

TRANSIDIT

N° SPÉCIAL - COLLOQUE INTERNATIONAL

50^{ème} anniversaire de l'IDIT - Rouen – 10 & 11 octobre 2019

Innovation et mobilités :
Où va le droit ?

Innovation and Mobility:
Where Is The Law Going?

VEHICULE AUTONOME
DATA
RESPONSABILITE
BLOCKCHAIN
COMMISSIONNAIRES
UNMANNED SHIPS
DRONE
DIGITALIZATION



Avec le soutien de :



Ce colloque a bénéficié de financements de la Région Normandie et du Fonds Européen de Développement Régional - FEDER au travers des projets : DAITLOG (Convention n°HN0005613) et INTERTRANS (RIN RECHERCHE 2017)



COLLOQUE INTERNATIONAL

50^{ème} anniversaire de l'IDIT

Rouen – 10 & 11 octobre 2019



De gauche à droite :

Michel Gout ; Kristina Yougatova ; Gaëlle Bonjour ; Marie-Line Lafilé ; Jacques Putzeys ;
Cécile Legros ; Marion Hidalgo ; Isabelle Bon-Garcin ; Ludovic Couturier ; Barthélemy Mercadal ;
Frédéric Letacq ; Jean-Claude Bonnet ; Francisco Sanchez-Gamborino ;
Valérie Bailly-Hascoët.

Actes du colloque

Sommaire

Partie | 1

LE DROIT ET LA MOBILITÉ RÉINVENTÉE

> Le droit et les nouveaux véhicules

- **Mickaël LE BORLOCH** 8
(*avocat - France*)
Le rôle de l'intelligence artificielle dans les transports
- **Charlotte DUCUING, Ivo EMANUILOV, Orian DHEU** 12
(*Legal Researchers KU Leuven, Centre for IT & IP Law IMEC - Belgium*)
The Emperor's New Clothes: a Roadmap for Conceptualising the 'New Vehicle'
- **Amandine CAYOL** 20
(*Maitre de conférences - Université Caen - France*)
Le Droit de la responsabilité civile et des assurances face au développement du Véhicule autonome
- **Aurélia MIRAS** 24
(*Chercheur-Doctorante VEDECOM, Aix-Marseille Université, Laboratoire de Droit Privé et Sciences Criminelles EA*)
Véhicule autonome et Droit pénal
- **Cinzia INGRATOCCI** 28
(*Professori Associati - University of Messina - Italy*)
Autonomous Vehicles and the need of a road traffic control system
- **Frédéric LETACQ** 35
(*Ing. Rech. IDIT - Rédacteur en chef Transidit*)
Le cadre juridique de l'emploi des drones à usage professionnel
- **Johan SCHELIN** 40
(*Professor - University of Stockholm - Sweden*)
The Responsibility for Unmanned Ships - shipmaster's position
- **Olivier LASMOLES** (propos non reproduits)
(*Professeur associé de droit - EM Normandie*)
Cybersécurité et navire sans équipage : prise en compte par le droit maritime

> L'enjeu des données de mobilité

- **Iolande VINGIANO-VIRICEL** 44
(*Docteur en droit, Membre associé du LDSPC, Codirectrice du CESU - Aix-Marseille Université - France*)
Usage de la donnée du « véhicule autonome » en assurance
- **Valérie BAILLY-HASCOËT** 48
(*Ing. Rech. IDIT*)
Open Data et Mobilité
- **Bregtje M. DIKKER** 55
(*Beleidsmedewerker (internationaal) wegtransport bij Ministerie Infrastructuur en Waterstaat - Netherlands*)
Consumer protection under a contract for "passenger forwarding"
- **Marc DEBRINCAT** 61
(*Service juridique FNAUT - France*)
Les droits du Voyageur de la mobilité numérique

Partie | 2

LE TRANSPORT A L'ERE DU NUMERIQUE : DESINTERMEDIATION, DEMATERIALISATION, BLOCKCHAIN

> Le commissionnaire de transport français et ses homologues

- **Cécile LEGROS** 68
(*Professeur Université Rouen - France*)
Le commissionnaire de transport et ses homologues européens : quel régime juridique applicable aux contrats internationaux ?
- **Simone LAMONT-BLACK** 73
(*Professor Univ. Edinburgh - United Kingdom*)
A comparative Overview of the concept of the Freight forwarder (Régimes : Allemagne, Pays-Bas, pays Nordiques, Australie, Singapour)
- **Cristian GONZALEZ** (propos non reproduits)
(*Avocat - Spain*)
Le Freight Forwarder en Droit espagnol
- **Jérôme de SENTENAC** 79
(*avocat - France*)
Le statut des intermédiaires de transport européens

> Le statut des nouveaux acteurs

- **Lucie YERESYAN** 84
(*Doctorante Univ. Paris Sorbonne, géographie - France*)
Le commissionnaire 2.0 : un OVNI dans le monde de l'organisation du transport
- **Wouter VERHEYEN** (propos non reproduits)
(*Associate professor of Law - Univ Erasmus Rotterdam - Netherlands*)
Road transport Law in times of sharing Logistics
- **Isabelle BON-GARCIN** 88
(*Professeur - Université Lyon 2 - France*)
Les plateformes numériques de mise en relation dans le transport de marchandises : Quel statut juridique ?
- **Francesca PELLEGRINO** 94
(*Full professor of transport law and EU law, Univ. Messina - Italy*)
The collaborative Economy in the Transport sector and the EU law

- **Mathilde CARON** 99
(*Maitre de conférences - Univ. Lille, spéc. Droit du travail*)
L'évolution du statut des Travailleurs des Plateformes numériques

> Dématérialisation et Transport

- **Dr. Francisco SANCHEZ-GAMBORINO** 103
(*Avocat - Espagne*)
La lettre de voiture CMR électronique : Obstacles à une utilisation plus étendue de la e-CMR
- **Prof. Dr. Sc. Nikoleta RADIONOV** 107
(*Professeur Univ Zagreb - Croatia*)
Written form of the contract of carriage by road in Croatia - Why and at what cost ?

> Blockchain et transport

- **Patrick BARBAN** 114
(*Professeur Univ. Le Havre, dir. Laboratoire CERMUD*)
La technologie Blockchain et le commissionnaire de transport
- **Mathieu COMBET** (propos non reproduits)
(*Maitre de conférences - Univ. de Lyon*)
La sécurisation des opérations contractuelles de Transport international par la Blockchain
- **Marion HIDALGO** (propos non reproduits)
(*Ing. études. IDIT*)
Blockchain et Responsabilités des Acteurs
- **Blandine EGGRICKX, Marine LEFORT, Christophe PEREIRAC** 121
(*Groupe LA POSTE - France*)
L'apport de la blockchain dans la sécurisation de la chaîne logistique postale et ses défis réglementaires
- **Marta Katarzyna KOLACZ** (propos conclusifs non reproduits)
(*Erasmus University Rotterdam - Netherlands*)
How can we identify innovations relevant for transport and logistics where there is a need for regulatory intervention ?

Partie | 1

LE DROIT ET LA MOBILITÉ RÉINVENTÉE

- > Le droit et les nouveaux véhicules
- > L'enjeu des données de mobilité



Le droit et les nouveaux véhicules



Mickaël LE BORLOCH
Avocat - France

Le rôle de l'intelligence artificielle dans les transports

Introduction

Les êtres humains rêvent depuis des siècles à la possibilité de créer des êtres. Ainsi, Pygmalion a pu créer sa femme de ses mains, Frankenstein a créé un monstre et Karel Čapek a imaginé une société créant des robots-ouvriers au service de l'humanité. Aujourd'hui nous sommes en mesure de créer des véhicules intelligents qui nous remplacent au volant.

Des essais concluants ont déjà eu lieu avec des voitures intelligentes – qui sont des robots^[1] – ayant notamment permis à des personnes atteintes de cécité de se déplacer de façon indépendante. Il en va de même pour les aéronefs. Bien qu'elles présentent déjà des garanties de sécurité élevées, il ne fait aucun doute que l'augmentation de leur nombre aura pour conséquence de causer des accidents^[2].

L'on pourrait imaginer que seule une intervention du législateur serait à même de résoudre les questions nouvelles posées par le transport intelligent.

Pourtant, Montesquieu^[3] nous enseignait qu'il ne faut légiférer que d'une main tremblante.

Les nouvelles technologies jouent le rôle de marée descendante qui découvrirait les aspérités d'une plage, à savoir qu'elles permettent de déterminer les erreurs commises par le législateur qui aurait légiféré non pas en fonction d'objectifs sociaux, mais uniquement à la lumière d'une technologie.

Or, le droit ne sert qu'à régler les relations interpersonnelles avec en ligne de mire des objectifs sociaux

et ne peut réglementer la technique pour elle-même. Nous verrons donc que la réglementation du droit positif est en très grande partie suffisante pour réglementer les accidents qui ne manqueront pas de survenir avec les transports autonomes. Dans un premier temps nous verrons que la loi Badinter de 1985 trouvera à s'appliquer sans grande difficulté à condition de modifier une erreur conjoncturelle (I), dans un second temps que la réglementation relative aux accidents des aéronefs permet déjà d'indemniser des victimes d'avions autonomes (II).

1 LES ACCIDENTS SURVENUS DANS UN VÉHICULE TERRESTRE À MOTEUR

Le véhicule autonome est défini comme le «véhicule connecté qui, une fois programmé, se déplace sur la voie publique de façon automatique sans intervention de ses utilisateurs^[4]».

Les accidents qui ne manqueront pas d'arriver au véhicule autonome seront régis d'une part par la loi Badinter (A) et d'autre part par la réglementation relative aux produits défectueux (B).

■ A – La loi Badinter de 1985

La loi du 5 juillet 1985^[5] s'applique aux véhicules terrestres à moteur (VTM)^[6]. Les VTM sont constitués par tout véhicule sur roues se déplaçant grâce à un moteur^[7]. Les voitures, scooters ainsi que les camions sont par conséquent inclus dans la catégorie des VTM. Il en ira de même pour les voitures autonomes conformément à l'adage «Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus».

La loi a vocation à s'appliquer dès lors qu'un accident de la circulation survient en France^[8] et implique au moins un VTM^[9]. Elle ne concerne que les accidents involontaires et n'a pas vocation à s'appliquer en cas de dommage causé volontairement^[10]. Conformément aux lois d'Asimov (la première règle fait interdiction de porter atteinte à un humain, la deuxième règle impose aux robots d'obéir aux ordres qu'il reçoit d'un être humain à moins que cela n'entre en conflit avec la première règle et la troisième règle impose aux robots de protéger leur existence à moins que cela n'entre en conflit avec les deux premières règles) un robot est incapable de causer volontairement un dommage et par conséquent le régime de la loi Badinter aura vocation à s'appliquer. La loi a ainsi vocation à s'appliquer aux dommages causés par les robots qui ne pourront pas causer sciemment de préjudice^[11].

Cependant, ne disposant pas de patrimoine propre à cause de leur absence de personnalité juridique – étant donné que la personnalité juridique est réservée aux interactions entre les êtres humains comme le démontre Daniel Defoe dans son livre Robinson Crusoé – il sera nécessaire de solliciter l'indemnisation de l'assurance du

propriétaire de la voiture intelligente qui est présumé en être le gardien^[12]. Cette particularité ne posera pas de problèmes particuliers dans la mesure où la jurisprudence distingue déjà entre le gardien de la voiture et le conducteur^[13]. Est ainsi considéré comme gardien le vendeur du véhicule lorsqu'il fait tester sa voiture par un acheteur potentiel. La notion de garde du véhicule est donc différenciée de la notion de conducteur effectif – qui est la personne ayant la maîtrise effective du VTM – et autorise par conséquent à retenir qu'est gardien une personne n'étant même pas dans le véhicule qui serait effectivement conduit par une intelligence artificielle. Le lien entre le propriétaire et sa voiture sera ainsi considéré a priori et non pas in concreto, ce qui permet d'assurer la meilleure indemnisation possible des victimes conformément à l'objectif de la loi.

Il serait sans doute plus pratique afin d'accueillir les voitures autonomes – et plus claire pour les juristes – d'écarter la notion de conducteur et de lui privilégier celle de gardien. En effet, on comprend mal pourquoi une personne éjectée de sa voiture lors d'un accident conserve le statut de conducteur tant qu'elle est mue par la force d'inertie – alors même qu'elle n'a plus la maîtrise de son véhicule – alors qu'une personne assise sur son scooter et le faisant avancer à l'aide de ses pieds ne se voit pas qualifiée de conducteur. Quel est l'objectif social de cette distinction ?

Concrètement, engagera sa responsabilité le propriétaire – c'est-à-dire la personne assurée – et conformément à l'arrêt Frank^[14] le gardien dès lors que la preuve est apportée qu'il avait l'usage, la direction et le contrôle. La notion de conducteur n'aurait été qu'une erreur passagère du droit de la responsabilité civile.

L'application de la notion de gardien permettrait de revenir à une qualification plus en phase avec la réalité des faits et correspondant à la situation dans laquelle une personne renseigne les coordonnées de la destination et des informations quant aux modalités de l'itinéraire. En renseignant ces informations et les modalités du trajet la personne aura bien la garde de la voiture autonome.

La loi de 1985 permet néanmoins au gardien de s'exonérer en cas de faute inexcusable de la victime. Dans le cadre d'un accident entre une voiture pilotée et une voiture intelligente, ce motif d'exonération pourra avoir vocation à s'appliquer – dans les limites très strictes que lui a donné la Cour de cassation^[15] – contre le conducteur de la voiture pilotée. Il ne pourra être opposé lors d'un accident entre deux voitures

[1] R. CHATILA, « Intelligence artificielle et robotique : un état des lieux en perspective avec le droit », Dalloz IP/IT, 2016, 284.

[2] Les voitures autonomes de la société Google ont déjà été impliquées dans 11 accidents mineurs. Voir V. LUCKERSON, « Google Blames Humans for Accidents Involving Its Self-Driving Cars », Time, 11 mai 2015.

[3] MONTESQUIEU, Lettres persanes, Lettre LXXIX, 1721.

[4] Journal Officiel 11 juin 2016.

[5] Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

[6] Article 1 de la loi du 5 juillet 1985.

[7] M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations, 2 – Responsabilité civile et quasi-contracts », 2010, 2e édition, PUF, p. 251.

[8] Civ. 2e, 2 novembre 1994 et 11 janvier 1995, JCP G 1996, II, note F. RUELL.

[9] Article 1 : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres ».

[10] Civ. 2e, 30 novembre 1994, n°93-13399.

[11] À défaut ils seront considérés comme défectueux, à moins que le dommage n'ait été causé conformément à la hiérarchie de valeurs.

[12] R. CHATILA, « Intelligence artificielle et robotique : un état des lieux en perspective avec le droit », Dalloz IP/IT, 2016, 284.

[13] Civ. 2e, 2 juillet 1997, n°97-10298.

[14] Ch. réunies, 2 déc. 1941, GAJC, t. II, 13e éd., 2015, no 203; DC 1942. 25, note Ripert; S. 1941. 1. 217, note H. Mazeaud; JCP 1942. II. 1766, note Mihura.

[15] Bull. civ., II, n°160 et s. : est inexcusable « la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité ».

intelligentes car il sera impossible d'apporter la preuve de l'existence de la faute inexcusable d'une machine. En effet, l'un des fondements d'exonération, à savoir la recherche volontaire du dommage^[16], n'aura pas vocation à être opposée aux voitures intelligentes qui ne pourront rechercher volontairement le dommage^[17].

Il ne pourrait en aller autrement que si la personne à bord de la voiture commet une faute grave menant à l'accident, mais il y a fort à parier que les mesures de sécurité seront telles qu'elles auront pour effet d'écartier toute erreur involontaire des personnes. Concrètement, un accident causé par une personne à bord d'un véhicule ne pourra être que volontaire, ce qui aura pour conséquence d'écartier l'application de la loi de 1985.

Si la *summa divisio* entre conducteur et passager ne disparaît pas au profit du gardien, le régime des accidents de la circulation impliquant des voitures intelligentes permettra à tout le moins une meilleure indemnisation des victimes que dans les hypothèses impliquant des voitures pilotées. En effet, la distinction entre les passagers et le conducteur n'aura plus lieu de s'appliquer car il ne pourra être reproché au chauffeur d'avoir commis une faute à l'origine de son dommage étant donné qu'il ne sera pas aux commandes. Ainsi, quitte à ne pas appliquer la *summa divisio*, il apparaît plus cohérent de la supprimer.

■ B – La directive relative aux produits défectueux

En cas d'accident plusieurs entités pourraient voir leur responsabilité mise en cause sur le fondement de la directive relative aux produits défectueux :

- le fabricant du véhicule,
- le producteur des capteurs,
- le concepteur du logiciel d'intelligence artificielle,
- celui qui aurait implémenté le logiciel dans le véhicule.

En ce qui concerne les conditions d'application du régime de responsabilité des produits défectueux nous ne nous attarderons pas sur les notions de victimes, de dommage causé par le défaut, de producteur ni de mise en circulation qui ne posent a priori pas de difficulté particulière en ce qui concerne les véhicules autonomes.

La notion de produit défectueux soulèvera plus de particularité dans son application. La définition est large et inclut ou bien meuble corporel ou incorporel^[18]. Le caractère défectueux est compris comme le produit n'offrant pas la sécurité à

laquelle on peut légitimement s'attendre. Ainsi, toutes les circonstances et notamment la présentation du produit et l'usage qui peut en être raisonnablement attendu doivent être pris en compte^[19]. On peut imaginer qu'une voiture autonome qui blesse un humain ne présente pas la sécurité à laquelle on pourrait légitimement s'attendre conformément aux règles d'Asimov.

