alternative dispute resolution mechanisms*
- *How principles agreed at a global level – such as OECD Privacy or Consumer Protection Guidelines – may be helpful to the development of ADR mechanisms.*

Background

Growing importance of the online environment. Expected high benefits from electronic commerce for consumers and businesses. Unique Characteristics of global communications

networks, including difficulty in identifying the competent forum, in prosecuting and obtaining redress across borders. Availability of workable dispute resolution mechanisms as a key element to build trust in the online environment, and difficulties facing courts in providing speedy, low-cost services for small claims arising from electronic transactions. Examination of new and developing technologies and possibilities to apply interactive [“new”] technologies to develop and provide innovative and potentially more effective dispute resolution, either alone or in combination with existing mechanisms.

Day 1

9.15 a.m. (20 minutes): Welcome remarks

Dutch Government hosting the conference
OECD
The Hague Conference on PIL
ICC

9.35 a.m. (40 minutes): Introduction

Objectives of the conference by conference chair (see above)

Reference to the draft matrix of analysis proposed in the OECD “Orientation document for the conference” which sets out legal/technical options for online alternative dispute resolution (ADR) mechanisms in order to guide the presentations and discussions all throughout the conference.

Main themes by 1-2 keynotes

- New business models of the Internet, pre-eminence of customer loyalty and the efforts to improve customer satisfaction mechanisms. Need for dispute resolution mechanisms (DRM) to assure customer recourse mechanisms in case reasonable use of company customer satisfaction does not yield satisfactory results. Importance of information/awareness about availability of DRM
- Incentive for C to B online ADR mechanisms (build trust, reduce costs, speed processes, efficiency and rapidity, positive impact on the issue of applicable law and jurisdiction . . .). *Potentially repetitive scenarios may be an incentive for business (with one to many interactions) to have ADR solutions for low-cost value transactions. Alternative/innovative funding solutions may be based on general market benefits of effective mechanisms. Governments may also have interests in promoting ADR mechanisms (securing remedies for individuals and economy of public administration).*

10.15 a.m. (30 minutes), Session 1: Reality check

This session aims at highlighting reality though an example scenario of different types of conflicts which can arise from C to B online interactions, addressing advertising, privacy, payment and other relevant information security, effective legal notice of essential elements including terms and conditions, goods/services delivery both online and physical, etc.

10.45 a.m. (30 minutes): Coffee / tea break

11.15 a.m. (1 hour 45 minutes), Session 2: Offline experiences with consumer dispute resolution

Although it is anticipated that online ADR mechanisms will develop and succeed in resolving certain types of disputes in relation to electronic commerce, recourse to offline alternative or conventional mechanisms such as ombudsman experiences, arbitration and court proceedings will still be necessary in various cases. Session 3 reviews the range of existing offline dispute resolution mechanisms,

from handling complaints to litigation. The aim is twofold: i) draw experience from the functioning of these alternative and conventional mechanisms to amend or complete the proposed conference matrix of analysis; ii) highlight outstanding issues which should be addressed for conventional online mechanisms to be *effective* in the context of C to B disputes in relation to the online environment.

The first part of Session 3 focuses on four examples of offline ADR, arbitration, and small claims courts that have successfully addressed C to B disputes.

- *Business corporate offline experiences*
- *Ombudsman experiences*
- *Sector-specific arbitration systems, such as in the travel industry*
- *Small claims courts*

2 panelists out of 8 react to each presentation. Further reactions from the audience.

1 p.m. (1 hour): Lunch

2 p.m. (1 hour 30 minutes), Session 2 continued

The second part of Session 3 focuses on the issue of jurisdiction (competent forum) in conventional dispute resolution, through a review of existing solutions and other points of view.

2 panelists out of 6 react to each presentation. Further reactions from the audience.

