

PATRICK THIEFFRY
COMMERCE ÉLECTRONIQUE : DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN
PARIS, LITEC, 2002

Par Florence Mas¹

Le commerce électronique revêt une dimension potentiellement internationale qu'aucun acteur du cyberspace ne saurait ignorer ou simplement négliger. Patrick Thieffry, dans son ouvrage publié aux Éditions LITEC, « *Commerce électronique : droit international et européen* », apporte une contribution substantielle à la considération de cet aspect très important du commerce électronique. Titulaire d'un doctorat en droit, l'auteur est à la fois un praticien du droit, particulièrement au fait des questions internationales, et un universitaire. Il exerce la profession d'avocat, est membre des Barreaux de Paris et de New York, et est chargé d'enseignement à l'Université Paris II, Panthéon Assas. Son manuel, dont il s'agit de la première édition, est publié dans la collection Droit@Litec, consacrée aux aspects juridiques de l'internet et de l'économie numérique. Il s'adresse à un large public de juristes, professionnels ou étudiants, qui s'intéressent à ces questions, ainsi qu'aux professionnels du commerce électronique. Cet ouvrage s'inscrit dans ce mouvement de réflexion de grande ampleur entrepris par la doctrine depuis déjà plusieurs années, qui consiste à confronter les règles de droit à la réalité virtuelle du monde des réseaux. Encore faut-il avoir pour cela identifié au préalable les règles de droit applicables en la matière.

Trans-frontières par nature, les réseaux confèrent en effet aux activités exercées et aux transactions commerciales réalisées par leur intermédiaire une dimension potentiellement internationale qui contraint le juriste à s'interroger, avant toute chose, sur le droit applicable à ces opérations. Pour ne pas être inédite, cette question et sa réponse conditionnent en amont toute réflexion sur la mise en jeu des règles de droit à l'égard du commerce électronique. C'est à cet aspect essentiel de la problématique juridique du commerce électronique que s'attache l'auteur du présent ouvrage, avec pour objectif annoncé, dès la première page,

de dresser un inventaire sommaire des normes et mécanismes qui ont vocation à s'appliquer au commerce juridique au-delà des frontières, que ce soit à l'échelon européen ou international.

Afin d'atteindre cet objectif, l'auteur adopte un point de vue communautaire européen et international, tout en accordant une place importante à une approche de droit comparé, essentiellement français et américain.

Patrick Thieffry retient un traitement largement descriptif des normes et principes applicables au commerce électronique, qu'il s'agisse du droit international privé ou des règles matérielles, quelles que soient leurs sources (législative, conventionnelle, jurisprudentielle, usages). Il enrichit en outre ce travail

¹ Docteur en droit de l'Université de Montpellier 1.

d'identification des normes applicables aux opérations du commerce électronique d'une réflexion relative à la pertinence ou à l'inadaptation de ces normes, à la lumière notamment de la jurisprudence récente. Celle-ci est intervenue dans des espèces concernant le commerce électronique et plus largement l'internet, que les juridictions françaises ou américaines en particulier ont eu à connaître. Pour ce faire, l'auteur envisage la législation communautaire européenne, le droit matériel international, les règles de conflit de loi d'origine conventionnelle, ainsi que le droit positif français ou américain.

L'introduction de l'ouvrage est principalement axée sur la présentation de l'initiative communautaire européenne dans le domaine de la société de l'information, en ce qu'elle représente une des sources les plus riches de règles matérielles en la matière. Cette présentation est complétée par un exposé relatif au processus législatif communautaire et à la mise en œuvre du droit élaboré dans ce cadre. Le plan se décompose en trois parties. La première partie est consacrée à l'analyse des conditions d'exercice du commerce électronique dans l'Union européenne et aux libertés économiques susceptibles de faciliter un tel commerce. Dans la deuxième partie, l'auteur présente l'ensemble des règles matérielles destinées à régir, spécifiquement ou non, le commerce électronique. Parmi ces règles, il envisage en premier lieu celles de source internationale et leur application aux transactions du commerce électronique : considérez la *lex mercatoria*, les règles de nature conventionnelle telles la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, dite *Convention de Vienne*, du 11 avril 1980, ou encore les lois-type de la CNUDCI sur le commerce électronique du 14 juin 1996 et sur les signatures électroniques du 5 juillet 2000 qui, malgré leur caractère non contraignant pour les États, représentent une source d'inspiration importante pour les législateurs nationaux. Il présente ensuite les règles de source communautaire européenne, destinées à harmoniser les législations nationales des pays membres, également susceptibles de régir les activités et les transactions commerciales opérées *via* les réseaux électroniques, quelle que soit leur vocation, générale ou particulière, afin d'encadrer les opérations du commerce électronique et la société de l'information. Dans une troisième partie, l'auteur traite du contentieux international du commerce électronique. Il aborde ce sujet de façon très classique au regard des trois questions habituellement soulevées. Il considère tout d'abord la question de la compétence juridictionnelle internationale, en l'occurrence à l'égard des activités et transactions commerciales en ligne, telle qu'elle est définie par les règles américaines, françaises et communautaires européennes, sans exclure en outre les modes extrajudiciaires de règlement des différends. Il traite ensuite de la question du droit applicable, à savoir les règles d'application immédiate et la loi compétente déterminée par le jeu des règles de conflit de loi du juge saisi. Il discute enfin de la question de l'exécution des décisions juridictionnelles, émanant des juridictions étatiques ou encore d'instances arbitrales.