Le critère ainsi retenu aboutit à un engagement rapide et facile de la responsabilité des producteurs de véhicules autonomes qui pourront néanmoins se réfugier derrière les causes d'exonération. La protection qui leur est accordée n'est cependant que partiellement protectrice étant donné que ne constitue pas une cause d'exonération l'obtention d'une autorisation administrative ni même le respect des règles de l'art^[20].

Les producteurs trouveront en revanche une meilleure protection dans le risque de développement^[21]. Il s'agit d'un risque indécélable et impossible à connaître au moment de l'introduction du produit qui ne se révèle que par la suite. L'exemple topique est celui du vaccin^[22]. Le producteur pourra s'exonérer s'il apporte la preuve « que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ».

Cette exception peut être appliquée aux voitures autonomes car l'intelligence artificielle se rapproche par analogie aux vaccins qui, composés d'être vivants et donc indépendants, peuvent réagir de façon inattendue. Cependant, il est nécessaire d'établir un point d'équilibre entre la responsabilité délictuelle et la liberté d'entreprendre qui sera trouvé sur le fondement de la théorie du risque. Les producteurs de véhicules autonomes pourraient se voir imposer une obligation de participer au fonds de garantie des accidents de la circulation qui viendrait couvrir les dommages résultant de développements impossibles à connaître au moment de l'introduction de la voiture autonome sur le marché.

Le raisonnement sera relativement similaire pour les aéronefs.

2 LES ACCIDENTS D'AÉRONEFS

■ A – Le champ d'application

Le règlement n°889/2002^[23] du Parlement Européen et du Conseil a adopté une définition

exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ». En outre les personnes en dessous de 16 ans, au-delà de 70 ans ou souffrant d'un handicap supérieur à 80% ne pourront se voir opposer la faute inexcusable.

[16] Article 3, alinéa 3 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

[17] Si une voiture intelligente cherchait volontairement à causer un dommage elle serait considérée comme défectueuse sauf si le choix opéré s'avérait conforme à un calcul de proportionnalité entre les intérêts en jeu.

[18] AJ contrat 2018. 442, obs. Bucher.

[19] Article 1245-3 du Code civil ; Civ. 1re, 9 juill. 2009, no 08-11.073 P: R., p. 411; D. 2009. AJ 1968, obs. Gallmeister.

[20] Article 1245-9 du Code civil ; C. CAILLE, Responsabilité du fait des produits défectueux, Répertoire de droit civil, juin 2018, 58.

[21] Pour une illustration : Civ. 1re, 9 juill. 2009; JCP 2009. no 41, p. 13, note Sargos; CCC 2009, no 261, obs. Leveneur.

[22] BRUN, Raffinements ou faux-fuyants ? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B, D. 2011. Doctr. 316.

[23] Règlement n°889/2002 du 13 mai 2002 relatif à la responsabilité du transporteur aérien vis à vis des passagers et de leurs bagages.

[24] Article 2.1(a) du règlement n°889/2002.

[25] Cass. Civ. 1e, 25 novembre 1997, n°94-20194.

[26] Il s'agira de l'exploitant d'aéronef car le technicien étant un préposé il ne peut avoir la garde d'un avion conformément au principe de l'incompatibilité des fonctions de gardien et de préposé.

[27] Considérant 14 du règlement n°889/2002.

[28] Article 5.1 du règlement n°889/2002.

[29] Les DTS sont établis par le Fonds Monétaire International sur la base d'un panier de devise.

[30] Considérant n°10 du règlement n°889/2002.

large du transporteur aérien en le définissant comme « une entreprise de transport aérien titulaire d'une licence d'exploitation valable^[24] ». La responsabilité des accidents aériens sera donc recherchée chez l'entreprise qui a organisé le vol sans considération de la qualité des pilotes qui pourront donc être humains ou robotiques.

Le règlement n°889/2002 est limité aux transports qui sont définis comme le fait d'emmener une personne ou un bien d'un endroit à un autre^[25]. Seront ainsi exclus les vols effectués dans le cadre de meetings aériens ou de découverte dès lors que l'avion décolle et atterrit au même aéroport. Dans ce cas, le droit commun aura vocation à s'appliquer. Lorsque l'avion sera piloté par un robot, la responsabilité de la personne^[26] ayant renseigné les détails du vol sera engagée dans la mesure où elle avait la direction, l'usage et le contrôle de la chose.

■ B – Le régime d'indemnisation

En cas d'accident, le transporteur aérien sera tenu d'indemniser les victimes en deux temps.

Tout d'abord, une mesure d'urgence doit permettre de faire face aux besoins immédiats^[27] des victimes. Elle oblige le transporteur aérien à verser une avance aux personnes physiques ayant droit à une indemnisation dans un délai de 15 jours à partir de leur identification^[28]. Cette avance ne peut être inférieure à 16.000 Droits de Tirage Spécial^[29] (DTS) par passager en cas de décès.

Dans un second temps le transporteur aérien devra indemniser l'intégralité^[30] du préjudice subi

Conclusion

Ne légiférons donc que d'une main tremblante et laissons la jurisprudence s'adapter. En tout état de cause, il est intéressant de relever que plus le risque de danger diminue, plus nous tendons vers le développement de mécanismes d'indemnisations assurantiels extra-judiciaires et la création de fonds d'indemnisation. L'avocat auteur de ces lignes ne peut que se réjouir – ou craindre – cette déjudiciarisation qui sera sans doute garante d'un développement plus rapide de ces nouvelles technologies loin des contentieux indemnitaires coûteux pour les producteurs. La crainte, déjà présente aux Etats-Unis, risquerait de brider le développement des véhicules autonomes en Europe et de ralentir les indemnisations des victimes.

La robotisation des véhicules et aéronefs devrait donc amener plus de sécurité dans les transports et une meilleure sécurisation en cas d'accident, et ce conformément aux lois d'Asimov.

par les victimes^[31]. Le régime est particulièrement protecteur des passagers en ce qu'il interdit aux transporteurs aériens de saisir un juge afin de contester une demande d'indemnisation en cas de décès ou de blessure à hauteur de 113.100 DTS depuis la révision de la convention de Montréal le 30 décembre 2009 à laquelle l'Union Européenne est partie^[32]. Au-delà de ce seuil le recours au juge est ouvert.

Les préjudices matériels obligent également les transporteurs aériens à indemniser les victimes. Il en ira ainsi notamment lorsqu'un avion, qu'il soit conduit par un pilote humain ou par un robot, s'écrase en détruisant les bagages des passagers ou les colis qu'ils envoient. Le transporteur aérien sera tenu d'indemniser les propriétaires à concurrence de 1.131 DTS^[33] par passager même en cas d'absence de faute de sa part^[34]. Le seul moyen pour le transporteur aérien de s'exonérer consiste à apporter la preuve que le bagage était défectueux.

Cependant, le législateur européen a enfermé le délai de réclamation dans une durée de 7 jours à partir de la date du dommage. La brièveté de ce délai surprend d'autant plus que le règlement s'applique à un contexte international et multilinguistique.

Les régimes de responsabilité sont fondés sur un régime assurantiel^[35] et par conséquent sur une logique indemnitaire. Le développement d'aéronefs conduits par des robots ne devrait donc pas susciter de problématiques nouvelles car les caractéristiques du pilote sont indifférentes. Il pourra en aller autrement si l'aéronef est piraté^[36].

[31] Article 10 du règlement n°889/2002.

[32] La convention est entrée en vigueur le 28 juin 2004.

[33] Voir la révision de la convention de Montréal du 30 décembre 2009.

[34] En revanche, en cas de bagage non enregistré, le transporteur n'engagera sa responsabilité que s'il a commis une faute. Voir article 10 du règlement n°889/2002.

[35] Les transporteurs aériens ainsi que les exploitants d'aéronefs ont l'obligation de s'assurer contre les dommages résultant de l'utilisation de leurs avions. Voir règlement (CE) no 785/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relatif aux exigences en matière d'assurance applicables aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéronefs.

[36] L'hypothèse s'est déjà vérifiée. Voir M. UNTERSINGER, D. LELOUP, M. TUAL, « Le FBI s'inquiète du possible piratage d'un avion », Le Monde, 18 mai 2015.



Orián Dheu, Charlotte Ducuing and Peggy Valcke
Legal Researchers KU Leuven, Centre for IT & IP Law IMEC - Belgium

The emperor's new clothes: A roadmap for conceptualising the 'new vehicle'[1]

Introduction

New ICT and data-driven technologies are increasingly re-inventing and re-defining the transportation landscape. This is illustrated by the upsurge of interest in concepts such as 'smart mobility', 'Mobility-as-a-Service' or 'self-driving cars'. These technologies will allegedly bring many benefits. For instance, the vehicles' autonomy is expected to drop the number of accident-related fatalities. They are also expected to lay the ground for a shift from vehicle ownership to servitisation of transport, in other words, the foreseen evolution from the sale of vehicles to the offering of vehicles or of mobility "as a service", at its extreme without even transfer of ownership of the vehicle (Oliva and Kallenberg 2003; Lawson et al. 2016). In turn, servitisation of transport and 'smart' traffic management would allow for better infrastructure and vehicle capacity allocation as a means to come to terms with congestion.

Transport getting 'smart' is not a black or white situation, but rather a multi-level process already underway. Although the law is often criticised for lagging behind technical innovation, it is already changing in various branches. When asked about the legal impact of autonomous cars, a layperson in the street would probably first think of liability, e.g. who would be legally responsible if the car 'causes' an accident. This question has recently been extensively discussed in legal scholarship. Based on the observation that the operation of the vehicle allegedly shifts from the operator (e.g. the human driver of a car) to the 'autonomous vehicle', the scholarly focus has mostly been placed on the vehicle manufacturer. Considered as the closest link to the autonomous machine, the manufacturer would be exposed to greater liability, subject to a more or less strict regime such as based on the Product Liability Directive^[2]. The manufacturer also seems to be at the core of the on-going legislative initiatives on cybersecurity for road vehicles. The vehicle's enhanced connectedness, higher automation (and, potentially,

even autonomy) and, more generally, its heavy reliance on data, is mirrored by its increased exposure to cyber threats. On the international plane, the United Nations Economic Commission for Europe ('UNECE'), one of five regional commissions of the United Nations, has attempted to address this major challenge by imposing cybersecurity requirements as part of safety vehicle technical requirements. In the European Union ('EU') these are enforced by means of type-approval legislation thereby shifting the focus once again to the vehicle manufacturer.

The anticipatory efforts of legislators are to be praised. However, the question arises whether there is no contradiction in the attempt to leverage product legislation, so as to deal with new challenges of mobility, while recent trends in mobility are broadly described as a shift to servitisation? In other words, are we looking at the future of mobility through the lens of the present situation, while claiming that the future will look completely different? The paper challenges the 'product-oriented paradigm' or in other words

the overwhelming claims of leveraging product legislation to regulate connected and autonomous cars – the so-called 'New Vehicles'. By doing so, the paper mainly aims to make a diagnosis of (the limitations of) product legislation to deal with connected and autonomous vehicles. Against this background, it also opens avenues for other orientations, subject to further discussion and research.

In the first section, this paper adopts an explanatory methodology to identify the 'product-oriented paradigm', namely the (over-)emphasis put on product legislation to regulate connected and autonomous cars. The second section evaluates to what extent product legislation and especially the notions of 'product' and 'manufacturing' are challenged by the features of the so-called New Vehicle, which results in limitations to the product-oriented paradigm. In an attempt to draw normative conclusions, the third and final section explores avenues for new approaches to the regulation of the 'New Vehicle', although it should be reminded that it also implies political choices.

1 THE 'NEW VEHICLE' AND THE PRODUCT-ORIENTED PARADIGM

■ The 'New Vehicle'

Autonomous systems and, more generally, AI-driven technologies are redefining the way society thinks about transportation mediums. The societal benefits of these smart mobility systems are said to be manifold and are often leveraged as a convincing argument in favour of a particular technology's deployment. Projects involving autonomous cars are soaring worldwide. Smart automobiles are already being tested in real-life conditions with varying degrees of success. The 'New Vehicle' concept embodies the novel reality of highly autonomous and connected mobility artefacts that are being developed by various industrial, transportation and research entities. This innovative take on mobility can be defined through its numerous technological features which make it a complex and evolving legal object.

First, the New Vehicle relies largely on deep reinforcement learning involving regression algorithms, pattern recognition algorithms, cluster algorithms and decision matrix algorithms. These algorithms enable it to perform object detection, identification, recognition, classification, localisation and movement prediction. Second, the New Vehicle depends on large volumes of data which are the essential fuel for AI systems. Although 'autonomy' and 'connectivity' of vehicles are different features, future higher levels of automation and autonomy will largely depend on connectivity. Vehicle connectivity is seen as a building block for vehicles to sense their environment based on which they can take operational decisions. For example, Cooperative Intelligent Transport Systems (C-ITS) communications – also known as V2V (vehicle to vehicle), V2I (vehicle to infrastructure) or V2X (vehicle to everything) – aim to allow vehicles to exchange information with their environment. Thirdly, both autonomy and connectivity imply reliance on multiple communication networks, services and technologies. To sum up, the 'New Vehicle' will depend upon various cyber-physical components, services and processes. Its main feature, namely its autonomy, stems from the combined interaction of both physical (hardware, sensors, probes, etc.) and digital components (software, data, GPS signals etc.)^[3]. Furthermore, these components, services and processes are provided or operated by a range of actors which may not always be in the same vertical value

chain; they may even be in competition with each other. The advent of the 'New Vehicle' will undoubtedly disrupt the automotive industrial ecosystem as new actors will enter the picture, such as ICT service providers, data service providers etc.

Though researchers working on autonomous cars have distinguished different levels of autonomy^[4], ranging from 0 to 5 (0 being no autonomy and 5 being full autonomy), current mobility systems still require a human to oversee their operation, and, when appropriate, regain control of the vehicle at some point. However, this is set to change as the fast-paced development of new autonomous systems would increasingly shift the driver's role into that of a passenger with little, if any, control over the vehicle itself.

■ The product-oriented paradigm

In light of these foreseen changes, many have commented on the technology's potential for disrupting the legal and regulatory frameworks that are essential safety- and trust-building tools. The most commonly shared assumption among legal scholars asserts that the regulatory focus should consequently be placed on the manufacturer, seen as the best-placed entity to have significant impact on the machine (Lohmann 2016). This is largely based on the observation that operational control will shift from the human operator (the driver) to the machine itself, with few or no direct human involvement.

This 'product-oriented' or 'manufacturer-oriented' paradigm – as we call it here – would logically permeate product legislation, which plays an essential role in the transportation sector. By product legislation we mean two branches of law. The first concerns (technical) regulation of the product itself, applying to the manufacturing phase in the product's lifecycle. In the field of road transportation, this technical regulatory framework is harmonised at EU level. As a product aggregator, the (vehicle) manufacturer is responsible for the conformity of the products with technical requirements, prior to their placing on the market. This is achieved mainly by type-approval followed by individual certification of vehicles^[5]. Most of the substantive technical requirements are developed at the international level by the UNECE which is responsible, among other things, for the development of harmonised regulations^[6]. Admittedly, these frameworks assure a general level of safety and serve as a prophylactic measure against accidents caused by product defects. However, should the inevitable happen, EU product legislation includes a second branch constituted by the specific liability regime dealing with the manufacturer's liability:

[1] The research leading to the results has received partial funding from the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme under the Marie Skłodowska-Curie grant agreement No 812.788 (MSCA-ETN SAS). This publication reflects only the author's view, exempting the European Union from any liability. Project website: <https://etn-sas.eu/>.

The authors thank Ivo Emanuilov for his time and support. All errors remain these of the authors.

[2] Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ L 210/29 ('Product Liability Directive').

[3] See European Commission, Communication 'A European strategy on Cooperative Intelligent Transport Systems, a milestone towards cooperative, connected and automated mobility' (2016), COM(2016) 766 final; European Commission, Communication 'Europe on the Move' - Sustainable Mobility for Europe: Safe, connected and clean' (2018), COM(2018) 293 final; European Commission, Communication 'On the Road to Automated Mobility: An EU strategy for mobility of the future' (2018), COM(2018) 283, final.

[4] See the most commonly referred to SAE (Society for Automotive Engineers) automation scale: <https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>. Other scales exist worldwide.

[5] Type-approval is harmonised in the EU, mainly through Regulation (EU) 2018/858 on the approval and market surveillance of motor vehicles and their trailers, and of systems, components and separate technical units intended for such vehicles [...], OJ L 151/1 ('Type-Approval Regulation').

[6] Agreement Concerning the Adoption of Harmonised Technical United Nations Regulations for Wheeled Vehicles, Equipments and Parts which can be Fitted and/or be used on Wheeled Vehicles and

the so-called 1985 Product Liability Directive^[7]. This cornerstone piece of legislation, which establishes a harmonized semi-strict no-fault regime, facilitates the injured parties' claims against the manufacturer.

We define here the product-oriented paradigm as the regulatory focus placed on product legislation as the main tool leveraged to regulate the 'New Vehicle'. This pattern is already visible, for instance, in the attempts of international and EU regulatory bodies to use vehicle technical regulation and (in the EU) the type-approval procedure as an avenue to try and ensure not only safety but also increasingly (cyber)security of the 'New Vehicles' 'by design'. In this respect, UNECE is currently developing technical regulation on cybersecurity requirements, on one hand^[8], and on certification of automated / autonomous driving systems, on the other^[9]. Similarly, the EU is revising its type-approval legislation to implement such new vehicle technical regulations as part of vehicle safety requirements^[10]. With respect to liability, many authors assume that the technologically-induced shift in control (Wagner 2018)^[11] would be mirrored by a shift in liability (Kalra et al. 2009; Lohmann 2016). Their reasoning is premised on the idea that, since the operator will no longer have control over the vehicle, the manufacturer should be held liable as it would be in the best position to prevent and mitigate technical failures or errors from occurring. In the context of automated mobility, the manufacturer would be the 'closest' entity to the machine retaining some control over it.