3.30 p.m. (1 hour), Session 3: Parameters for consumer trust online – striking the right balance

This session aims at identifying how resolving small claims arising from electronic transactions would build consumer trust in the online environment, while striking the right balance between the interests of business and consumers. *The session will seek to identify what are the important parameters, and discuss the significance of some parameters such as accessibility (what is accessible? what is inaccessible?), independence (what is independent?), diversity (how much diversity is good?), choice (when does choice become an obstacle?) or efficiency (can Trustmark programmes guarantee the reliability/effectiveness of ADR? ADR eliminate the difficulty of enforcing a decision in a foreign jurisdiction?) will be discussed.*

- *two business views*

Panel of 6 persons launching the discussion. Further discussion with the audience.

4.30 p.m. (30 minutes): Coffee / tea break

5.00 p.m. (30 minutes), Session 4: Analysis of discussions on first day's presentation by "day 1" rapporteur

A "day 1" independent *rapporteur* using the proposed draft matrix of analysis identifies the main questions raised by discussions during the day that need to be answered in the moderated session on day 2.

Day 2

9.00 a.m. (45 minutes), Session 5: Business internal complaint handling experiences online

This session aims at highlighting the importance of dealing with complaints at the earliest possible stage. It focuses on business internal complaint handling experience in the online environment: what systems are available, and how do they work? What are best practices, where are possible problems?

- *Two consumer views*
- *Two business views*

2 panelists out of 4 react to each presentation. Further reactions from the audience.

9.45 a.m. (45 minutes), Session 6: Existing online alternative dispute resolution mechanisms

Online ADR mechanisms range from conciliation to arbitration. Following a sliding scale, this session reviews example of ADR focussing on existing experiences, most of which are with types of mediation.

2 panelists out of 6 react to each presentation. Further reactions from the audience.

10.30 a.m. (30 minutes): Coffee / tea break

11.00 a.m. (45 minutes): Session 6 continued

2 panelists out of 6 react to each presentation. Further reactions from the audience.

11.45 a.m. (45 minutes): Session 6 continued

2 panelists out of 6 react to each presentation. Further reactions from the audience.

12.30 p.m. (1 hour): Lunch

1.30 p.m. (1 hour), Session 7: Trustmark programmes in relation to online ADR mechanisms

Session 9 aims at discussing whether and how trustmarks programmes can address online dispute resolution needs for consumers.

- *two trustmark programmes explained by providers*
- *two consumer reactions/experiences*

2 panelists out of 4 react to each presentation. Further reactions from the audience.

2.30 p.m. (30 minutes), Session 8: Analysis of discussions on presentations since the morning by "day 2" rapporteur

A "day 2" independent *rapporteur* using the proposed draft matrix of analysis identifies the main questions raised by discussions since the morning that need to be answered in the moderated session

3.00 p.m. (15 minutes): Break

3.30 p.m. (1 hour 30 minutes), Session 9: Moderated discussion

The expected result of Session 11 is to prepare the concluding session.

A moderator asks a 6-panel of mixed expertise and background to propose answers to the main questions raised by "day 1 and 2" *rapporteurs*. Further general discussion.

5.00 p.m. (30 minutes): Coffee / tea break

5.30 p.m. (30 minutes): Conclusions by conference chair

Based on the proposed draft matrix of analysis, and the result of the moderated discussion, the conference chair highlights:

- issues that need further elaboration
- where there is consensus, *legal / technical core principles and elements for developing workable online ADR mechanisms for C to B online interactions.*
- [next steps]

6.00 p.m.: End of conference

**CONSEIL DE L'EUROPE
COMITE DES MINISTRES**

**Recommandation N° R (99) 5 du Comité des Ministres
aux états membres sur la protection de la vie Privée
sur Internet**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 23 février 1999,
lors de la 660e réunion des Délégués des Ministres)*

**LIGNES DIRECTRICES
pour la protection des personnes à l'égard de la col-
lecte et du traitement de données à caractère personnel
sur les « inforoutes »**

Préambule

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres ;

Notant le développement des nouvelles technologies et des nouveaux services de communication et d'information en ligne ;