À la suite de l'introduction, la construction de l'ouvrage en matière de la problématique définie fait l'objet d'un graphique qui offre utilement au lecteur une présentation de synthèse de cet enchevêtrement de normes, objet des développements contenus dans l'ouvrage. L'auteur a en outre assorti son travail d'un index

alphabétique des matières et d'une bibliographie d'ouvrages généraux, notamment de droit international, de droit international privé, et de droit communautaire européen, ainsi que des publications traitant plus précisément de ces questions au regard de la problématique juridique du commerce électronique et du cyberspace.

L'objectif central de cet ouvrage est, tel qu'énoncé plus tôt, de donner une vision d'ensemble des normes et mécanismes juridiques applicables au commerce électronique. D'abord, l'auteur met fin, en quelques lignes, à l'illusion selon laquelle l'internet et le commerce électronique constituent une zone de non droit. Ensuite, il démontre, tout au long de ses développements, que le monde du cyberspace, et plus précisément, que les activités du commerce électronique (telles les transactions commerciales conclues dans ce cadre) peuvent au contraire se voir appliquer l'ensemble des règles déjà existantes pour encadrer les échanges internationaux (relevant du droit communautaire et du droit du commerce international). Ces règles représentent, en outre et de loin, la partie la plus substantielle du droit matériel applicable au commerce électronique. De la même façon, les règles habituellement applicables en matière de contentieux du commerce international peuvent intervenir dans le règlement des différends nés des relations tissées dans le cyberspace.

Les activités du commerce électronique bénéficient ainsi, au sein de l'Union européenne, des principes régissant l'organisation du marché unique. Il s'agit tout d'abord des libertés économiques générales, telles que la libre concurrence ou la libre circulation de l'information. Cette dernière est au demeurant assortie de nombreuses limites. Il s'agit ensuite des principes de la libre circulation des marchandises, des services (garantie par la liberté d'établissement des prestataires et la liberté de prestation trans-frontières) et des capitaux, au sein de l'espace communautaire européen. Enfin, les transactions commerciales réalisées dans le cadre du commerce électronique sont, quant à elles, soumises aux règles matérielles applicables au commerce international et à la loi désignée compétente par les règles du droit international privé. Les situations engendrées par le commerce électronique, ainsi que les questions soulevées par ce dernier, peuvent ainsi recevoir, en règle générale, des solutions juridiques connues.

L'application de ces solutions peut cependant, tel que le reconnaît l'auteur, soulever de façon ponctuelle, certaines difficultés. Ainsi en est-il des relations liées à la diffusion des données. Cette dernière, fortement marquée par le phénomène d'ubiquité de l'internet et des réseaux, est à l'origine d'une plurilocalisation des situations juridiques ainsi créées, qui renvoie à des problèmes évidents lorsqu'il s'agit d'identifier un rattachement géographique. Cet état de fait est particulièrement important en matière de contentieux du commerce électronique. Il pose en effet la question (éminemment centrale) de la compétence juridictionnelle fondée sur la simple possibilité qu'une personne située dans le ressort de la juridiction saisie puisse accéder à des données véhiculées par les réseaux électroniques. L'auteur se montre très défavorable à une telle solution, notamment en raison des risques de *forum shopping* qu'elle ne manquerait pas de générer. Par ailleurs, il explique comment, en pratique, cette question est résolue par la jurisprudence américaine, européenne et (en

particulier) française, par le biais de l'application de règles traditionnelles, ou grâce à l'émergence de solutions adaptées aux réseaux.

D'autres adaptations de la règle de droit peuvent encore s'avérer nécessaires. Par exemple, tel est le cas en matière de formalisme *ad solemnitatem* ou de preuve, pour lesquels l'exigence d'un écrit au sens classique du terme (c'est-à-dire sur support papier) se heurte à la forme dématérialisée des échanges en ligne. Des règles spécifiques au commerce électronique, et plus largement à la société de l'information, ont ainsi vu le jour. Celles de nature internationale sont encore très rares. L'auteur fait référence à un droit conventionnel à l'état embryonnaire et l'existence de lois-type (celles adoptées par la CUNDCI) au caractère non contraignant pour les États, auxquels on peut ajouter certaines règles de conduite et usages propres à certains secteurs. Par contre, au niveau communautaire européen, il est possible de constater une importante activité normative destinée à produire des règles matérielles spécifiques au commerce électronique. Mais, tel que l'indique l'auteur, ces règles adoptées dans le cadre de quelques directives (directive 1999/93 du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ; directive n° 2000/31 du 18 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, pour ne citer que deux exemples) ne forment pas « un corpus homogène et autosuffisant de normes contraignantes », et donc encore moins une matière juridique autonome. Elles ont simplement vocation, par le biais d'une harmonisation au niveau communautaire européen, à adapter certaines règles existantes à la réalité virtuelle des réseaux, répondant ainsi à des besoins spécifiques identifiés. Leur application risque cependant de poser un problème d'articulation avec les règles de droit commun également conduites à jouer. L'auteur cite en exemple, afin d'illustrer son propos, le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, pour lequel il souligne l'existence d'une superposition d'une réglementation spécifique à la société de l'information au droit commun.

De façon générale, l'auteur s'emploie à démontrer tout au long de ses développements qu'au-delà de la nécessité ponctuelle de procéder à l'élargissement et l'assouplissement des règles existantes, une intervention législative en vue de créer un corps de règles autonomes n'est pas souhaitable pour assurer l'encadrement juridique de l'ensemble des rapports tissés dans le cadre du commerce électronique. À terme, conclut l'auteur, le commerce électronique, qui n'est au demeurant qu'un aspect du commerce international, devra par un phénomène d'osmose entre les deux, faire un parallèle avec leurs régimes juridiques. Ainsi, ce que l'on tente toujours de désigner par l'expression « droits européen et international du commerce électronique » pourrait bien se présenter, dans un avenir très proche, comme étant dénué de toute réalité.