Although product legislation will continue to play an important role, using it as the main regulatory tool dealing with 'New Vehicles' overlooks their evolving and dynamic nature. Furthermore, it neglects their growing interconnectedness and interdependence within an emerging mobility eco-system. These technical and business features have legal implications which are discussed in the following section. The present paper claims that the notions of 'product' and 'manufacturing', which lie at the heart of product legislation, are challenged by the 'New Vehicle'.

2 CHALLENGING PRODUCT LEGISLATION AS A 'CURE ALL' TOOL FOR REGULATING THE 'NEW VEHICLE'

Product legislation was developed with tangible and clearly delineated objects in mind. Traditionally, the regulatory focus has been on the standalone product. Against this background,

it is submitted here that product legislation is, to an appreciable extent, ill-suited to apprehend the 'New Vehicle' in its new and more 'diffuse' ecosystem. This section introduces three identified limitations to the product-oriented paradigm.

■ The 'New Vehicle' at the crossroads of product and service

The first limitation of the product-oriented paradigm relates to the very essence of the 'New Vehicle'. It is submitted here that the latter should be legally conceptualised as a hybrid concept between service and product. The manufacturing activity – as traditionally regulated by the law – is profoundly affected. First, the inherently self-adaptive character of autonomous vehicles, or at least some components thereof, implies that their behaviour could be altered after their placing on the market. In the context of product liability in the aviation domain, it has been argued that "it is not clear whether [...] the alteration of an autonomous system's behaviour or an update/upgrade of its functionality could be considered a defective product [...] or as a new product" (Emanuilov 2017). Analogue products are characterised by a linear and clearly-delineated lifecycle: they are first manufactured and then consumed – and operated - at a later phase, the two being clearly separated by the act of placing on the market. Product legislation and the obligations attached to the manufacturing activity are based entirely on this dichotomy. However, it does not easily fit the 'New Vehicle' reality where the manufacturing and operational phases are getting intertwined in time.^[12]

The growing convergence of 'manufacturing' and 'operations' was also symptomatically observed through the regulators' attempt to tackle 'New Vehicles', based on a purely product-oriented paradigm perspective. Indeed, the UNECE is pondering on how to ensure (cyber) security of connected and autonomous vehicles through the use of vehicle technical regulations applicable to manufacturers. Within UNECE, the Working Party on Automated/Autonomous and Connected Vehicles (GRVA) issued in 2018 a "Proposal for a Recommendation on Cybersecurity"^[13] and a "Draft recommendation on Software Updates"^[14], both including respectively a draft vehicle technical regulation. Because of the dynamic nature of cyber-threats, a mirroring dynamic management of cyber risks is allegedly required throughout the lifecycle of vehicles, including the need for a constant monitoring of threats as well as for dynamic adaptation of responses. Such obligations to monitor and adapt the 'product' according to risks arising

the Conditions for Reciprocal Recognition of Approvals Granted on the Basis of these United Nations Regulations, ECE/TRANS/WP.29/2016/2 ('1958 Agreement').

[7] Product Liability Directive (n 2).

[8] Proposal for a Recommendation on Cyber Security submitted by the experts of the Task Force on Cyber Security and Over-the-air issues, 19.11.2018, ECE/TRANS/WP.29/GRVA/2019/2 ('Proposal for a Cyber Security Recommendation'); Draft Recommendation on Software Update of the Task Force on Cyber Security and Over-the-air issues, 19.11.2018, ECE/TRANS/WP.29/GRVA/2019/3 ('Draft Recommendation on Software'); Guidelines on Cybersecurity and Data Protection – Guidelines on measures ensuring cybersecurity and data protection of connected vehicles and vehicles with Automated Driving Technologies', Annex 6 of Consolidated Resolution on the Construction of Vehicles (R.E.3), ECE/TRANS/WP.29/78/Rev.6).

[9] Proposal for the Future Certification of Automated / Autonomous Driving Systems, submitted by the experts from International Organisation of Motor Vehicle Manufacturers, 19.11.2018, ECE/TRANS/WP.29/GRVA/2019/13 ('Proposal for ADS').

[10] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on type-approval requirements for motor vehicles and their trailers, and systems, components and separate technical units intended for such vehicles, as regards their general safety and the protection of vehicle occupants and vulnerable road users [...].

[11] Gerhard Wagner develops the notion of control shift from the user to the manufacturer within the more general context of robotics (see p. 8 of his paper, "Robot Liability", 2018).

[12] See EC commissioned Report from the Expert Group on Liability and New Technologies, "Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies", 2019, 70p. At pages 39 and 44 they seem to evoke the possibility of the manufacturer acting as an

after the placing on the markets typically lie beyond the traditional role – and obligations – of product manufacturers. The draft proposal and recommendation discussed within the Working Party on Automated/Autonomous and Connected Vehicles at UNECE suggest imposing such obligations onto the vehicle manufacturers by partly shifting the regulatory focus from the vehicle (the product) to the manufacturer. Under the draft proposal and recommendation, a new certification regime would be created with regard to the internal organisation of the manufacturer. Because of their inherent technical features, the activity of 'securing' vehicles appears to be closer to a service than to manufacturing activities, traditionally related to the features of the product before its placing on the market. This attempt to secure the vehicles 'by design' solely based on product legislation is only possible at the cost of seriously overstressing the manufacturer's role (Ducuing 2019). Paradoxically as it may sound, regulating the cybersecurity of the New Vehicles by forcing a sole product-oriented paradigm approach demonstrates that the manufacturer is functionally sliding towards service provision. Furthermore, there is a broadly shared expectation that servitisation of mobility will replace ownership of road vehicles. Precisely because they blur the delineation between products and services, business models related to New Vehicles are deemed to be based on an economy of usage of mobility rather than ownership of vehicles. On the freight side, automated driving of trucks is expected to deliver truck platooning, where coordination of the fleet is necessary to optimise road and truck capacity. On the passenger side, some companies foresee the operation of a fleet of cars making for their efficient use without requiring individual persons to own their automobile. Servitisation of mobility also lies at the heart of the support of regulators for the New Vehicles, as illustrated by the Communication from the Commission "On the Road to Automated Mobility"^[15] Servitisation of mobility is expected to lead to better infrastructure and vehicle capacity allocation and would play an important role in reducing car emissions. Policy expectations of shifting to greater forms of servitisation of mobility are for instance encapsulated in the expression "Mobility-as-a-Service" (Maas). These business models – either spontaneously emerging from the market or pushed for by public authorities – are based on the core activities of fleet management and coordination of traffic. The product-oriented paradigm appears to run counter the 'servitisation' of mobility expected from the emergence of New Vehicles. As the law-maker will be required to play an active role in this regard, the current regulatory focus on

product legislation lacks consistency and seems even a little schizophrenic.

■ The blurring boundaries of the New Vehicle in its environment

The product-oriented paradigm also suffers another limitation, in that it focuses on the manufacturer as the regulated subject. As a product aggregator, the manufacturer is indeed traditionally deemed - and mandated - to control the production phase. Product legislation is based on the premise that the manufacturer is best placed to "retain the overall control for the product and ensure that he received all the information that is necessary to fulfil his responsibilities according to the relevant [product regulation]"^[16]. It is on that basis that safety requirements, included as part of vehicle technical regulations, lie first and foremost with the vehicle manufacturer, with the policy purpose to make vehicles safe. However, the New Vehicles are highly connected objects that constantly interact with numerous actors, such as data service providers, infrastructure managers, communication network providers etc., who will additionally not all qualify as subcontractors of the manufacturer and therefore not be under his control (Schellekens 2016). They may even be competitors, as in the case of multi-brand vehicle platooning, contemplated as a first use case of connected and automated driving^[17]. The New Vehicle can be clearly assimilated to a 'system' refuting its characterisation as a pure standalone product. Because it is part of a wider mobility environment where different technologies, actors and elements come to interact with each other, interdependencies are at play. It is precisely these interdependencies that challenge the traditional approach towards transportation mediums as clearly delineated legal objects that are subject to specific ad hoc product legislation, either technical regulations or product liability rules. To give an example, should data flowing in and out of a vehicle (e.g. C-ITS communications from another vehicle or from the road infrastructure) be considered as being part of the legal definition of the product? The back-end server of connected vehicles is currently a hot topic regarding who can / should get access to in-vehicle data. Several models are competing, e.g. in the vehicle, at the manufacturer's premise or jointly managed by several manufacturers or even together with other interested stakeholders, with third parties having more or less access to the data (McCarthy et al. 2017). To what extent, then, if at all, should the back-end server be considered as part of the vehicle and should the answer depend upon its

'operator'. They also distinguish the 'frontend' operator from the 'backend' operator (which could potentially be the manufacturer).

[13] Proposal for a Recommendation on Cyber Security submitted by the experts of the Task Force on Cyber Security and Over-the-air issues, 19.11.2018, ECE/TRANS/WP.29/GRVA/2019/2.

[14] Draft Recommendation on Software Updates of the Task Force on Cyber Security and Over-the-air issues, 19.11.2018, ECE/TRANS/WP.29/GRVA/2019/3.

[15] European Commission, Communication 'On the Road to Automated Mobility' (n3).

[16] European Commission, 'Blue Guide' on the implementation of EU products rules (2016), 2016/C 272/01.

[17] See the Proposed General Safety Regulation from the Commission, Art. 11.

[18] Such road traffic liability can either be fault or strict based. Some countries have no fault compensation schemes which can be disconnected from the concept of responsibility.

[19] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on type-approval requirements for motor vehicles and their trailers, and systems, components and separate technical units intended for such vehicles, as regards their general safety and the protection of vehicle occupants and vulnerable road users [...], COM/2018/286 final - 2018/0145 (COD), Article 3 (13).

[20] Commission Delegated Regulation (EU) .../... of 13.3.2019 supplementing Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council with regard to the deployment and operational use of cooperative intelligent transport systems, C(2019) 1789 final ('the proposed C-ITS Regulation').

[21] The C-ITS Platform is described here: https://ec.europa.eu/transport/themes/its/c-its_en (last visited 13 November 2019). Reports issued by the C-ITS Platforms are also available.

location, namely inside or outside the vehicle e.g. in the case of server shared with other parties? This limitation cannot be overcome by a simple legal fiction, e.g. by laying down an extensive legal definition of the vehicle in technical regulations. It questions more fundamentally the factual absence of control of the manufacturer over part of what is –or closely interacts with– the vehicle. The emergence of this new road mobility eco-system also comes to question the current assumptions on the allocation of liability risks, most notably the manufacturer's foreseen increased legal exposure.

■ The New Vehicle and the 'systemic' diffusion of (legal) responsibilities and liabilities

The product-oriented paradigm described above was based on the premise that the liability focus will or should be placed on the manufacturer, seen as the best risk mitigator and cost avoider. The New Vehicle model challenges the premise of control lying at the heart of such paradigm, by potentially diffusing responsibilities and liabilities through a wide array of parties/actors involved in its functioning. The product-oriented paradigm also fails short to provide fair and predictable allocation of risks, which lies at the core of liability regimes, especially when dealing with innovative technologies.

Currently, the large majority of road traffic accidents trigger extra-contractual liability regimes and/or compensation schemes which put the onus on the driver/keeper and/or his/her insurer^[18]. This makes sense in a 'driver-centric' environment where most vehicles are manned and operated by private individuals and where faulty personal behaviour is usually an important component in the accident's occurrence, but less so for autonomous vehicles. On the contrary, product liability claims are scarcely invoked for the time being.

The manufacturer-focused assumption seems to be a rather fictional one since it omits the foreseen multi-layered setting that reflects a much more complex and nuanced reality. Notwithstanding the practical difficulties in implementing product liability, and even if the manufacturer were to be considered as the best first-line liability bearer, this would not prejudice the legal responsibilities of all the other actors involved in the New Vehicle eco-system. In the event of an accident, multiple concurring responsibilities could be triggered and applied. On the one hand, and subject to further legal analysis, it may result in complex joint liability cases, as already observed in US legal scholarship with respect to C-ITS communications

managed by consortia of car manufacturers and other interested parties, for lack of specific legal regulation (Crane, Logue, and Pilz 2017). On the other hand, the New Vehicle's technological and functional interconnectedness will make it extremely difficult to identify, attribute and apportion liabilities. Technical means are being envisioned to determine the cause of accidents (and by extension determine responsibilities), such as digital forensics or 'event data recorders' (Bose 2015) newly proposed to be imposed as part of vehicle technical regulation^[19]. Experience gathered in aviation and the railways suggests, though, that sole technical means may not be sufficient. Furthermore, in both aviation and the railways, data recorders have been used primarily in safety accidents and incidents to discover safety issues and prevent future accidents, not to deal with liability allocation (Challinor 2017, 43–44). As a result, the ensuing legal uncertainties and liability exposure are both likely to have a chilling effect over the sustainable deployment of such novel mobility systems. Against these backdrops, the product- (and thus manufacturer-oriented) paradigm appears to suffer from serious limitations, with respect to the regulation of the New Vehicles. This finding does not ban the relevance of product legislation to regulate (New) road Vehicles. Rather, it pleads against the use of product legislation as a 'cure-all' tool and thus requires discerning the boundaries of product legislation. The features of the New Vehicles question the core notions of product legislation, such as 'product' and 'manufacturing' (or manufacturer) and therefore calls for further research. This being said, it remains to be seen which other complementary instruments can regulate the New Vehicles. Departing from a consideration of the vehicle as a standalone product, the following section pleads in favour of an eco-system wide approach.

3 A NECESSARY RE-THINKING OF THE REGULATORY FRAMEWORKS ACCOMMODATING THE NEW VEHICLE

These technology-driven challenges call for a new regulatory approach that would allow for an effective and relevant framing of the New Vehicle. As outlined above, the current overstretch of product legislation cannot address the full spectrum of the New Vehicle reality and the evolving and dynamic nature of such autonomous

[22] On the need for prospective regulation of smart mobility, see (Docherty, Marsden, and Anable 2018).

[23] Directive (EU) 2016/797 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the interoperability of the rail system within the European Union [...], OJ L 138/44 ('Railway Interoperability Directive'), Chapter III.

[24] Railway Interoperability Directive, Chapters IV and V.

[25] Directive (EU) 2016/798 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on railway safety, OJ L 138/102 ('Railway Safety Directive'), Article 9 and Chapter III.

[26] Railway Safety Directive, Articles 4 and 9 (4).

[27] Proposed C-ITS Regulation, Article 2 (3).

[28] Proposed C-ITS Regulation, Article 7 (3).

[29] Proposed C-ITS Regulation, Article 22 (2) and Annex IV, point 1.6.2.

[30] Proposed C-ITS Regulation, Article 27 and Annex IV.

[31] For instance, in the railway sector, see Convention concerning International Carriage by Rail, 1980 [so called "COTIF convention"]. In the aeronautical sector, see the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, 1929 [so called "Warsaw Convention"] and the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 1999 [so called "Montreal Convention"].

vehicles. Complementary approaches will need to be identified and implemented. This section elaborates on the appropriateness of drawing analogies from network industries in other transport modes. A system-wide assessment and potentially new legal qualifications of the different functions are prerequisites for the development and implementation of new legislation. Eventually, the regulation of 'New Vehicles' will highly depend upon priorities identified by policymakers, although research is required to inform the legal implications of the respective regulatory options.

■ System wide assessment as a prerequisite for activities not fitting the current taxonomy

As outlined above, the foreseen technology-induced mutation of land transportation will impact the way we frame its activities and associated actors. Functional boundaries may be blurred, creating much legal uncertainty. The technology's evolving and dynamic features may question the relevance of the current legal taxonomy which heavily relies on the traditional 'manufacturing versus operations' dichotomy. The lack of legal certainty is further aggravated by the fact that traditional actors, such as vehicle manufacturers, are increasingly involved in new activities whose legal qualification remains unclear. Such new activities could involve, for illustration, management and supervision of the learning loop of the AI application embedded in the vehicle driving system or new operational ways induced by technology to manage vehicle fleets (e.g. with truck platooning). This pattern may be exacerbated by regulation itself, as illustrated by the attempt from the international and EU regulators to ensure cybersecurity of vehicles by means of vehicle technical regulations. In doing so, they would require the vehicle manufacturer, in its capacity as such, to exert activities which lie beyond the traditional understanding of 'manufacturing'. Such activities would be much closer to the operation of the 'New Vehicle', e.g. the continuous supervision of a fleet of vehicles to ensure cybersecurity.

Ensuring legal certainty and consistency and genuinely achieving the desired regulatory purposes (e.g. safety and security of the 'New Vehicles' but also the MaaS-related political expectations) requires that the roles and functions de facto at work be clarified. The assessment of activities at stake needs to be conducted with a fresh eye rather than by looking backward at incumbent actors and trying to fit circles into the squares of existing legal categories. This

is however not an easy task as technological and economic developments are constantly on-going.