Conscient que ce développement influencera notablement le fonctionnement de la société en général et les relations entre individus, en particulier en offrant des possibilités accrues de communication et d'échange d'informations aux plans national et international ;

Conscient des avantages que les utilisateurs des nouvelles technologies peuvent retirer de ce développement ;

Estimant, toutefois, que le développement des technologies et la généralisation de la collecte et du traitement de données à caractère personnel sur les « inforoutes » comportent des risques pour la vie privée des personnes ;

Estimant que les développements des technologies permettent également de contribuer au respect des droits et libertés fondamentales, notamment du droit à la vie privée, lors du traitement de données à caractère personnel concernant des personnes physiques ;

Conscient de la nécessité de développer des techniques garantissant l'anonymat des personnes concernées et la confidentialité des informations échangées par le biais des « inforoutes », dans le respect des droits et libertés d'autrui et des valeurs d'une société démocratique ;

Conscient que les communications à l'aide des nouvelles technologies de l'information sont également soumises au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment au respect de la vie privée et du secret de la correspondance, tels que garantis par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ;

Reconnaissant que la collecte, le traitement, et notamment la communication de données à caractère personnel par le biais de nouvelles technologies de l'information, en particulier les « inforoutes », sont régis par les dispositions de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Strasbourg, 1981, Série des traités européens n° 108) et par les recommandations sectorielles relatives à la protection des données, en particulier la Recommandation n° R (90) 19 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de paiement et autres opérations connexes, la Recommandation n° R (91) 10 sur la communication à des tiers personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publics et la Recommandation n° R (95) 4 sur la protection des don-

nées à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunication, eu égard notamment aux services téléphoniques ;

Estimant qu'il convient de sensibiliser les utilisateurs et les fournisseurs de services d'Internet à la mise en œuvre des dispositions générales de la convention citée plus haut, à l'égard de la collecte et du traitement des données à caractère personnel sur les « inforoutes ».

Recommande aux gouvernements des Etats membres de diffuser largement les lignes directrices contenues dans l'annexe à la présente recommandation, en particulier auprès des utilisateurs et des fournisseurs de services d'Internet, ainsi qu'auprès de toute autorité nationale chargée de veiller au respect des dispositions de la protection des données.

Annexe à la Recommandation N° R (99) 5

Lignes directrices pour la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement de données à caractère personnel sur les « inforoutes », qui peuvent être intégrées ou annexées à des codes de conduite

1. Introduction

Les présentes lignes directrices énoncent des principes d'une conduite loyale à observer en matière de protection de la vie privée par les utilisateurs et les fournisseurs de services d'Internet¹. Ces principes peuvent être repris dans des codes de conduite.

Les utilisateurs devraient être conscients des responsabilités des fournisseurs de services d'Internet et vice versa. Il est donc conseillé aux utilisateurs et aux fournisseurs de services d'Internet de lire ce texte en entier, bien qu'il soit divisé en plusieurs parties pour le rendre plus facile à utiliser. Vous pouvez être concerné par une seule ou plusieurs parties de ce texte à la fois.

L'utilisation d'Internet implique une responsabilité pour chaque action et comporte des risques pour la vie privée. Il est important de se conduire de manière à se protéger et à promouvoir de bonnes relations avec les autres. Ces lignes directrices énoncent quelques solutions pratiques pour la protection de la vie privée, mais ne vous dispensent pas de connaître vos droits et obligations.

Rappelez-vous que le respect de la vie privée est un droit fondamental de tout individu qui peut être protégé également par des lois sur la protection des données. Alors, mieux vaut vérifier votre situation juridique.

II. Pour les utilisateurs

1. Rappelez-vous qu'Internet n'est pas sûr. Cependant, existant et se développent différents moyens vous permettant d'améliorer la protection de vos données². Utilisez donc tout moyen disponible pour protéger vos données et vos communications, tel que le cryptage légalement disponible pour des courriers électroniques confidentiels aussi bien que des codes d'accès à votre propre PC³.