The assessment exercise will have legal implications. It may lead to a rethinking of existing or the emergence of new legal categories in light of manufacturing tipping towards new activities. The proposal of the European Commission (EC) to regulate C-ITS (the proposed C-ITS Regulation), which was turned down by the Council in June 2019 and thus never enacted^[20], is a good illustration of this assessment and (re-)qualification exercise. Preceded by a study and pilot initiative (the C-ITS Platform)^[21], the C-ITS Regulation proposed by the EC introduced and regulated a new function as 'C-ITS station operator', defined as "any natural or legal person who is responsible for the putting in service and the operation of C-ITS stations [...]". Interestingly, the notion of C-ITS station operator was viewed as independent from this of the vehicle manufacturer and the emphasis was placed on the operation of external communications (C-ITS). Obligations were attached to this function, with a view to securing C-ITS communications.

Other functions would deserve further consideration, such as professional fleet management and/or operation, or the development of road traffic management (towards what some have called "smart traffic"), to name but a few (Sánchez-Corcuera et al. 2019). The function of traffic management may have to be reflected upon not only from the perspective of existing technological and market developments, but also with a view to the policy benefits expected from the 'New Vehicle' ecosystem, i.e. prospectively^[22]. In turn, apprehending a new or changing fleet management function remains pretty much a question mark, in particular vis-à-vis other existing functions such as (in the freight sector) those of the carrier and of the freight forwarder. The complexity is further aggravated by the growing and disrupting significance of online platforms conducting various coordination and other intermediary activities in the digital layer, yet difficult to rightly qualify (Montero and Finger 2017).

While being a preliminary task for any substantive regulation, it is obvious that legal qualification would impact in turn the way in which policymakers frame the 'New Vehicle' and the way its ecosystem will and should further develop. For instance, this legal qualification exercise will most importantly determine the applicable regulatory and liability regimes. The following sub-section provides introductory thoughts on substantive regulation, by drawing analogies with other transport modes regulated as network industries.

■ Analogies with network industries? Lessons and limitations

We discerned increasing operational functions associated to the 'New Vehicles' and with the probable servitisation of mobility as well as a growing interconnection of Vehicles within their environment (other vehicles, road infrastructure, etc.). As a result, an eco-system approach appears to be required. As noted by Stadler et al., the autonomous vehicle is not an independent one. Quite on the contrary, the 'New Vehicle' gets closely intertwined into a "network of mobility services" (Stadler, Brenner, and Hermann 2018). The advent of autonomous cars was even compared by Bassett and Jones to the operation of the railways, to underline the criticality of coordinating what they call the 'smart [or digital] infrastructure', which is illustrated by the expected increasing significance of smart traffic management. Comparing the 'New Vehicles' ecosystem with the operation of the railways or of other network industries is a useful source of inspiration for both the legal qualification of the new activities and their regulation. Both are regulated based on their qualification as a 'system of systems', which could also serve the regulation of the 'New Vehicles', in particular with the purposes of ensuring safety and of allocating responsibilities and liability. It would indeed accommodate the move towards a dynamic and interconnected mobility environment. The railways and aviation are understood as safety critical sectors and subject to heavy safety and interoperability regulation. This includes both product legislation and regulation of sensitive operational activities. In the aeronautical sector, aircraft evolve within a highly complex and dynamic (three dimensional) environment where data and communication mediums are already a reality. The current safety regulatory framework covers every aspect of aviation, ranging from the aircraft's initial airworthiness (product certification), its maintenance, crew licensing, operations etc. But these different dedicated regulatory instruments are mostly activity- and sector-specific, though transversal elements exist. In the railways, safety regulation includes the certification of components^[23], the authorisation to place in service railway subsystems (e.g. a train) with a view to their safe compatibility with the railway system as a whole^[24] and the certification of the railway operators (carrier and infrastructure manager) for their respective operational safety management system (including for instance maintenance, safety-sensitive staff, etc.)^[25]. Their safety management system shall take into account risks arising as a result of activities by other [railway] actors^[26].

The C-ITS Regulation proposed by the European Commission shared interesting similarities with such layered approach with respect to safety and (cyber)security regulation, with a view to ensure safety and security while taking into account the whole dynamic network ecosystem. Under the EC proposal, the manufacturer of the 'C-ITS Station', namely the set of hardware and software components required to collect, store, process, receive and transmit secured and trusted messages in order to enable the provision of a C-ITS service [...] had to affix the CE marking to attest conformity with technical (safety) requirements.^[28] Then, the C-ITS station had to be enrolled to the 'C-ITS network' (the network of C-ITS stations) and certified with regard to the security policy of the entire C-ITS network^[29]. Finally, the C-ITS station operator also had to set up its own information security policy in conformity with the security policy applicable throughout the entire C-ITS network. The EC proposal required the security policy to take into account risks arising for the other C-ITS stakeholders^[30]. A well-known concern in network industries, the strong focus on interoperability and coordination in the proposed C-ITS Regulation of the European Commission was also indicative of this move towards a complex and inter-dependent mobility system. However, it remains unclear to what extent the comparison with other modes of transports, regulated in their quality as network industries, can be helpful. In the railways and aviation, the carriage activity is generally a professional one, as opposed to the operation of land vehicles, which is at the moment also open to non-professionals, in particular for passenger traffic. As a result, the liability regime in the railways and in aviation is mostly governed by contracts (between the passenger and the carrier, between the carrier and the infrastructure manager, etc.) and contract law, as harmonised from time to time by international law^[31]. Growing professionalization is foreseen in the field of road transport too. This is reflected in the emergence of new business cases for autonomous vehicles' fleet management and the servitisation of mobility associated with the MaaS paradigm. However, whether these new business cases signal road transport's shift towards increased and significant professionalization of carriage (also, among others, through increased 'platformisation') remains yet unclear. A few remarks need to be made in that respect. First, such a move would depend upon the economic players, but also upon the legislator's policy agenda. Second, the legislator should be aware of the fact that such a move towards professionalisation of road transport and mobility – and more generally the

ecosystem surrounding the 'New Vehicles' - will have significant impact on the current liability mechanisms as discussed in this paper. Similar to the railway or air carrier, the fleet operator (allegedly, as a new form of carrier) could become the contractual counterpart of mobility customers (e.g. passengers). It is through this counterpart that (contractual) liability could be channelled and be subject to further action against third parties active in the ecosystem (e.g. the traffic

management operator, etc.). Such contractual liability regime, however, would not do away with the need to secure extra-contractual remedies for third parties, e.g. pedestrians. Thirdly, the (digital) intermediarisation of transport activities comes with uncertainty with regard to determining the relevant regulatory and liability target(s). Fourthly, network industries and in particular aviation are also not immune from digital disruption.

Conclusion

The paper criticizes the attempts to leverage product legislation as a 'cure all tool' for regulating the New Vehicle – in particular to ensure its safety and (cyber) security. Called the 'product-oriented paradigm', such pattern fails to reckon the consequences of the changing nature of road vehicles induced by increased connectivity and autonomy. The latter features challenge the existing notions of 'product' and 'manufacturer' in (vehicle) product legislation and thereby call for legal research. The paper identifies avenues for other complementary regulatory frameworks to regulate the 'New Vehicles', subject to further research. Enshrined in a (new) mobility ecosystem, their regulation could be partly inspired by the safety regulation of transport network industries, such as the railways and aviation. The operation of such industries is subject to safety regulation and supervision, viewing the entire network as a 'system of systems'. The future regulation of the New Vehicles will obviously depend upon technological and economic developments still to come as well as upon the policy objectives pursued by the law-maker in this field. In this respect, the paper highlights the contradictions between the servitisation of transport and mobility ('MaaS') expected from connected and autonomous vehicles and the 'product-oriented paradigm'.

Bibliography

- Bose, Ujjayini. 2015. 'The Black Box Solution to Autonomous Liability'. *Washington University Law Review*, 92 (5): 28.
- Challinor, Chloe A. S. 2017. 'Accident Investigators Are the Guardians of Public Safety: The Importance of Safeguarding the Independence of Air Accident Investigations as Illustrated by Recent Accidents'. *Air and Space Law*, 42 (1): 43–70.
- Crane, Daniel, Logue Kyle, and Pilz Bryce. 2017. 'A Survey of Legal Issues Arising from the Deployment of Autonomous and Connected Vehicles'. *Michigan Technology Law Review*, 23 (2): 191–320.
- Docherty, Iain, Marsden Greg, and Anable Jillian. 2018. 'The Governance of Smart Mobility'. *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, 114–25.
- Ducuing, Charlotte. 2019. 'Chapter 8. Towards an Obligation to Secure Connected and Automated Vehicles "by Design"?' In *Security and Law*, 183–215. KU Leuven Centre for IT & IP Law Series.
- Emanuilov, Ivo. 2017. 'Autonomous Systems in Aviation: Between Product Liability and Innovation'. 7th SESAR Innovation Days. 8.
- Kalra, Nidhi, Anderson James, Wachs Martin. 2009. 'Liability and Regulation of Autonomous Vehicle Technologies'. California PATH Research Report. 75.
- Lawson, Stephanie J., Gleim Mark R., Perren Rebecca and Hwang Jiyong. 2016. 'Freedom from Ownership: An Exploration of Access-Based Consumption'. *Journal of Business Research*, 69 (8): 2615–23.
- Lohmann, Melinda Florina. 2016. 'Liability Issues Concerning Self-Driving Vehicles'. *European Journal of Risk Regulation*, 7 (2): 335–40.
- McCarthy, M, Seidl M., Mohan S., Hopkin J., Stevens A., Ognissanto F., Kathuria N., and Cuerden R. 2017. 'Access to In-Vehicle Data and Resources'. Publications Office of the European Union.
- Montero, Juan J., and Finger Matthias. 2017. 'Platformed! Network Industries and the New Digital Paradigm'. *Competition and Regulation in Network Industries*, 18 (3–4): 217–39.
- Oliva, Rogelio, and Kallenberg Robert. 2003. 'Managing the Transition from Products to Services'. *International Journal of Service Industry Management*, 14 (2): 160–72.
- Sánchez-Corcuera, Ruben, Nuñez-Marcos Adrian, Sesma-Solance Jesus, Bilbao-Jayo Aritz, Mulero Rubén, Zulaika Unai, Azkune Gorka, and Almeida Aitor. 2019. 'Smart Cities Survey: Technologies, Application Domains and Challenges for the Cities of the Future'. *International Journal of Distributed Sensor Networks*, 15 (6): 1-36.
- Schellekens, Maurice. 2016. 'Car Hacking: Navigating the Regulatory Landscape'. *Computer Law & Security Review*, 32 (2): 307–15.
- Stadler, Ruppert, Brenner Walter, and Hermann Andreas. 2018. 'Evolutions and Revolutions in Mobility'. In *Autonomous Driving: How the Driverless Revolution Will Change the World*, 3–36. Emerald Publishing Limited.
- Wagner, Gerhard. 2018. 'Robot Liability'. In *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 27–62. Hart Publishing.



Amandine CAYOL

Maître de conférences en droit privé, Université Caen - France

Le droit de la responsabilité civile et des assurances face au développement des véhicules autonomes

Introduction

L'entrée dans « l'ère du numérique » entraîne de profondes modifications des véhicules terrestres à moteur. Ces derniers sont désormais « connectés », collectant et échangeant de multiples données afin de faciliter la conduite^[1]. « Il s'agit de véhicules intégrant des dispositifs d'enregistrement de données permettant d'échanger des informations, soit avec le conducteur, soit avec les autres véhicules (V-to-V ou V2V), soit avec les infrastructures (V-to-I ou V2I) »^[2].

Les progrès techniques permettent même aujourd'hui le développement de systèmes automatisés se substituant (au moins en partie) au conducteur humain. Cinq catégories de véhicules peuvent ainsi être distinguées^[3]. Au niveau 0, la conduite est entièrement contrôlée par le conducteur, contrairement au niveau 1 où une partie des tâches est déléguée par ce dernier, lequel conserve toutefois la possibilité de reprendre à tout moment la maîtrise totale de la conduite^[4]. Les véhicules de niveau 2 ont une autonomie partielle, cantonnée à certains modes de conduite, en présence par exemple d'un système de « park assist ». L'autonomie peut être qualifiée de « conditionnelle » au niveau 3 : la

conduite est alors totalement déléguée au système, mais seulement dans certaines situations prédéterminées. Le véhicule est entièrement autonome aux niveaux 4 et 5, la seule différence étant la nécessité d'une activation et d'une désactivation du système par le conducteur au niveau 4^[5].

« Même si les principaux acteurs automobiles s'accordent à dire que le « véhicule autonome » devra être « connecté » pour pouvoir se déplacer en toute sécurité, la connectivité n'est pas intrinsèque à l'automatisation du véhicule, ce qui distingue le « véhicule autonome » du « véhicule connecté »^[6].

L'apparition de ces divers véhicules « intelligents » questionne quant aux règles applicables en matière de responsabilité civile et d'assurance^[7]. Les dispositions actuelles sont-elles adaptables à ces nouveaux moyens de transport ? L'adoption d'une réglementation spécifique est-elle au contraire nécessaire ?

Il convient en réalité de distinguer selon le degré d'autonomie du véhicule, les règles actuelles semblant transposables aux « véhicules connectés » (I), mais devant être en partie modifiées afin de prendre en compte la spécificité des « véhicules autonomes » (II).

1 LES « VÉHICULES CONNECTÉS »

Les « véhicules connectés » ne créent pas de véritable problème quant à l'application des règles du droit de la responsabilité civile et des assurances (A). Ils posent essentiellement question concernant la protection des données personnelles transmises (B).

■ A – L'application des règles classiques de la responsabilité civile et du droit des assurances

Un « véhicule connecté » est soumis à l'obligation d'assurance pesant, depuis 1958^[8], sur le propriétaire de tout véhicule terrestre à moteur. Aux termes de l'article L. 211-1 du Code des assurances, ce dernier est en effet un « véhicule automoteur destiné à circuler sur le sol et qui

peut être actionné par une force mécanique sans être lié à une voie ferrée ». Le fait que le véhicule soit connecté est sans incidence.

En cas d'accident de la circulation, la loi « Badinter » du 5 juillet 1985 est applicable, l'indemnisation des victimes incombant au gardien ou au conducteur. Le premier est défini comme la personne disposant de l'usage, du contrôle et de la direction de la chose au moment de la survenance du dommage^[9], une présomption simple de garde pesant sur le propriétaire^[10]. Les qualités de gardien et de conducteur sont très souvent confondues. Ce dernier vise en effet la personne qui, au volant, exerce une maîtrise sur le véhicule au moment de l'accident^[11]. Le contrôle du véhicule est le critère déterminant^[12]. Le fait que le véhicule soit connecté n'a aucune incidence^[13].

Si les règles classiques du droit de la responsabilité civile et des assurances sont donc applicables aux « véhicules connectés », ces derniers conduisent toutefois à l'émergence de nouveaux risques découlant des échanges de données. Une « cyber-attaque », c'est à dire une atteinte à des systèmes informatiques réalisée dans un but malveillant, est susceptible d'avoir pour cible des « véhicules connectés », ce qui devrait conduire au développement de contrats d'assurance de ces cyber-risques^[14], non couverts par l'assurance automobile obligatoire.

La victime de tels piratages ne pourra pas engager la responsabilité du gardien ou du conducteur du véhicule impliqué sur le fondement de la loi « Badinter », du fait de l'absence d'accident de la circulation. Défini comme un évènement soudain et fortuit, celui-ci ne peut pas consister en un dommage volontairement causé au moyen d'un véhicule terrestre à moteur^[15]. Une cyber-attaque pourra toutefois donner lieu à une indemnisation par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)^[16].

Les « véhicules connectés » soulèvent ainsi essentiellement des questions liées à l'échange de données.

■ B-La nécessité de protéger les données personnelles transmises

L'accès aux données collectées par les « véhicules connectés » présente un intérêt majeur pour les tiers « intéressés »^[17], notamment pour les assureurs, afin de réaliser des profilages comportementaux. Des contrats d'assurance prenant en compte la qualité de conduite se développent déjà : les assurances « pay as you drive ».

Afin de préserver les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, le traitement des données à caractère personnel a été encadré en France dès 1978^[18], puis par l'Union européenne en 1995^[19]. Les textes applicables en la matière ont été récemment modifiés avec l'adoption du RGPD^[20], lequel a remplacé la directive de 1995 depuis le 25 mai 2018.

Seules y sont soumises les données collectées par les « véhicules connectés » présentant un caractère personnel, c'est à dire « se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (...) par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'immatriculation, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »^[21].

En outre, seules sont concernées les données faisant l'objet d'un traitement par un tiers^[22], ce qui n'est pas le cas, selon la CNIL, des traitements de données de type « in in »^[23], où « les données ne sortent pas du véhicule, sont sous l'entière maîtrise de l'utilisateur et ne sont pas fournies à qui que ce soit d'autre »^[24]. Est également exclu du champ d'application du RGPD le traitement de données « par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales »^[25].

En vertu du RGPD, les données doivent être « traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée »^[26]. Pour être licite, un traitement doit être fondé sur l'une des six bases légales prévues par l'article 6 du RGPD. Concernant l'utilisation d'un « véhicule connecté », le traitement pourra par exemple être nécessaire à l'exécution d'un contrat de transport, imposé par une obligation légale, ou consenti par la personne concernée. L'exigence de transparence impose de fournir à cette dernière de nombreuses informations^[27]. On peut supposer qu'elles seront indiquées dans le manuel du véhicule, voire affichées sur l'écran de contrôle à intervalles réguliers^[28].

Par ailleurs, les données doivent être « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités »^[29]. Le principe de minimisation des données impose de cantonner la collecte à ce qui est nécessaire au regard des finalités du traitement^[30]. La protection est encore accrue concernant les données à caractère personnel dites « sensibles »,

[4] Par ex. en présence d'un régulateur de vitesse.