2. Rappelez-vous que chaque transaction effectuée, chaque visite d'un site sur Internet laissent des traces. Ces « traces électroniques » peuvent être utilisées à votre insu

¹ Voir partie IV, paragraphe 1.

² Le terme « donnée » se rapporte aux données à caractère personnel et signifie toute information vous concernant ou concernant d'autres personnes.

³ Par exemple, utilisez des mots de passé et modifiez-les régulièrement.

**COUNCIL OF EUROPE
COMMITTEE OF MINISTERS**

Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member States for the protection of privacy on the Internet

(Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers' Deputies)

**GUIDELINES
for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways**

Preamble

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity among its members;

Noting the developments in new technologies and new communications and on-line information services;

Aware that these developments will influence the functioning of society in general and relations between individuals, in particular in offering increased possibilities for communication and exchange of information at national and international levels;

Aware of the advantages which users of new technologies can gain from these developments;

Considering, nevertheless, that technological development and the generalisation of collection and processing of personal data on information highways carries risks for the privacy of natural persons;

Considering that technological development also makes it possible to contribute towards the respect of fundamental rights and freedoms, and in particular the right to privacy, when personal data concerning natural persons are processed;

Aware of the need to develop techniques which permit the anonymity of data subjects and the confidentiality of the information exchanged on information highways while respecting the rights and freedoms of others and the values of a democratic society;

Aware that communications carried out with the aid of new information technologies must also respect the human rights and fundamental freedoms and, in particular, the right to privacy and to secrecy of correspondence, as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights;

Recognising that the collection, processing and especially communication of personal data by means of new information technologies, particularly the information highways, are governed by the provisions of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Strasbourg 1981, European Treaty Series No. 108) and by sectoral recommendations on data protection and notably Recommendation No. R (90) 19 on the protection of personal data used for payment and other related operations, Recommendation No. R (91) 10 on the communication to third parties of personal data held by public bodies, and Recommendation No. R

(95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunications, with particular reference to telephone services;

Considering that it is appropriate to make users and Internet service providers aware of the general provisions of the above-mentioned convention with regard to the collection and processing of personal data on information highways;

Recommends that the governments of member States disseminate widely the Guidelines contained in the appendix to this recommendation, especially to users and service providers on the Internet as well as to any national authority responsible for supervising respect of data protection provisions.

Appendix to Recommendation No. R (99) 5

Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways which may be incorporated in or annexed to codes of conduct

I. Introduction

These guidelines set out principles of fair privacy practice for users and Internet service providers (ISP).¹ These principles may be taken up in codes of conduct.

Users should be aware of the responsibilities of ISPs and vice versa. Therefore it is advisable that users and ISPs read the whole text, although for ease of use it is divided into several parts. You may be concerned by one or more parts of the guidelines.

Use of the Internet places responsibilities on each of your actions and poses risks to privacy. It is important to behave in a way that provides protection to yourself and promotes good relations with others. These guidelines suggest some practical ways to safeguard privacy, but you should also know your legal rights and obligations.

Remember that respect for privacy is a fundamental right of each individual which may also be protected by data protection legislation. So it may be well worth checking your legal position.

II. For Users

1. Remember that the Internet is not secure. However, different means exist and are being developed enabling you to improve the protection of your data.² Therefore, use all available means to protect your data and communications, such as legally available encryption for confidential e-mail, as well as access codes to your own personal computer.³

2. Remember that every transaction you make, every site you visit on the Internet leaves traces. These "electronic tracks" can be used, without your knowledge, to build a

¹ See part IV, paragraph 1.

² The word "data" refers to "personal data" which concern you or other people.

³ For example, use passwords and change them regularly.

pour établir un profil de votre personne et de vos intérêts. Si vous ne voulez pas que votre profil soit établi, vous êtes encouragé à utiliser les dispositifs techniques les plus récents qui comprennent la possibilité d'être informé à chaque fois que vous laissez des traces et à refuser ces traces. Vous pouvez également demander à être informé des règles de conduite retenues par les différents programmes et sites en matière de protection de la vie privée et préférer ceux qui enregistrent peu de données ou qui sont accessibles d'une manière anonyme.

3. L'accès et l'utilisation anonymes des services et des paiements constituent la meilleure protection de la vie privée. Informez-vous des moyens techniques de recourir à cet anonymat, si cela est approprié⁴.

4. L'anonymat absolu peut ne pas être approprié en raison de contraintes légales. Dans ce cas, si la loi l'autorise, vous pouvez utiliser un pseudonyme, de sorte que votre identité véritable ne sera connue que de votre fournisseur de services d'Internet.

5. Ne communiquez à votre fournisseur de services d'Internet ou à toute autre personne que les données qui sont nécessaires pour une finalité déterminée dont vous avez été informé. Soyez particulièrement vigilant avec les cartes de crédit et les numéros de compte, qui peuvent être très facilement utilisés – abusivement – dans le cadre d'Internet.

6. Rappelez-vous que votre adresse électronique constitue une donnée à caractère personnel et que d'autres peuvent souhaiter l'utiliser à différentes fins, telles que son inclusion dans des annuaires ou des listes d'utilisateurs. N'hésitez pas à demander quelle est la finalité de ces annuaires ou de ces autres utilisations. Vous pouvez demander que votre adresse soit effacée si vous ne souhaitez pas figurer dans ces annuaires ou dans ces listes.

7. Soyez prudent à l'égard des sites qui demandent plus de données que nécessaire pour l'accès au site ou la réalisation d'une transaction, ou encore qui ne vous précisent pas pourquoi ils ont besoin de l'ensemble de ces données vous concernant.

8. Rappelez-vous que votre responsabilité juridique est engagée pour le traitement de données, par exemple si vous téléchargez ou téléchargez illicitement et que, même si vous avez utilisé un pseudonyme, on peut vous identifier.

9. N'envoyez pas de courrier malveillant, cela peut se retourner contre vous et avoir des conséquences juridiques.

10. Votre fournisseur de services d'Internet est responsable de la bonne utilisation des données. Demandez-lui quelles données il collecte, traite et conserve, de quelle manière, et pour quelles finalités. Répétez cette demande de temps en temps. Exigez qu'il les modifie si elles sont inexactes ou qu'il les efface si elles sont excessives, si elles ne sont pas mises à jour ou ne sont plus nécessaires. Demandez au fournisseur de services d'Internet qu'il notifie cette modification aux autres parties auxquelles il a communiqué vos données⁵.

11. Si vous n'êtes pas satisfait de la manière dont votre fournisseur de services d'Internet actuel collecte, traite, conserve ou communique vos données et s'il refuse de modifier son attitude, alors envisagez de changer de fournisseur. Si vous estimez que votre fournisseur de services d'Internet ne respecte pas les règles relatives à la protec-

tion des données, vous pouvez informer les autorités compétentes ou intenter une action en justice.

12. Informez-vous des risques pour la vie privée et la sécurité sur internet ainsi que des moyens disponibles de réduire ces risques.

13. 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 transfert⁶. Le cas échéant, vous devrez demander à la personne qui reçoit les données de prendre les garanties⁷ nécessaires pour assurer la protection des données.

III. Pour les fournisseurs de services d'Internet

1. Utilisez les procédures appropriées et les technologies disponibles, de préférence celles faisant l'objet d'une certification, garantissant la vie privée des personnes concernées (même si elles ne sont pas utilisatrices d'Internet) et notamment l'intégrité et la confidentialité des données ainsi que la sécurité physique et logique du réseau et des services fournis sur le réseau.

2. Informez les utilisateurs des risques que l'utilisation d'Internet fait courir à la vie privée, avant qu'ils ne souscrivent ou commencent à utiliser des services. Il peut s'agir de risques concernant l'intégrité des données, leur confidentialité, la sécurité du réseau ou d'autres risques liés à la vie privée, tels que la collecte ou l'enregistrement de données effectués à leur insu.