[5] Au niveau 5, l'humain n'intervient que pour indiquer sa destination.

[6] I. Vingiano-Viricel, op. cit., n° 2, p. 4.

[7] Dossier spécial : voiture connectée et voiture autonome, RLDI janv. 2017, p. 50.

[8] L. n° 58-208, 27 févr. 1958.

[9] Ch. réunies, 2 déc. 1941, « Franck ».

[10] Civ. 2, 6 janv. 1993, n° 91-13.434.

[11] Civ. 2, 14 janv. 1987, n° 85-14.655.

[12] Civ. 2, 29 juin 2000, n° 98-18.847 : un moniteur d'auto-école doit être qualifié de conducteur.

[13] Un GPS, par exemple, constitue seulement un processus d'aide à la décision, lequel se contente de faire des propositions dont l'utilisateur dispose à sa guise. Au contraire, le système automatisé ne nécessite pas d'intervention humaine, même si l'utilisateur garde la possibilité de le stopper (par ex. un limiteur de vitesse) : L. Mazeau, « Intelligence artificielle et responsabilité civile », Revue pratique de la prospective et de l'innovation, avril 2018, dossier 6, n° 2.

[14] I. Vingiano-Viricel, op. cit., n° 34, p. 43.

[15] Civ. 2, 30 nov. 1994, n° 93-13.399.

[16] I. Vingiano-Viricel, op. cit., n° 50, p. 59.

[17] Th. Douville, « Les dangers de la collecte des données de santé par les tiers intéressés », JDSAM 2018, n° 20, pp. 12-16.

[18] L. n° 78-17 du 6 janvier 1978.

[19] Dir. n°95/46/CE du 24 octobre 1995, transposée en droit interne par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004.

[20] Règlement européen (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil de l'Union européenne du 27 avril 2016, dit « Règlement général sur la protection des données ».

[21] RGPD, art. 4.

[22] RGPD, art. 2, c).

[23] Pack de conformité

telles les données de santé, pour lesquelles le principe est celui de l'interdiction de tout traitement. Des exceptions sont toutefois prévues par l'article 9 du RGPD, notamment lorsque la personne concernée a expressément consenti au traitement^[31] ou lorsque celui est « nécessaire la défense des intérêts vitaux de la personne concernée »^[32].

2 LES « VÉHICULES AUTONOMES »

Le développement de l'autonomie des véhicules impose une adaptation du droit de la responsabilité civile et des assurances (B), certains allant même jusqu'à envisager la reconnaissance d'une personnalité juridique des intelligences artificielles afin d'engager leur propre responsabilité (A).

■ A – La tentation de consacrer leur personnalité juridique

Une extension de la personnalité juridique aux « véhicules autonomes » et, plus largement, aux intelligences artificielles (IA) pourrait être justifiée par leur autonomie décisionnelle. Une transposition de la théorie de la réalité technique des personnes morales est parfois envisagée^[33] : les IA pourraient alors être identifiées par un numéro d'immatriculation et dotées d'un capital afin d'indemniser les préjudices causés.

Leur accorder la personnalité juridique contribuerait cependant à obscurcir la distinction entre les personnes et les choses juridiques^[34]. Jusqu' alors, « l'existence d'une volonté libre apte à s'engager demeure en effet la caractéristique commune à toutes les personnes »^[35]. Création de l'homme, l'IA n'a pas d'intérêt distinct^[36].

La personnalité juridique des IA serait en outre dangereuse : retenir la capacité de réflexion comme critère d'attribution risquerait de poser des problèmes éthiques en cas de transposition aux personnes physiques, une remise en cause de la personnalité juridique des êtres humains dénués d'autonomie décisionnelle pouvant être crainte^[37].

Elle est, enfin, inutile, le patrimoine des IA étant nécessairement alimenté par des sommes versées par une personne physique ou morale^[38]. Ne serait-il pas plus simple de s'en tenir à une action en responsabilité civile contre les personnes

devant répondre de l'IA ? Le droit « classique » de la responsabilité civile et des assurances semble en effet susceptible d'être adapté afin d'appréhender les dommages causés par des IA, notamment par des « véhicules autonomes ».

■ B-La possible adaptation des règles classiques de la responsabilité civile et du droit des assurances

Les « véhicules autonomes » sont concernés par l'assurance obligatoire, laquelle pèse sur toute personne souhaitant « faire circuler » un véhicule terrestre à moteur^[39]. Aucune référence n'étant faite par les textes à la notion de « conducteur », l'absence totale de contrôle de la conduite est sans incidence^[40].

La circulation de tels véhicules se heurte toutefois à l'heure actuelle aux dispositions de la Convention de Vienne du 8 novembre 1968, lesquelles requièrent la présence d'une personne humaine. Si un amendement, entré en vigueur le 23 mars 2016, a certes autorisé les systèmes embarqués ayant une incidence sur la conduite^[41], l'exigence d'un conducteur maîtrisant le véhicule a été maintenue^[42].

L'application de la loi « Badinter » aux accidents impliquant un « véhicule autonome » ne pose pas de problème lorsqu'un être humain conserve la possibilité de reprendre le contrôle de la conduite. « L'individu, bien qu'il soit effectivement dessaisi d'une partie de l'activité de conduite, conserve une forme de maîtrise intellectuelle se concrétisant dans la surveillance de l'environnement de conduite ou du système »^[43]. Le décret du 28 mars 2018 affirme en ce sens que, « lors de l'activation des fonctions de délégation de conduite, une personne assure, en qualité de conducteur, la conduite du véhicule »^[44].

Un recours de l'assureur du conducteur ayant indemnisé la victime serait toutefois ensuite envisageable contre le producteur du véhicule sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux^[45]. Afin de déterminer avec certitude la source de l'accident, un système d'enregistrement des données de conduite pourrait être utilisé^[46]. Un tel report, in fine, de la charge financière sur les constructeurs automobiles aura probablement une incidence en termes d'assurance. « Loin de mettre à l'épreuve le seul modèle de l'assurance automobile, les véhicules autonomes invitent dès lors à repenser la couverture assurantielle des risques liés aux produits défectueux ainsi que l'articulation entre ces deux garanties »^[47].

« véhicules connectés », p. 19.

[24] L. Andreu (dir.), Des voitures autonomes – Une offre de loi, Dalloz, 2018, n° 04.64, p. 162.

[25] RGPD, art. 2, d).

[26] RGPD, art. 5, §1, a).

[27] RGPD, art. 12 et s.

[28] L. Andreu, op. cit., n° 04.72, p. 164.

[29] RGPD, art. 5, §1, b).

[30] RGPD, art. 5, §1, c)

[31] RGPD, art. 9 §2 a)

[32] RGPD, art. 9 §2 c)

[33] A. Bensoussan et J. Bensoussan, Droit des robots, Larcier, 2015, p. 42.

[34] A. Bensamoun et G. Loiseau, « L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps », Dalloz IP/IT 2017, p. 239.

[35] F. Dekeuwer-Défossez, « La notion de personne : tentative de synthèse », D. 2017, p. 2046.

[36] G. Loiseau, « Du robot en droit à un droit des robots », JCP G. 2014, n° 48, doct. 1231.

[37] J.-R. Binet, « Personnalité juridique des robots : une voie à ne pas suivre », Dr. de la famille 2017, n° 6, repère 6.

[38] A. Vial, « La qualification juridique de l'intelligence artificielle : du silicium à la personne ? », Rev. Dr. et affaires 2018, n° 15, p. 4. S. Bernheim-Desvaux, « L'objet connecté sous l'angle du droit des contrats et de la consommation », Contrats, conc. conso. 2017, n° 1, étude 1.

[39] C. assur., art. L. 211-1.

[40] I. Vingiano-Viricel, op. cit., n° 21, p. 33.

[41] Art. 8, § 5 bis.

[42] Art. 8 et 13.

[43] L. Teresi, M. Rakotovahiny et S. Jambort, « Incidences des systèmes de conduite automatique sur les responsabilités civiles et pénales », JCP G janv. 2019, doct. 83, n° 13.

[44] D. n° 2018-211, 28 mars 2018.

A terme, si des « véhicules autonomes » pouvaient circuler sans aucun être humain contrôlant la conduite, une adaptation de la notion de gardien ou de celle de conducteur serait nécessaire^[48].

Une première piste pourrait être offerte par la distinction jurisprudentielle entre la garde de la structure et celle du comportement^[49] concernant les choses dotées d'un dynamisme propre : le « gardien de la structure » répond des dommages résultant de vices internes de la chose, et le « gardien du comportement » de ceux découlant de son usage. Une transposition aux « véhicules autonomes » serait, selon certains, envisageable^[50] selon la source du dommage : défaillance du système automatisé ou mauvaise utilisation d'un véhicule non vicié. Recourir à une telle distinction est toutefois difficilement compatible avec la directive de 1985 relative à

la responsabilité du fait des produits défectueux. La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que ce régime est d'application exclusive^[51] et ne peut pas être concurrencé sur ce qui fait sa spécificité, c'est-à-dire l'instauration d'une responsabilité sans faute pour défaut de sécurité, ce qui semble bien être le cas d'une action contre le gardien de la structure^[52].

Une seconde solution serait de retenir une qualification de conducteur par détermination de la loi^[53]. La loi allemande assimile ainsi depuis 2017 l'utilisateur au conducteur^[54]. La loi « Badinter » pourrait rester applicable en qualifiant de conducteur celui qui active une fonction de conduite automatisée et l'utilise, même s'il ne la contrôle pas personnellement. Il pourrait ensuite se retourner contre le fabricant en cas de produit défectueux ou de vice caché.

[45] R. Gola, « L'adaptabilité de la règle de droit face à l'émergence des véhicules connectés et autonomes », RLDI janv. 2017, p. 59.

[46] D. n° 2018-211, 28 mars 2018, art. 11.

[47] L. Andreu, op. cit., n° 02-04, p. 63.

[48] Optant pour un nouveau régime inspiré de la responsabilité du fait des animaux : A. Auger-Vigneron, « Quatre freins à la mise en circulation de la voiture autonome », Expertises février 2019, p. 68.

[49] Civ. 2, 5 janv. 1956, n° 56-02.126.

[50] I. Vingiano, « Quel avenir pour le « conducteur » d'une « voiture intelligente » ? », LPA 1 déc. 2014, p. 6, n° 15-16.

[51] CJUE 25 avril 2002.

[52] L. Andreu, op. cit., n° 02-171.

[53] L. Andreu, op. cit., n° 01.72.

[54] Loi fédérale du 16 juin 2017 qui assimile au conducteur « celui qui active une fonction de conduite hautement ou totalement automatisée et l'utilise pour la commande du véhicule, même s'il ne le contrôle pas personnellement dans le cadre d'une utilisation conforme de cette fonction ».



Aurélia MIRAS

Doctorante Université Aix-Marseille et auprès de l'institut de recherche VEDECOM

Véhicule autonome et droit pénal

Introduction

L'avènement des véhicules à délégation partielle ou totale de conduite va bouleverser notre ordonnancement juridique notamment sous l'angle pénal, restant à ce jour pas ou très peu réglementés.

En effet, le droit pénal reste en marge de cette évolution technologique puisqu'il se réfère encore aujourd'hui au seul conducteur stricto sensu. De tels desseins nécessitent alors une évolution rapide de notre droit positif, ambitions que la loi pour la croissance et la transformation des entreprises^[1] (PACTE) a su retranscrire.

Des interrogations se posent donc, notamment autour de la détermination du responsable pénal lorsque l'infraction est commise alors que le système de délégation de conduite étant activé.

Il conviendra d'analyser d'une part, le cadre législatif français actuel qui prévoit la responsabilité pénale et ses modalités d'engagement à l'occasion d'un accident routier (I) impliquant un

«véhicule autonome». Et d'autre part, les précisions apportées par la loi PACTE sur le plan pénal à l'occasion d'une infraction impliquant ce type de véhicule (II).

1 LE DROIT POSITIF DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

En vertu des dispositions du Code de la route ainsi que du Code pénal il semble que le conducteur soit tenu pénalement pour responsable dans tous les cas d'usage d'un accident routier (B). Or, le Code de la route prévoit, à côté de celle de l'automobiliste, la responsabilité pénale du conducteur et du titulaire du certificat d'immatriculation (A).

■ A – La responsabilité pénale du titulaire du certificat d'immatriculation

Code de la route et responsabilité du certificat d'immatriculation. Face aux nécessités notamment de la lutte contre l'insécurité routière, le législateur a encadré la responsabilité pénale du conducteur et du titulaire du certificat

d'immatriculation^[2]. Ce dernier est responsable pécuniairement des infractions commises, au titre des articles L.121-2 et L.121-3 du Code de la route. Il n'est question ici que d'une obligation pécuniaire et non pas d'une peine, le titulaire du certificat d'immatriculation n'est ainsi pas traduit comme le coupable de l'infraction.

Responsabilité pénale personne morale par le Code de la route. Le troisième alinéa de l'article 121-3 dudit Code prévoit que lorsque le certificat d'immatriculation est établi au nom d'une personne morale la responsabilité pécuniaire prévue par l'alinéa 1er du même article incombe au représentant légal de la personne morale. Ainsi, le représentant légal de la personne morale est tenu de procéder au paiement de l'amende et ce, sans pour autant dénoncer l'utilisateur du véhicule de l'entreprise ou en arguant l'impossibilité de désigner l'auteur des faits. Toutefois, depuis la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle^[3] le représentant légal de la personne morale a l'obligation de

[1] L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO 23 mai 2019, texte n°2.

[2] C. pen., art. L. 121-1, L. 121-2 et L. 121-3.

[3] L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, JO 19 nov. 2016.

[4] C. route, art. L. 121-6.

[5] Cass. crim., 22 janv. 2019, n° 18-81.317, Inédit.

[6] H. Makhoulouf, « Infraction de non-dénonciation du conducteur : la Cour de cassation siffle la fin du match », Village de la justice, 1^{er} fév. 2019.

[7] C. route, art. 121-1, D., Commentaire.

[8] C. Route, art. R. 412-6 et Conv. Vienne, art. 855 et 13 - I. Vingiano, « Quel avenir... », op. cit.

communiquer l'identité de la personne physique^[4] qui conduisait au moment de la survenance de l'infraction pour éviter toute impunité, notamment dans le cas du retrait de points. De plus la chambre criminelle de la Cour de cassation^[5] a récemment énoncé qu'en cas de constatation de l'infraction de non communication de l'identité et de l'adresse du conducteur, les poursuites pourront être engagées tant contre la personne morale que contre son représentant. La Cour de cassation introduit ainsi une double-amende non seulement pour la personne morale mais aussi pour le représentant légal de la personne morale^[6].

■ B-Le cadre juridique de la responsabilité pénale du conducteur.

La responsabilité du conducteur sous l'angle du droit pénal : le principe de responsabilité du fait personnel. L'article 121-1 du Code pénal pose le principe de responsabilité du fait personnel selon lequel : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Le principe en la matière suppose donc que l'autorité poursuivante soit en mesure de démontrer que la personne qu'il poursuit est effectivement celle qui conduisait le véhicule utilisé lors de la commission de l'infraction et qui a commis la faute engendrant ladite infraction. Ce principe de responsabilité du fait personnel pourrait s'appliquer tant aux autres utilisateurs du véhicule qu'au conducteur du véhicule à délégation de conduite, en d'autres termes au véritable auteur de la faute pénale. Cette perception de la responsabilité peut, par exemple, poser problème lorsque l'accident a été causé par le système de pilotage automatique alors que le conducteur était en état d'ébriété. Le fait fautif provenant du système et non du conducteur la responsabilité pénale devrait donc être imputée au système. La question sera de savoir si le conducteur est pénalement responsable de l'accident. Dans la mesure où la législation fait encore référence au conducteur et que les textes pénaux sont d'interprétation stricte le conducteur pourrait rester pénalement responsable. De même, dans l'hypothèse où la voiture ne s'arrête pas alors même qu'un policier somme le conducteur de stopper le véhicule. Le conducteur qui endossera-t-il la responsabilité de cette infraction ? Ainsi, il est clair que le conducteur sera, dans toutes les hypothèses, retenu pour responsable pénalement d'un accident impliquant un véhicule à conduite déléguée alors même que la délégation était active au moment de la collision.

La responsabilité pénale du conducteur dans le Code de la route. L'article L.121-1 dit Code

de la route fait reposer la responsabilité pénale sur le conducteur du véhicule terrestre à moteur lorsque l'accident est causé par le véhicule dont il a la maîtrise^[7]. Cette disposition n'est que la répétition du principe de responsabilité du fait personnel érigé par l'article 121-1 du Code pénal. L'ajout du qualificatif de « conducteur » au sein du Code de la route va permettre d'appliquer cette disposition à son encontre pour les infractions routières. Toutefois, dans la mesure où les textes doivent être appréciés strictement cet ajout ne permettra d'opposer cette responsabilité qu'au seul conducteur puisqu'à la lettre de ce texte il est le seul auquel on fait référence. L'article L.121-1 du Code de la route semble ainsi laisser subsister une lacune, celle d'exclure les autres usagers comme potentiels responsables. Une contradiction apparaît puisque la technique établie souhaite, au contraire, faciliter la tâche du conducteur en déléguant la charge de conduite à un système et en le laissant s'adonner à d'autres activités que la conduite.

La loi PACTE n'a pas manqué de se saisir de ce souci d'acceptabilité en introduisant deux nouveautés longtemps attendues, dans le cadre de l'expérimentation, concernant non seulement le conducteur mais aussi le titulaire de l'autorisation de l'expérimentation (II).

2 L'INCIDENCE DE LA LOI PACTE

La loi PACTE modifie l'ordonnance du 3 août 2016 relative à l'expérimentation des véhicules à délégation de conduite en insérant deux dispositions visant, d'une part, à remanier la responsabilité pénale du conducteur sous certaines conditions expressément exposées (A). Et d'autre part, à introduire la responsabilité pénale et pécuniaire du titulaire de l'autorisation de l'expérimentation (B) lorsqu'une infraction serait commise à l'occasion de l'expérimentation de ces dits véhicules.

■ A – La responsabilité pénale du conducteur d'un véhicule à conduite déléguée

Une responsabilité pénale du conducteur réaffirmée par la loi PACTE pendant la conduite d'un véhicule à délégation de conduite. La loi nouvelle entérine la responsabilité pénale du conducteur dans certaines situations. L'article 2-1 al.2 de la loi PACTE prévoit que le conducteur reste pénalement responsable

[9] G. Le Chatelier, S. Duraffourg, « Le point sur... Les véhicules autonomes », AJ Collectivités Territoriales, 2019, p.333.

[10] I. Vingiano, « Quel avenir juridique... », op. cit.

[11] I. Vingiano, « L'amendement à la Convention de Vienne : un pas de plus vers l'introduction des véhicules à conduite déléguée », RGDA, 2016, n°05, p.231 - Cass. 2^e civ., 14 janv. 1987, n°85-14655 : Bull. civ. II, n°2.

[12] Cass. 2^e civ., 31 mai 2000, n°98-21203 : Bull. civ. II, n°91. - C. Maury, « Controverses sur la notion de « conducteur », D., 2005, p.938.

[13] Ph. Le Tourneau, « Droit de la responsabilité et des contrats », D. Action, 2010-2011, n°8134. - C. Pastor, « Le conducteur est celui qui a la maîtrise du véhicule », Argus de l'assurance, 2013, n°0853.

[14] M. Bénéjat, « Le droit pénal des véhicules autonomes : éléments d'actualité », D. Actu, 2019.

[15] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

[16] Hormis les sociétés en formation et les sociétés procédant à une fusion-absorption.

[17] à l'exclusion de l'Etat et seulement pour les infractions commises dans l'exercice des activités pouvant faire l'objet d'une délégation de service public.

[18] Sénat, « Proposition de loi relative à la définition des délits non-intentionnels », 2019 - <https://www.senat.fr/rap/199-177/199-1771.html>.

[19] M. Bénéjat, « Le droit pénal des véhicules autonomes : éléments d'actualité », D. Actu, 2019 - V. not. J. Consigli, « La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation », RSC, 2014.

[20] L. n° 2016 - 1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, JO 19 nov. 2016.

durant la conduite expérimentale d'un «véhicule autonome» lorsque le système algorithmique est désactivé, lorsque le conducteur s'abstient de reprendre la main du véhicule^[8], et enfin lorsque le conducteur ignore le fait que les conditions d'utilisation du système de conduite ne sont plus réunies. Ainsi, si l'une des situations visées par la loi se produit, le conducteur engagera de nouveau sa responsabilité pénale en vertu de l'article L.121-1 du Code de la route. Toutefois, dans la situation où le conducteur ne reprendrait pas la main dans le délai imparti et qu'un incident survient ce dernier verra tout de même sa responsabilité pénale engagée. De la même manière, une précision s'impose quant à l'ignorance du conducteur sur le fait que les conditions d'utilisation du système de délégation de conduite ne sont pas ou plus réunies. Ces circonstances évidentes^[9] visent à préciser que le conducteur doit pouvoir, en permanence, vérifier que les fonctions automatisées du véhicule soient en fonctionnement dans les limites de leurs contours et de la destination de leur utilisation. Le conducteur ne devra ni se montrer négligent face à ces circonstances évidentes nécessitant un contrôle manuel et visuel ni incapable de réagir en conséquence.

Une responsabilité pénale pour le conducteur à l'extérieur du véhicule à conduite déléguée en expérimentation. Le conducteur qui supervisera la conduite du véhicule expérimenté à l'extérieur de l'habitacle se verra lui aussi opposer le nouvel article 2-1 alinéa 2 dans toutes les situations énoncées ci-dessus. En effet, rien n'indique dans les textes que le conducteur doit se trouver à l'intérieur de l'habitacle. Au sens strict du terme, le conducteur est une personne physique qui contrôle un véhicule. De plus, l'article 1er de la Convention de Vienne définit le conducteur comme « toute personne qui assume la direction d'un véhicule automobile »^[10]. Toutefois, en application du principe de légalité des délits et des peines, le juge doit se soumettre à une analyse plus restrictive de la notion de conducteur afin de pouvoir imputer la responsabilité de l'infraction à celui-ci. Les juges ont pu estimer que le conducteur est la personne qui est au volant et qui exerce une maîtrise sur le véhicule au moment de l'accident^[11]. Néanmoins, le passager qui a saisi le volant en appuyant sur la jambe droite de la personne au volant a été considéré comme conducteur dans la mesure où il s'est immiscé dans la conduite en contrôlant le véhicule^[12]. De la même manière, le conducteur est celui qui « au moment de l'accident, a la possibilité de maîtriser les moyens de locomotion du véhicule terrestre à moteur, sur lequel il dispose des pouvoirs de commandement »^[13]. Ainsi, si le « conducteur-

superviseur » ne reprend pas le contrôle du véhicule dans le temps imparti lorsque le système le sollicite, s'il a la connaissance manifeste que les conditions d'utilisation du système ne sont pas ou plus remplies et si le système de délégation de conduite n'est plus actif sa responsabilité pénale sera recherchée.

L'exonération de la responsabilité pénale du conducteur par la loi PACTE. Un problème d'acceptabilité émerge concernant le cadre juridique des responsabilités lorsqu'un accident implique un véhicule à délégation partielle ou totale de conduite. La loi PACTE va régler cette interrogation dans son article 1251-3° en exposant explicitement l'exonération de la responsabilité pénale du conducteur. En effet, l'article 2-1 alinéa 1er nouveau de l'ordonnance de 2016 va permettre au conducteur de s'exonérer de sa responsabilité pénale lorsque le système de délégation de conduite est en fonctionnement ou préalablement activé conformément aux conditions d'utilisation du système algorithmique et qu'il informe le conducteur, en temps réel de sorte qu'il soit en état de connaître et d'observer les conditions de circulation et d'exécuter sans délai toute manœuvre en ses lieux et place. Par conséquent, si ces conditions sont réunies l'article L. 121-1 du Code de la route ne s'applique plus à l'encontre du conducteur.

■ B-La responsabilité du titulaire de l'autorisation de l'expérimentation

Les prémices d'une nouvelle responsabilité pénale par la loi pour la croissance et la transformation des entreprises. La loi PACTE instaure une nouvelle responsabilité pénale dans le cadre des expérimentations. L'article 1251-3° de ladite loi insère un nouvel article 2-2 au sein de l'ordonnance du 3 août 2016 produisant un « transfert » de responsabilité pénale du conducteur vers le titulaire de l'autorisation lorsque le système de conduite déléguée est actif. D'une part, le titulaire devra commettre une faute dans la mise en place du système et c'est alors à cet instant que sa responsabilité pourra être recherchée. D'autre part, le titulaire de l'autorisation d'expérimentation devient alors pénalement responsable des infractions d'homicide ou de blessures involontaires dans les conditions de l'article 121-3 du Code pénal qui requiert, en cas de causalité indirecte, une faute délibérée à savoir une faute d'imprudence grave contrairement à la causalité directe qui ne nécessite qu'une faute simple^[14]. Pour que la responsabilité pénale du titulaire soit engagée il devra violer de façon délibérée et consciente une règle de prudence et de sécurité de l'autorisation

administrative en continuant les expérimentations en toute connaissance de cause. Par conséquent, si un accident impliquant un véhicule à délégation de conduite en expérimentation et faisant ressortir des dommages corporels survient mais qu'aucune faute n'a été commise concernant la mise en œuvre du système de conduite déléguée, le conducteur pourrait redevenir de facto responsable pénalement de cet accident. Ainsi, l'engagement de cette nouvelle responsabilité pénale pourrait n'être applicable que très rarement et ainsi n'être que purement fictive et peu fructueuse.

Responsabilité de la personne morale, titulaire de l'autorisation de l'expérimentation. En vertu de l'article 121-2 du Code pénal^[15], les personnes morales de droit privé^[16] et les personnes morales de droit public^[17] peuvent voir leur responsabilité pénale engagée. Pour ce faire, cette responsabilité doit être prévue par un texte ; une infraction doit avoir été commise par un organe ou représentant de la personne morale et enfin, l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale^[18]. L'alinéa 4 de l'article 121-3 du Code pénal ne s'appliquant qu'aux personnes physiques et non aux personnes morales, la distinction concernant l'intensité de la faute en fonction de la causalité ne s'applique pas pour les groupements qui sont responsables de toute imprudence ou négligence de leurs organes ou représentants^[19]. Ainsi, la preuve d'une faute grave ainsi que d'une causalité directe/indirecte n'est pas nécessaire pour engager sa responsabilité pénale. Par conséquent, si le dirigeant, en sa qualité d'auteur indirect, se trouve responsable personnellement en raison d'une faute grave alors la personne morale sera, pour la même décision, responsable en tant qu'auteur direct sans avoir à prouver la gravité de la faute et inversement.

Création d'une responsabilité pécuniaire à l'encontre du titulaire de l'autorisation en cas d'infraction au Code de la route. La loi PACTE innove à nouveau en faisant peser une nouvelle responsabilité sur le titulaire de l'autorisation en cas de violation du Code de la route. En effet, l'article 2-2 nouveau de l'ordonnance de 2016 dispose que si la conduite d'un véhicule à délégation de conduite, dont le système est actif et fonctionne conformément aux conditions d'utilisation, contrevient à des règles dont le non-respect constitue une contravention, celui-ci est redevable du paiement des amendes. En l'espèce, si, à l'occasion des essais, le conducteur contrevient au Code de la route et commet une contravention, le titulaire de l'autorisation de l'expérimentation devra s'acquitter des amendes infligées.

Par conséquent, il semble que le conducteur sera toujours écarté lorsqu'une contravention sera commise durant la conduite de ces véhicules, en termes d'expérimentation.

Quid si le véhicule est conduit par un salarié du titulaire de l'autorisation de l'expérimentation ? En effet, si la contravention n'est pas commise par la personne morale mais par son salarié, celle-ci devra-t-elle payer la contravention laissant le salarié échapper à sa responsabilité pécuniaire ? L'article 121-3 alinéa 3 du Code de la route dispose que lorsque le certificat d'immatriculation est établi au nom d'une personne morale la responsabilité pécuniaire incombera au représentant légal de la personne morale alors même que la contravention a été commise par un salarié. Néanmoins, la loi J21^[20] a introduit l'article L.121-6 dans le Code de la route obligeant le représentant légal de la personne morale à communiquer l'identité de la personne physique qui conduisait lors de la commission de l'infraction afin d'éviter toute impunité notamment concernant le retrait de points. En conclusion, il reviendra au salarié de s'acquitter de la contravention lorsque l'infraction sera commise par lui. Aucun changement n'est nécessité par la conduite d'un système automatisé.

Autonomous Vehicles and the need for a road traffic control system. Lesson learning from aviation experience.



Cinzia INGRATOCCI

Professori Associati - University of Messina - Italy

1 AUTONOMOUS DRIVERLESS VEHICLES: A DEFINITION

Automation is at the core of scientific and cultural debate in this era and is of interest for law due to some very complex regulatory profiles, involving ethical, economic and social issues. Once again, transport law provides a field of experimentation for legal solutions adequate to support original and innovative human experiences.

Legal problems concerning technologically sophisticated vehicles are related to the level of automation.

The existing regulatory experience on vehicle circulation is focused on the behaviour of an agent (i.e. the driver), which can be oriented by a rule in order to obtain a safe result. If the agent does not comply with the rule or, in any case, if results expected from the precautionary rule are not achieved and some damage occurs, the agent is liable^[1].

Currently, many new car models incorporate advanced driver-assistance systems that are part of autonomous vehicle (AV) technology, such as forward collision warning, automatic emergency braking, adaptive lighting and cruise control, lane departure warnings, rear-view video systems and rear cross-traffic alerts. These systems support the driver, giving him or her information, which is useful for safety, but which does not substitute him/her.

According to the classification outlined by the U.S. National Highway Transport Safety Administration (NHTSA) in 2016, we can distinguish five levels of automation^[2]:

1. Level one indicates solutions for driver assistance. The vehicle can assist the driver

with some functions, such as adaptive cruise control etc.;

2. Level two indicates partial automation, which is a common situation where technology assists the driver, taking vehicle control in a few limited situations (lane centring). The driver has to monitor the vehicle and be ready to intervene;
3. Level three indicates «conditional automation» that concerns some driving modes, but with overall control and monitoring of the environment by the driver;
4. Level four means high automation for many driving modes when the vehicle is able to steer, brake, accelerate etc., but usually it cannot undertake dynamic decisions;
5. Level five is full automation for all driving modes. In this case, we can use the concept of autonomous or driverless vehicle.

Following the definition of self-driving car^[3], AVs are vehicles «with the capability to self-drive without being actively controlled or monitored by human operators», where the operator is the person who engages the technology.

Thus, any AV is an automated vehicle, driving itself without any human intervention, but automated vehicles are not necessarily autonomous.

What if an AV does something wrong or crashes? The presence of automation does not impact in itself on the legal paradigm of liability for damage resulting from road circulation^[4]. In the case of driver assistance devices (level 1 and 2), which operate in limited situations for a very short time under monitoring of a «supervisor» on board, it is possible to apply the general rules.

Fully automated vehicles will be completely different, as they do not have a driver/supervisor on board, nor people requested to be ready to intervene or alert at all times^[5].

[1] A. Davola, R. Pardolesi, In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto (driverless)? in *Danno e responsabilità*, 5, 2017, 619-629; S. Scagliarini, Smart road e driverless car nella legge di bilancio: opportunità e rischi di una attività economica «indirizzata e coordinata a fini sociali», in *Quaderni cost.*, 2, 2018, 497-500; C. Severoni, Prime considerazioni su un possibile inquadramento giuridico e sul regime di responsabilità nella conduzione dei veicoli a guida autonoma, in *Dir. trasp.* 2/2018, 340 ss; D. Cerini, Dal decreto smart roads in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative, in *Danno e resp.*, 4/2018, 401, and therein L. Butti, I. Rigo Tronconi, Decreto smart road quali profili di sicurezza?

[2] Level 0 indicates that there is no automation. USA Department of Transportation's - National Highway Traffic Safety Administration - NHTSA, Guide lines for the development and deployment of driverless vehicles, September 2016. See also Reference document with definitions of Automated Driving (WP.29) and the General Principles for developing a UN Regulation on automated vehicles, ONU, Economic and Social Council, 23 April 2018, World Forum for Harmonization of Vehicle Regulations. See also M. C. Gaeta, Automazione e responsabilità civile automobilistica, in *Resp. civ. previdenza*, 2016, 717.

These considerations give rise to very important questions on the adequacy of current law paradigms in governing these new phenomena. The issue on «who is liable in the event of an accident with an AV?» is not the core topic of this paper. I will just mention that there are different doctrinal positions that – considering the Self Driving System as a driver – attribute liability to the developer of technology or the product manufacturer, without prejudice to the position of the owner who, as in the case of manned vehicles, maintains a generic duty of care concerning the use of the vehicle and has to prevent damage that may derive from it^[6].

The debate is ongoing, but all agree that AVs probably need ad hoc legislation^[7].

The topic is - who manages risk related to the deployment of an AV in public road?

I would like to emphasize that the presence of AVs on public roads, which interact with traditional users, makes road traffic a complex system, as in the aviation and maritime sectors, characterized by specific risks due to unknown technology, to higher level of real time information sharing and to the high number of independent interactions between different operators.

It is obvious that safety of the overall system cannot be entrusted to the single driver diligence, as well as the reliability of a single artificial intelligence (AI) system, but rather depends on a fully integrated and “Cooperative Driving Architecture”, carefully designed and managed, that includes AVs, technological resources, smart-infrastructure and the sharing information network between all components.

As highly technological complex systems, aviation and maritime sectors are governed by a set of rules on safety, setting preventive measures to maintain the risk of the overall system at an acceptable level; the model includes an oversight structure (to ensure that individuals and organizations performing an activity comply with safety-related laws and regulations) as well as the implementation of traffic management and monitoring services, that assume a pivotal role with respect to safety, efficiency and environmental results.

The liability paradigm adopted in highly complex and technological systems, such as the aviation sector, includes a strict liability regime (and mandatory insurance) for the operators, with the aim to compensate damages also in the case of unexpected and unstoppable events or where it is not possible (or extremely difficult) to prove fault or negligent behaviours, and a model of culpable liability – usually including slight negligence – for the agent who is called on to manage the traffic and guarantee overall safety oversight.

Safety oversight forms part of the safety regulatory process aimed at ensuring that applicable safety regulatory requirements are met, also implementing monitoring services. Unless prescribed otherwise by international legislation, safety oversight in the aviation (and maritime) sector is a national responsibility.

Thus, the aviation (and maritime) experience suggests finding safety solutions and liability paradigms improving traffic management and monitoring systems to deal with complex issues that can stem from the implementation of AV circulation.

The air traffic control (ATC) service, especially for unmanned aerial vehicles could represent a viable tool from which regulators and lawmakers may find the way to ensure safety in AV road traffic – especially in city centres and crowded areas.