3. Informez l'utilisateur des moyens techniques qu'il peut utiliser licitement pour diminuer les risques concernant la sécurité des données et des communications, tels que le cryptage et les signatures électroniques légalement disponibles. Proposez ces moyens techniques à un prix orienté par les coûts et non dissuasif.

4. Avant d'accepter des abonnements et de connecter des utilisateurs à Internet, informez ces derniers des moyens d'y accéder, d'utiliser ses services et de les payer anonymement (par cartes d'accès prépayées par exemple). L'anonymat absolu peut ne pas être approprié en raison de contraintes légales. Dans ce cas, si la loi l'autorise, offrez la possibilité d'utiliser des pseudonymes. Informez les utilisateurs de l'existence de programmes permettant d'effectuer des recherches et de naviguer anonymement sur Internet. Concevez votre système d'une manière qui évite ou réduise au minimum l'utilisation de données.

5. Ne lisez pas, ne modifiez pas et ne supprimez pas les messages envoyés à d'autres.

6. Ne permettez aucune ingérence dans le contenu des communications, sauf si cette ingérence est prévue par la loi et est effectuée par une autorité publique.

7. Ne collectez, traitez et conservez des données sur les utilisateurs que lorsque cela est nécessaire pour des finalités explicites, déterminées et légitimes.

⁴ Par exemple en utilisant des kiosques Internet publics ou des cartes d'accès prépayées et des cartes de paiement.

⁵ Les lois de protection des données, à l'instar de l'article 5 de la Convention sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du Conseil de l'Europe, rendent celui qui les traite responsable de l'exactitude et de la mise à jour des données.

⁶ La législation de nombreux pays en Europe interdit les transferts vers les pays n'ayant pas un niveau de protection des données adéquate ou équivalent à celui de votre pays. Des exceptions sont toutefois prévues, notamment si la personne concernée a consenti à ce que ses données soient transmises vers de tels pays.

⁷ Ces garanties peuvent être développées et/ou présentées, notamment dans le contrat régissant le flux transfrontière de données.

profile of what sort of person you are and your interests. If you do not wish to be profiled, you are encouraged to use the latest technical means which include the possibility of being informed every time you leave traces, and to reject such traces. You may also ask for information about the privacy policy of different programmes and sites and give preference to those which record few data or which can be accessed in an anonymous way.

3. Anonymous access to and use of services, and anonymous means of making payments, are the best protection of privacy. Find out about technical means to achieve anonymity, where appropriate.⁴

4. Complete anonymity may not be appropriate because of legal constraints. In those cases, if it is permitted by law, you may use a pseudonym so that your personal identity is known only to your ISP.

5. Only give your ISP, or any other person, such data as are necessary in order to fulfil a specific purpose you have been informed about. Be especially careful with credit card and account numbers, which can be used and abused very easily in the context of the Internet.

6. Remember that your e-mail address is personal data, and that others may wish to use it for different purposes, such as inclusion in directories or user lists. Do not hesitate to ask about the purpose of the directory or other use. You can request to be omitted if you do not want to be listed.

7. Be wary of sites which request more data than are necessary for accessing the site or for making a transaction, or which do not tell you why they want all these data from you.

8. Remember that you are legally responsible for the processing of data, for example, if you illicitly upload or download, and that everything may be traced back to you even if you use a pseudonym.

9. Do not send malicious mail. It can bounce back with legal consequences.

10. Your ISP is responsible for proper use of data. Ask your ISP what data he/she collects, processes and stores, in what way and for what purpose. Repeat this request from time to time. Insist that your ISP change them if they are wrong or delete them if they are excessive, out of date or no longer required. Ask the ISP to notify this modification to other parties to whom he or she has communicated your data.⁵

11. If you are not satisfied with the way your current ISP collects, uses, stores or communicates data, and he or she refuses to change his or her ways, then consider moving to another ISP. If you believe that your ISP does not com-

ply with data protection rules, you can inform the competent authorities or take legal action.

12. Keep yourself informed of the privacy and security risks on the Internet as well as the methods available to reduce such risks.

13. If you intend to send data to another country, you should be aware that data may be less well protected there. If data about you are involved, you are free, of course, to communicate these data nevertheless. However, before you send data about others to another country, you should seek advice, for example from the authority of your country, on whether the transfer is permissible.⁶ You might have to ask the recipient to provide safeguards⁷ necessary to ensure protection of the data.

III. For Internet service providers

1. Use appropriate procedures and available technologies, preferably those which have been certified, to protect the privacy of the people concerned (even if they are not users of the Internet), especially by ensuring data integrity and confidentiality as well as physical and logical security of the network and of the services provided over the network.

2. Inform users of privacy risks presented by use of the Internet before they subscribe or start using services. Such risks may concern data integrity, confidentiality, the security of the network or other risks to privacy such as the hidden collection or recording of data.

3. Inform users about technical means which they may lawfully use to reduce security risks to data and communications, such as legally available encryption and digital signatures. Offer such technical means at a cost-oriented price, not a deterrent price.

4. Before accepting subscriptions and connecting users to the Internet, inform them about the possibilities of accessing the internet anonymously, and using its services and paying for them in an anonymous way (for example, pre-paid access cards). Complete anonymity may not be appropriate because of legal constraints. In those cases, if it is permitted by law, offer the possibility of using pseudonyms, inform users of programmes allowing them to search and browse anonymously on the Internet. Design your system in a way that avoids or minimises the use of personal data.

5. Do not read, modify or delete messages sent to others.

6. Do not allow any interference with the contents of communications, unless this interference is provided for by law and is carried out by a public authority.

7. Collect, process and store data about users only when necessary for explicit, specified and legitimate purposes.

⁴ For example by using public Internet kiosks or pre-paid access and payment cards.

⁵ Data protection laws, following Article 5 of the Council of Europe Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), give responsibility for the accuracy and updating of data to the person who processes them.

⁶ The laws of numerous European countries forbid transfers to countries which do not ensure an adequate or equivalent level of protection to that of your country. Exceptions are nevertheless provided for, in particular if the person concerned has consented to the transfer of his or her data to such countries.

⁷ These safeguards may be developed and/or presented in particular in a contract on transborder data flows.

8. Ne communiquez pas de données à des tiers, sauf si la communication est prévue par la loi⁸.

9. Ne conservez pas de données pour une période plus longue que ce qui est nécessaire pour atteindre le but du traitement⁹.

10. N'utilisez des données aux fins de promouvoir ou de commercialiser vos propres services que si la personne, après avoir été informée, n'y a pas mis d'objection ou si, en cas de traitement de données de trafic ou de données sensibles, elle y a consenti explicitement.

11. Vous êtes responsable de la bonne utilisation des données. Sur votre page de bienvenue, affirmez par une indication claire et visible votre politique en matière de vie privée. Cette indication devrait permettre, par un « hyperlien », d'accéder à une explication détaillée de vos pratiques en matière de vie privée. Avant que l'utilisateur ne commence à utiliser des services, lorsqu'il visite votre site et chaque fois qu'il en fait la demande, informez-le de votre identité, des données que vous collectez, traitez et conservez, de quelle manière, pour quelles finalités et pour quelle durée vous les conservez. Au besoin, demandez-lui son consentement. A la demande de la personne concernée, rectifiez sans attendre les données inexactes, effacez-les si elles sont excessives, si elles ne sont pas mises à jour ou si elles ne sont plus nécessaires, et arrêtez le traitement des données si l'utilisateur s'y oppose. Notifiez aux tiers auxquels vous avez communiqué les données toute modification. Evitez toute collecte de données effectuée à l'insu de l'intéressé.