The aim of this paper is to attempt an evaluation of possible application – from a legal perspective – of ATC architecture and principles to a future AV Traffic Control.

2 AUTONOMOUS VEHICLES ADMINISTRATIVE REGULATION

With a view to deployment of AVs, implementation of a regulatory framework to maintain an acceptable level of risk for different users of the road is required^[8]. It includes the traditional function of vehicle registration, managing driver licensing and regulation of insurance.

The main issue remains the allocation of responsibility to manage relevant risk between different parties: owners, operators, passengers, manufacturers.

From a general point of view, the attraction of AVs for consumers comes from the promise that they will be safer than conventional ones. With this aim, AV developers are pursuing different strategies and technologies in their systems^[9], that make it difficult to compare vehicle safety across companies and to lay the basis for a regulation of competition in this sector. In any case, states are urgently requested to review the existing legislation, in the part in which it relies on the human driver for diligence in behaviour^[10]. The ongoing EU agenda is focused on smart automated mobility above all for the adoption of common rules on a European level, starting from the idea that different regulations will not allow the marketing of vehicles, as it would be nearly impossible for auto manufacturers to comply with them all^[11].

[3] For an overview see Italian Insurance National Association (ANIA), Smart roads, veicoli connessi ed autonomi. Mobilità e assicurazione nel prossimo futuro: Rc auto o Rc prodotti?, Discussion paper, October 2017, on www.ania.it

[4] According to Italian civil code (art. 2054) the driver, as well as the owner of the vehicle, is strictly liable for damages toward victims, resulting from circulation. The vehicle manufacturer can subsequently be held responsible for eventual damage caused by defects, based on the rules set out by the consumer code. According to the Italian Cass. Court, 9 March 2004, n. 4754, liability of the driver and the owner is joint and objective. On the contrary, the producer is liable for fault, due to product defect.

[5] V. Ilkova, A. Ilka (2017), Legal Aspects of Autonomous Vehicles – an Overview”, Proceedings of the 2017, 21st International Conference on Process Control (PC) Štrbské Pleso, Slovakia, June 6-9.

[6] On this argument, see Gary E. Marchant, Rachel A. Lindor, The Coming Collision between Autonomous Vehicles and the Liability System, 52 Santa Clara L. Rev. 1321, 1340 (2012); William J. Kohler, Alex Colbert Taylor, Current Law and Potential Legal Issues Pertaining to Automated, Autonomous and Connected Vehicles, 31, Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 99, 138 (2014); Frank Douma, Sarah Aue Palodichuk, Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles, 52, Santa Clara L. Rev., 1157, 1170 (2012).

[7] A. Herd, R2DFord: Autonomous Vehicles and the legal implication of varying liabilities structures, in *Faulkner Law Review*, 29, 2013, 58.

[8] Experimentation on autonomous cars has already been authorized in many States of America. L. Mc Christian, R. Corbett, Regulatory issues related to Autonomous vehicles (2016), in *Journal of insurance regulation*, 3, 1590. According to the National Highway Transportation Safety Administration (NHTSA) the Self Driving System are considered as the “driver” for liabilities purposes.

Starting from Directive 2010/40/EU on Intelligent Transport Systems (ITS)^[12], a phase of construction of fully integrated and innovative infrastructures has been launched: in the European vision, an autonomous driving system has become ever more a “network architecture” which includes self-driving cars, platforms for connecting and smart roads, to provide essential services, above all storing, processing and spreading information. Smart Roads are the most important element of the EU Cooperative ITS (C-ITS) plan^[13], as they establish the technological ecosystem that allows interoperability with new generation vehicles. Smart roads could become a milestone for the gradual replacement of the driver’s role with innovative driving technologies, as a «mediator between vehicle» and context, using information coming from both the internal environment (vehicle) and the external environment (traffic, weather) and processing it to maintain risk at an acceptable level^[14].

It is important to clarify that at this “test phase”, legislation of Member States that admit experimental circulation of automated vehicles, require a supervisor on board^[15].

Italy has recently allowed experimentation on automated vehicles with the enactment of the «Smart Road decree», aimed at creating a digitized road system capable of making vehicles and infrastructures interoperable through V2X technology (vehicles to everything)^[16].

The reference discipline for road circulation in Italy is established by legislative decree n. 285, 30 April 1992. After a long delay in starting with the digital revolution and experimentation of AVs, on December 27th 2017 law n. 205 (Art. 1, par. 72)^[17] allocated funding to make national infrastructures - included in the TEN-T network, as well as all highways - digital and connected (smart-roads)^[18]. This rule sets the legal basis for the detailed administrative regulation, implemented with Ministerial Decree 28 February 2018, on «Implementing methods and legal instruments for road testing of smart road and connected and automatic driving solutions»^[19].

The «Smart Road» decree defines a vehicle with autonomous driving as «a vehicle equipped with technologies capable of adopting and implementing driving behaviours without the active intervention of the driver in certain road areas and defined external conditions» (art. 1, let. f).

A vehicle equipped with one or more driver assistance systems, which requires continuous active participation by the driver in driving activity, according to this legislation is not considered an autonomous driving system. It should be noted, however, that in the Italian decree, the distinction is not clear regarding the

difference between ‘automatic’ (Level 4) and ‘autonomous’ (Level 5).

The decree allows the experimentation of autonomous driving vehicles on public roads, subject to a specific procedure that involves different subjects as National Transport Authority, bodies authorized to experiment (manufacturer, independent developers such as universities, research institutes), infrastructure manager, called to issue an authorization for experimentation on his/her road.

To obtain authorization for experimentation, producers must demonstrate that they have respected all precautionary rules as outlined in the Ministerial Decree^[20]. Vehicles are registered and identified by a special symbol.

During the testing phase, the authorization holder must fulfil a set of obligations: he must identify interaction between the vehicle and external obstacles, identify risks associated with use of the vehicle and illustrate the countermeasures put in place to the competent authority; install protections to prevent unauthorized access to the system; satisfy the insurance obligation. The authorization holder has also the obligation to report all anomalies that have involved the driverless system^[21]. In a future phase of commercial use, the position (and responsibility) of the authorization holder will, probably, be on the owners of driverless vehicles or commercial users.

According to the above-mentioned decree, experimental circulation requires a supervisor at all times. This is «the occupant of the vehicle who has always to be able to take control [...] regardless of the degree of automation, at any time the need arises [...] and that, therefore, is responsible for the circulation of the vehicle». When he/she takes command, in manual mode, he is the driver (art. 1, let. j), but he is responsible for the vehicle both in automatic and manual mode (art. 10.2).

A Smart Road is road infrastructure in which a transformation process has been completed, aimed at introducing platforms for observation and traffic monitoring, data and information processing models, advanced services to be provided to infrastructure managers, public administration and road final users (art. 2). Thus, the road is smart if, and to the extent that, it provides ITS mobility services, failing which it would be a “simple road”. Therefore, the core mission of the manager is to guarantee these services which allow to consider him/her as a service provider^[22].

The aim of this transformation is to implement a «tried and tested system» able to acquire knowledge of traffic flows, for safety purposes, traffic management and interoperability,

[9] Tecla, Google and, in EU, Audi, Mercedes are considered independent developers that are not manufacturers.

[10] The 1968 United Nation Vienna Convention on Road Traffic, 8 November 1968 (in United Nation, Treaty Series, vol. 1042) requires that every vehicle has a driver on board. According to new comma 5bis. The on-board systems that affect the driving of the vehicle are considered to comply with paragraph 5 of this article and with the first paragraph of article 13 if they comply with the provisions on construction, assembly and use set forth in international legal instruments relating to wheeled vehicles and the equipment and components assembled and/or used on them. On-board systems that affect the driving of the vehicle and do not comply with the aforementioned provisions on construction, assembly and use are considered to comply with paragraph 5 of this article and the first paragraph of article 13 if they can be neutralized or deactivated by the driver. According to Art. 13, first paragraph, every driver of a vehicle shall in all circumstances have his vehicle under control so as to be able to exercise due and proper care and to be at all times in a position to perform all manoeuvres required of him.

[11] European Commission, Communication “On the road to automated mobility: An EU strategy for mobility of the future”, Brussels 17 May 2018, 283 final.

[12] Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the framework for the deployment of Intelligent Transport Systems in the field of road transport and for interfaces with other modes of transport.

[13] On 30th of November 2016 the European Commission adopted a «European Strategy on Cooperative Intelligent Transport Systems (C-ITS)», a milestone initiative towards cooperative, connected and automated mobility.

[14] According to the concept, the AI must be built on the knowledge that can derive from an information system partly based on a road-side sensors

providing “priority” services according to EU legislation^[23]. Using V2I technology, the cooperative system can provide information, but also safety-useful services to on-board devices or to users’ smart phones, in real time. Starting from predictive navigation solutions, it is possible to provide a broader set of services, such as dangerous goods monitoring and management of traffic flow.

The «tried and tested system» is an entire set which includes the vehicle with automatic driving (authorized for experimentation), a supervisor and all systems that contribute to the experimentation «including monitoring systems, registration and systems of communication and interaction with the supervisor» (art. 1, lett. k).

3 PUBLIC TRAFFIC MANAGEMENT OF MIXED ROAD TRAFFIC

As we have already said, communication between vehicles, infrastructures and other users is considered of pivotal importance to improve safety of autonomous driving vehicles, where they will integrate with traditional road users. For this reason, connectivity and cooperation are considered prerequisites for secure automation and represent the first investment made by those States that have started experimentation. According to the provision of the Italian Smart Road decree, the key to success of the system is to get superior situational awareness.

Thus, the implementation of driverless vehicles poses, above all, a problem of regulation, not only with regard to the use of these vehicles on public roads^[24], but also for the identification of a figure who has the duty of care for the overall efficiency of the Autonomous Driving System, being responsible for safety oversight.

Starting from the idea that the possibility of a collision is very low in a reliable autonomous driving system, i.e. Level 5, the implementation of AVs suggests that, in the near future, safety risk assessments will depend on factors (such as cyber security and computer failure) that have a marginal impact in liability today.

From an operative perspective, AVs should be capable of self-learning rather than merely following instructions. They are programmed to make autonomous decisions according to their experience, so their actions are not always completely predictable by their users^[25].

Programming autonomous vehicles to comply with all laws and regulations regarding the rules of the road is simple; on the contrary,

unpredictable events, where driving technology does not have all the knowledge to make a choice, could occur especially in the case of the coexistence of different driving models and users: the software may not have the full capacity, by itself, to manage unforeseen elements to support a decision regarding safety that deviates from the predetermined rules of driving:– for instance – where it is better to disregard the precautionary rules set up in the system (software) to get a safer result (or reduce the danger) in the case of a totally unexpected event^[26].

In these cases, it is not easy to conclude that technology fails, because actually, the technology worked correctly, nor can we use the culpable omission formula to find a liable entity, as it is quite hard to argue that technology can have a duty to do everything possible to prevent the event.

Future accidents will probably improve the awareness of the system every time.

In any case, having full traffic-situation awareness is probably the best solution to create – as soon as possible – safer, more efficient and environmentally friendly traffic.

As we know, traffic management has long existed also in road traffic, in a basic way (traffic lights on city streets), but the development and implementation of sophisticated integrated applications based on Intelligent Transport Systems (ITS) has expanded the scope and possible results of this function, including the management of transport networks to better organize the use of infrastructure and reduce negative environmental effects.

In the case of AVs, smart infrastructures can monitor the traffic by dialoguing with users and can integrate mobility management platforms to provide services for deviation of flows in the event of accidents, intervene on average speeds to prevent congestion and give suggestions of itineraries and lanes (re-routing), dynamic administration of accesses, supplies and parking. The abovementioned rules concerning the testing phase of automatic vehicles do not provide clear obligations and responsibilities for a monitoring traffic service, or a proper «road traffic control system».

From them, however, indications can be drawn about where the law is going.

According to the Italian Smart Road decree, the list of «minimum services» that the manager of Smart-Roads must provide consists of the basic elements of a traffic monitoring system including the collection, processing and distribution of traffic data.

It is important to clarify that the manager of the infrastructure (where an experiment is being carried out) must issue an express authorization

network and on the other hand based on other sources, including vehicles able to collect information through sensors and exchange them either directly to the road (or other vehicles) or to a third party from which the road procures information.

[15] See M.G. Losano, Il progetto di legge tedesco sull’auto a guida automatizzata, in Diritto dell’informazione e dell’informatica, fasc. 1, 2017, 1 ff.

[16] Italian Ministry of Infrastructure and Transport, Functional Standards for Smart Roads, Position Paper 22 June 2016.

[17] See Italian law, No.221, 2012, implementing the Directive 2010/40/UE.

[18] Exchange of information between driverless vehicles and infrastructure, pedestrians and devices, is made possible by an impressive technological development and by financing of equipment and facilities for high-rate data communication, wifi hotspots, connection services for “IT” and traffic and weather detection systems. The costs are borne by the concessionaire of the infrastructure, the service or the manager

[19] Italian Official Journal, 14 April 2018, n. 90.

[20] An Observatory is also established with the functions referred to in Art. 20

[21] The authorization includes the list of vehicles for which the trial is permitted, the accredited supervisors the ability of which to manage the situation has been verified. On problems related to this authorization with reference to the application of EU competitiveness rules, see Italian Antitrust Authority, opinion AS 1556 of 19 December 2018, in Boll. 2/2019.

[22] Manager guarantees the efficiency of the V2I, I2I and V2X communication, as well as the services to the users starting from the interoperability of the C-Road and C-ITS stations, ensured by compliance with technical specifications set at the EU level. Cooperative services are based on an open-access network.

[23] Defined in the delegated regulation in force since 31 December 2019.

for the activity. This is because during the tests the manager is requested to ensure the efficiency of the cooperative systems and make all collected data available for the authorization holder, as well as give information to the users on possible experiments through official communication channels or appropriate traffic signals^[27].

Infrastructure management must provide services related to road safety applications, traffic control, maintenance of infrastructures and superstructures (including traffic rules), monitoring of respect of the rules of circulation and of the use of infrastructures, as well as the preparation of data for issuing and collection of fines, application of tariffs and tolls and their collection. Infrastructure managers also provide traffic information directly to their users. To this end, they integrate conventional systems (variable message panels, radio and TV bulletins, web, etc.) with the new direct vehicle communication systems (V2I), using the appropriate platform^[28].

The utilities connected to smart road/driverless car mobility starts from performance analysis (as emerges from the historical data on circulation efficiency, safety data, data on infrastructure functionality), to perform traffic forecasts, identify possible management strategies, simulate the consequences and define coordinated and publicized intervention scenarios.

These utilities are at the basis of the new performance on operational management of traffic and parking, leading to making decisions for traffic management, as well as surveillance, sanctions and security services (which may include enforcement regarding the payment of tolls in free flow mode).

Thus, Smart Road represents the core element of this implementation, allowing authorities, operators and users to have better awareness of the overall traffic situation.

In conclusion, regulation related to the implementation of driverless circulation seems to indicate the smart road manager, as responsible for the implementation of network platform services, as a reference point for safety of automated road traffic system, entrusting him/her with a duty of oversight.

4 THE RELEVANCE OF A ROAD TRAFFIC MANAGEMENT SYSTEM: LESSONS LEARNED FROM AIR TRANSPORT

It would thus seem clear that a platform for the governance of AVs is an important means for solving future problems of traffic management in modern cities^[29].

Complete deployment of AV requires a safe system and probably also a Common Centre (cloud) in which all information transferred from AVs can be assessed and evaluated to enhance safety in real-time operations^[30]. Sharing of information between different service providers and road users, to provide remote assistance and control in a safe, reliable way becomes more and more essential.

But, what vision can we have of this road management network architecture?

Advanced traffic control systems, more and more based on sophisticated control apparatus, have been implemented from the beginning of civil aviation activities as a service (air traffic control - ATC) which was essential for the development of air transport under State responsibility, to provide infrastructural aid for navigation.

Due to the characteristics of flight, the pilot on board has a limited capacity for action with respect to external context conditions and cannot perceive the context where the flight takes place using only his own senses, needing adequate technology aids especially in congested areas.

For this reason, ATC is fully implemented and continuously updated, from a technological and regulatory point of view, in the aviation sector.

Apart from the current use of ATC for manned air vehicles, application with new technology, e.g. drones is now becoming of vital importance.

The ongoing work of international institutions and the EU towards the definition of an air traffic control function that allows the safe use of drones is of particular interest for our purposes. The U-Space project, developed by SESAR JU and launched in 2015-2016, does not represent a «passive» airspace, dedicated only to drones, but rather a set of services that will allow the drones to operate safely below 150 meters (500 feet) through an Automated traffic control system^[31].

ATC for remotely piloted vehicles will be regulated autonomously through the Unmanned Aerial Vehicles Traffic Management platform (UTM). The technology used aims to ensure the safety of the flight of drones out of the line-of-sight (BVLOS). The use of this space is based on sharing information on air operations in real time and

[24] On the amendment to art. 8 of the Vienna Convention, which allows control of the vehicle to be entrusted to a computerized system, see A. Di Rosa, Il legal framework internazionale ed europeo, cit.; for profiles inherent to the protection of personal data see M.C. Gaeta, La protezione dei dati personali nell'Internet of Things in Fonti dell'informazione e dell'informatica, II, 1 February 2018, 147.

[25] E.A. Rahim Dahiyat, From Science Fiction to Reality: How will the law adapt to self-driving vehicles? in Journal of Arts and Humanities, 7, 2018, 34-43.

[26] S. Li, H. Zhang, S. Wang, P. Li and Y. Liao, Ethical and Legal Dilemma of Autonomous Vehicles: Study on Driving Decision-Making Model under the Emergency Situation of Red-Light Running Behaviors, in Electronics (2018) 7, 264.