12. L'information fournie à l'utilisateur doit être exacte et mise à jour.

13. Réfléchissez à deux fois avant de publier des données sur votre site ! Une telle publication pourrait porter atteinte à la vie privée d'autres personnes et pourrait aussi être interdite par la loi.

14. Avant d'envoyer des données à destination d'un autre pays, informez-vous, par exemple auprès de vos autorités, sur la possibilité de procéder à ce transfert¹⁰. Le cas échéant, vous devez demander à la personne qui reçoit les données de prendre les garanties¹¹ nécessaires pour assurer la protection des données.

IV. Clarifications et recours

1. Lorsque, dans ce texte, les termes « fournisseur » ou « prestataire de service » sont utilisés, ils s'appliquent également, le cas échéant, aux autres acteurs d'Internet tels que les fournisseurs d'accès, de contenu, de réseau, les concepteurs de logiciels de navigation, les coordinateurs de forums ou d'« info-kiosques », etc.

2. Il est important de vous assurer du respect de vos droits. Les mécanismes de feedback offerts par des forums d'Internet, les associations de fournisseurs de services d'Internet, les autorités de protection des données ou autres instances sont des moyens importants pour assurer le respect de ces lignes directrices. Contactez-les si vous avez besoin de clarifications ou de recours.

3. Ces lignes directrices s'appliquent à tout type d'« inforoute ».

⁸ Généralement, les lois en matière de protection des données permettent sous diverses conditions la communication à des tiers, notamment : – de données sensibles et de données de trafic, à condition que la personne concernée y ait explicitement consenti ; – d'autres données lorsque la communication est nécessaire pour atteindre la finalité légitime poursuivie ou lorsque la personne concernée, après avoir été informée, ne s'y est pas opposée.

⁹ Par exemple, ne conservez pas des données de facturation, à moins que cela ne soit prévu par la loi.

¹⁰ Voir note 10.

¹¹ Voir note 11.

8. Do not communicate data unless the communication is provided for by law.⁸

9. Do not store data for longer than is necessary to achieve the purpose of processing.⁹

10. Do not use data for your own promotional or marketing purposes unless the person concerned, after having been informed, has not objected or, in the case of processing of traffic data or sensitive data, he or she has given his or her explicit consent.

11. You are responsible for proper use of data. On your introductory page highlight a clear statement about your privacy policy. This statement should be hyperlinked to a detailed explanation of your privacy practice. Before the user starts using services, when he or she visits your site, and whenever he or she asks, tell him or her who you are, what data you collect, process and store, in what way, for what purpose and for how long you keep them. If necessary, ask for his or her consent. At the request of the person concerned, correct inaccurate data immediately and delete them if they are excessive, out of date or no longer required and stop the processing carried out if the user objects to it. Notify the third parties to whom you have communicated the data of any modification. Avoid the hidden collection of data.

12. Information provided to the user must be accurate and kept up to date.

13. Think twice about publishing data on your site! Such publication may infringe other people's privacy and may also be prohibited by law.

14. Before you send data to another country seek advice, for example from the competent authorities in your country, on whether the transfer is permissible.¹⁰ You may have to ask the recipient to provide safeguards necessary to ensure protection of the data.¹¹

IV. Clarification and remedies

1. Where in this text the term ISP is used, the same applies, where appropriate, to other actors on the Internet, such as access providers, content providers, network providers, navigation software designers, bulletin board operators, and so on.

2. It is important to ensure that your rights are respected. Feedback mechanisms offered by Internet user groups, Internet service provider associations, data protection authorities or other bodies are important ways of ensuring that these guidelines are respected. Contact them if you need clarification or remedies.

3. These guidelines apply to all types of information highways.

⁸ In general, data protection laws permit communication to third parties under certain conditions, in particular:

– sensitive data and traffic data, on condition that the person concerned has given his or her explicit consent;

– other data, where communication is necessary to fulfil the legitimate purpose or where the person concerned, after having been informed, does not oppose it.

⁹ For example, do not store billing data unless this is provided for by law.

¹⁰ See footnote 10.

¹¹ See footnote 11.