[27] This assumption generates a significant amount of data, which must be open and usable.

[28] First authorization to test driverless cars on public roads in Italy was issued by Ministry of Transport on 7 May 2019 and concerns specified streets in Turin.

[29] A joint public-private project (June 2017) was aimed at defining and proposing a traffic control cloud for automated vehicles with interfaces to vehicles, road authorities and city authorities, along with the associated information flows for connected vehicles.

[30] On 12 December 2016, Member States and the Commission officially launched the C-Roads Platform, an open platform to link C-ITS activities, develop and share technical specifications and test systems interoperability.

[31] Defined by the basic regulation (EU) 2018/1139 of 4 July 2018, Articles 55, 56, 57 and 58, as supplemented by delegated regulation (EU) 2019/945 and execution regulation (EU) 2019/947.

[32] We can distinguish open (a) specific (b) and certified (c) operations. Specific operations allow the drone flight (of any weight) Beyond Visual Line of Sight (BVLOS) at all altitudes.

follows its own rules, being separate, albeit interoperable, from that of manned vehicles.

The system can furnish four basic services (information, registration, electrical identification and identification of no-flight zones with an automatic ban on access – geo-fencing). The research is aimed at enabling computer planning of flights, real-time location and access to dynamic information capable of realizing a flight reorganization (2020).

During flight, the drone can exit its predetermined route to avoid obstacles or to comply with indications that it receives in real time, for example, because a certain area is subjected to geo-fencing. The drone is however always detectable because it continuously transmits its identifier. Enhanced services, such as operations in complex and widely populated areas, can be implemented.

All the control centres involved in flight management are able to simultaneously view the trajectory of the monitored vehicles, improving flow through the System Wide Information Management (SWIM) aeronautical information exchange network.

The philosophy behind the system is that the rules to be applied depend on the level of risk of each operation, even if carried out with the same machine^[32].

Even though the benefit of having a CTC platform that provides collaborative situational awareness is clear, the responsibility for operating the CTC remains to be further investigated.

Probably, it may be useful to look at the solutions already tested in air transport, where the use of automatic driver assistance systems has long been widespread.

At this stage of legislation, it seems that the reference point for the implementation of a Central control platform, to provide information and assistance services in a specific road segment, could be the road manager, by itself or contracting with independent providers.

According to the project developed by a public-private partnership in 2017, the architecture for a road traffic control system could consist in a Central Traffic Control (CTC) cloud, a number of OEM (Original Equipment Manufacturer)-clouds and external data sources. From an organizational point of view, it might be better to arrange a “federated network” of CTCs that can interact and cover adjacent areas (cities or nations) or even the same area (public and private roads). We can find the same infrastructure in the Common Information Sharing environment architecture, aimed at sharing information between authorities, qualified users and EU institutions to improve maritime surveillance; different access points in different countries can handle the possibility of

different providers for the same type of services in different areas.

What about liabilities?

The normative model indicates the person who knows and, therefore, can govern certain risks, as responsible for it.

The analysis of case-law concerning air transport shows that in the event of an accident, judges establish the level of guiltiness of the pilot in command, even in the case of the event probably caused by a malfunctioning autopilot^[33]; in any case, the pilot in command has to supervise at all time and the automatic pilot is considered a mere driver assistance apparatus. From a legal point of view, this solution can be extended also to remote pilot stations of drones which, under the Italian navigation code, are considered as aircraft. Also in the case of an accident concerning drones, the person responsible for the flight behaviour is still the pilot from a remote location (Issue ENAC Regulation No.2 of 16 July 2015, Revision 3 on 24 March 2017), but it is important to underline that the intervention of the UTM system, providing information able to allow the ATM operator to coordinate and integrate traffic, could result in liability of the operator for fault or gross negligence.^[34]

Scholars correctly outlined that a driverless vehicle is not simply an automatic vehicle, but an autonomous vehicle, that means it is able «to make decisions and is expected to be fully engaged from the start of the trip until its destination»^[35].

If this is true, the perspective from which we would like to examine the issue is different: the diffusion of remotely piloted aerial vehicles, the expected integration of these into spaces used by civil aviation and, above all, the use of these vehicles for the development of an Aerial Urban Mobility, make the two scenarios comparable from the viewpoint we have chosen, namely that of traffic regulation and management.

Italian jurisprudence identifies the duty of the air traffic controller to give indications and information to the pilot in command even if not required by him^[36]; sophisticated avionics on board and the proper functioning of this instrument at the moment of the event does not exempt the traffic control operator from informing the pilot of any dangerous or mistakes. In line with this approach, we can refer to the verdicts that concluded the process of the Linate air disaster of 8 October 2001, and the first and second degree sentences pronounced by the Court of Cagliari for the plane crash of 24 February 2004. According to the Court ruling, liability of the ATC personnel arises from their capability to prevent the event, as they were entrusted to managing the related risks.

[33] According to Belger v. Moore case, the equipment was intended to assist the pilot, not take over his responsibility for the aircraft: see A. Hera, cit., 40. The same solution, as Hera refers, in Richardson v. Bombardier, Inc. 2005, U.S. District Court, and in the Korean Air Lines Disaster, 156, F.R.D. The A. refers also on the same treatment in cases involving boating accidents where the auto-pilot system was in use.

[34] See ENAC ATM - 09 Circular, in force since 1 July 2019.

[35] A. Hera, R2DFord: Autonomous vehicles and the legal implication of varying liability structures, in Faulkner Law Review 29, 58 (2013).

[36] See Criminal Court of Cagliari, Section I, 23 June 1982; Court of Appeal of Cagliari, Criminal Section, 21 February 1984; Criminal Court of Cassation, 12 April 1985, n. 635.

Conclusion

Traffic control is a critical element in the safe and efficient operation of any transportation system. Operational procedures and physical devices (e.g., signs, markings, and lights) are the components of any traffic control system, that – in a traditional way – is organized around the figure of the operator: a driver (or pedestrian) in a roadway system, a pilot in aviation or maritime systems.

Today, traffic is the result of the behaviour of a large number of individual operators who collectively must make consistent decisions so that systems work safely and efficiently. Traffic management services, both in maritime and in air navigation, have the task of assisting a pilot in command who is the subject responsible for navigational safety by law. It must be said that, due to the complexity of maritime and air transport systems and to the inherent risk level, a gradual shift has been recorded of the guarantee positions inherent to vehicle safety and navigation from the driver to the subject who - in certain circumstances - appears better able to be aware of the traffic as a whole, as a typical element of risk, looking at all concurrent circumstances and external conditions.

The capacity of totally automated systems to make decisions in the presence of situations for which there is no reference «algorithm», or in the case of an ethics dilemma, appears more complex. In this sense, it seems that the Italian Smart Road decree clearly indicates the legislative intention to implement regulatory models able to limit the risk of unknown technology.

The examined legislation - even if relating to the mere experimental phase - plans a sort of «“human” second-level precautionary mechanism», in the on-board supervisor, and also in the Smart-Road manager. Thus, the on-board supervisor is a figure that will disappear, unless the (future) tested driverless technology asks to equip each driverless car with a remote manager (or imagine entrusting this function to a passenger!).

The figure that will acquire a growing level of control over the general system seems to be the network manager (who could be the Smart-Road manager or an independent provider), already capable of intervening with rational choices based on an overall view of the information transmitted by the «vehicle-infrastructure» system.

As in the Cooperative traffic management plan in the ATM, the Central Traffic Control platform provides solutions for optimising network planning through collaborative processes involving all actors and continuous information sharing.

In synthesis, the safety of driverless mobility depends on the organized connection of all groups of operators, such as suppliers and users of information, and on a traffic management architecture that entrusts the smart infrastructure manager with a duty of care in relation to specific and/or anomalous behaviours of the vehicle.

This is the direction of the safety regulatory system in the modes of transport briefly compared: creating a virtual space, delimited by a function which defines an architecture of services and utilities, dedicated to traffic management in function of safety, but not just for safety.



Frédéric LETACQ

Ingénieur d'études IDIT – France / Rédacteur en chef de Transidit

Le cadre juridique de l'emploi des drones à usage professionnel

Introduction

La France a toujours été un pays de premier ordre en matière d'aviation et de réglementation aérienne. La France est en effet à l'origine de la première convention internationale aérienne en 1919 pour consacrer le principe de la souveraineté des États sur leur espace aérien (Convention de Paris du 13 octobre 1919, portant réglementation de la navigation aérienne). Elle est aussi à l'origine de la convention de Varsovie relative au contrat de transport et à la responsabilité du transporteur aérien (Convention du 12 octobre 1929, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international) ou encore d'un code spécifique, dès 1955, entièrement consacré à l'aviation civile (Code de l'Aviation Civile).

Rien de très « drone » dans tout cela !

Aux hydravions et autres “Latécoère” du début du 19^e siècle, ont succédé les “caravelles” puis les avions hypersoniques à réaction et aujourd’hui on assiste à un développement spectaculaire des aéronefs sans personne à bord, autrement dit, des “drones” (en anglais: “RPAS” Remotely Piloted Aircraft System ou “UAV” Unmanned Air Vehicle).

Même si le terme drone ne figure pas expressément dans la réglementation française^[1] et qu’aucune décision de justice n’a encore statué sur son statut juridique, un drone est, à n’en pas douter, un aéronef. Comme un avion, un hélicoptère^[2], un ULM^[3], un drone est capable de s’élever ou de circuler dans les

airs ce qui suffit à le considérer comme un aéronef au sens du code des transports (art. L.6100-1: “Est dénommé aéronef, tout appareil capable de s’élever ou de circuler dans les airs”). La notion est si large qu’elle a été étendue à des engins très divers même dépourvus de moyen de propulsion propre, tel un planeur^[4], un deltaplane^[5], un parapente^[6] ou encore un parachute^[7]. Elle peut même s’appliquer à des jouets d’enfants et autres cerfs-volants capables, eux aussi, de s’élever ou de circuler dans les airs.

Un drone est donc un aéronef et plus exactement un “aérodyné” (dont la portance utilise les forces aérodynamiques de l’atmosphère)

sans personne à bord, télé piloté ou programmé, utilisé pour des missions diverses et réutilisable après récupération en fin de vol. Son utilisation relève par conséquent de la réglementation applicable à l’aviation civile, quelle que soit son usage (activité particulière, expérimentation, aéromodélisme), même s’il ne s’agit que d’un drone de loisir. Toutefois nos propos ne viseront pas spécifiquement ces derniers, de même que les drones relevant d’une activité militaire. Nous les consacrerons aux grandes lignes de la réglementation et à la responsabilité civile des opérateurs.

1 PÉRIMÈTRE DE LA RÉGLEMENTATION

La réglementation applicable au drone concerne toute personne impliquée dans la conception, la fabrication, l'utilisation ou la maintenance d'un drone civil utilisé dans le cadre d'activités particulières, à l'exclusion parfois de l'activité d'aéromodélisme à des fins purement de loisir^[8] et de celle d'expérimentation en vue de la mise au point des systèmes et de leur développement^[9]. Elle détermine et précise les obligations qui pèsent sur ces personnes ainsi que les diverses formalités qu'elles doivent accomplir.

Certaines règles s'appliquent à l'aéronef et relèvent de l'aviation civile, d'autres ne sont en revanche pas spécifiques à l'aviation mais trouvent néanmoins à s'appliquer du fait de l'activité de l'exploitant.

■ A – Règles générales propres à l'aviation

Dès 2012, une réglementation spécifique s'est progressivement mise en place afin d'assurer aux drones à usages professionnels une exploitation en toute sécurité. Elle a été complétée par la loi dite "drones"^[10] et ses divers textes d'application (actuellement une quinzaine de décrets et d'arrêtés, ce qui constitue un véritable "paquet drone").

Cette réglementation concerne à la fois le drone en tant qu'aéronef et son constructeur ; le télépilote qui réalise un vol donné et ; l'exploitant, à savoir la personne physique ou morale pour le compte de laquelle le vol est effectué (un aéronef ne pouvant être utilisé dans le cadre d'activités particulières que si une personne est définie comme exploitant - responsable, la notion d'exploitant ne doit pas se confondre avec celle de télépilote, qui n'est qu'un acteur au service de l'exploitant, sauf s'il n'y a qu'une seule et même personne).

Elle repose sur deux arrêtés essentiels datés du 17 décembre 2015. Le premier est relatif à la conception des aéronefs civils qui circulent sans personne à bord, aux conditions de leur emploi et aux capacités des personnes qui les utilisent (dit arrêté "aéronef"). Le second concerne l'utilisation de l'espace aérien (dit arrêté "espace"). Cette réglementation vise bien sûr à assurer la sécurité des personnes et des biens au sol ainsi que celle des autres aéronefs. Elle permet l'usage professionnel des drones, y compris en milieu urbain, mais sous certaines conditions.

S'agissant tout d'abord de l'engin, par dérogation au statut des aéronefs lesquels ont un état civil, un nom, un domicile et une nationalité, les drones ne sont pas soumis à l'obligation d'immatriculation si leur poids n'excède pas 25 Kg^[11]. En revanche, ils sont tout de même soumis à un régime d'enregistrement par voie électronique si leur masse est supérieure ou égale à 800 grammes^[12].

Afin d'assurer la protection et un niveau de sécurité acceptable, la réglementation applicable aux activités particulières identifie 4 types de scénarios opérationnels selon le poids du drone et selon qu'il s'agisse de vol en vue ou hors vue et de survol en zone peuplée ou non peuplée^[13]. Le scénario S-1 vise l'utilisation en vue, hors zone peuplée, sans survol de tiers, à distance maximale de 200 m du télépilote. Pour ce scénario, il n'y a pas de limitation particulière pour la masse maximale du drone.

Le scénario S-2 vise l'utilisation hors zone peuplée, sans tiers au sol dans la zone d'évolution (périmètre de sécurité) ne répondant pas aux critères du scénario S-1 ; à une distance maximale de 1 km du télépilote. En dessous de 50 m de hauteur il n'y a pas de limitation particulière de poids ; au-dessus de 50 m le poids du drone est limité à 2 kg.

Le scénario S-3 vise l'utilisation en vue, en zone peuplée, sans survol de tiers, à une distance maximale de 100 m du télépilote. Dans ce scénario le poids maximal du drone est limité à 8 kg, sauf s'il est captif, c'est-à-dire s'il est relié au sol ou au télépilote.

Le scénario S-4 vise l'utilisation hors zone peuplée ne répondant pas aux critères des scénarios S-1 et S-2. Dans ce scénario le survol de tiers est possible mais qu'en dehors des agglomérations avec un drone dont la masse ne dépasse pas 2 kg à des fins de relevés, de photographies, d'observations ou de surveillance aériennes^[14].

En dehors de ces scénarios, un vol ne peut être effectué qu'en vertu d'une autorisation spécifique accordée par la direction sécurité de la Direction Générale de l'Aviation Civile (DSAC – DGAC) et délivrée au cas par cas à l'exploitant. Le survol de certains sites particulièrement sensibles est naturellement strictement interdit, sauf à obtenir une autorisation spéciale.

En outre, l'exploitant doit déclarer son activité auprès de la Direction Générale de l'Aviation Civile (DGAC). Il doit documenter celle-ci et la façon dont il satisfait à ses obligations dans un manuel d'activités particulières (appelé "MAP"). La déclaration doit, le cas échéant, être renouvelée tous les deux ans. Il doit par ailleurs adresser, sous peine d'interdiction d'exploiter, un bilan annuel des heures de vol effectuées dans l'année.

[1] Le terme drone est seulement mentionné entre guillemets dans le titre de la loi n°2016-1428 du 24 octobre 2016 et non dans le corps du texte. Il ne figure pas non plus dans les autres textes réglementaires

[2] CA Paris, 15 mai 1998, n°96/20861 ; Idit n°24283

[3] CA Aix-en-Provence, 11 fév. 1998 ; RFD aérien 1998, p. 213

[4] CE, 16 déc. 1959 ; RFD aérien 1960, p. 418

[5] CA Chambéry, 17 oct. 1989 ; RFD aérien 1989, p. 551

[6] CA Toulouse, 27 fév. 1996 ; BTL 1997, p. 280. - CA Pau, 26 fév. 1997 ; RFD aérien 1997, p. 91. - CA Chambéry, 11 mars 1998 ; RFD aérien 1998, p. 226

[7] CA Rennes, 10 sept. 2008, n°07/02372 ; Idit n°24282

[8] Cette activité est limitée au vol à vue ou au vol hors vue mais avec un drone de moins de 2 kg évoluant à moins de 200 m du télépilote et à une hauteur maximale de 50 m. La présence d'une autre personne est requise dans ce second cas afin de veiller à la sécurité du vol

[9] Cette activité inclut les vols d'essais et de contrôle

[10] Loi n°2016-1428 du 24 octobre 2016, relative au renforcement de la sécurité de l'usage des drones civils, JO 25 oct. 2016. Elle modifie et complète le code des transports, le code de la consommation et celui des postes et des communications

[11] Au-delà de 25 kg, outre l'immatriculation, les drones sont soumis à des règles techniques et de conception complémentaires déterminées au cas par cas

[12] Code des transports, art. L.6111-1-II (créé par la loi drones) et décret d'application n°2018-374 du 18 mai 2018 relatif aux seuils. Pour le calcul de la masse maximale, s'applique le poids total de l'appareil au décollage, équipements et batteries ou carburant inclus

[13] La notion de zone peuplée est définie dans l'arrêté aéronef (distance inférieure à 50 m d'une agglomération ou inférieure à 150 m d'un rassemblement)

[14] Sur les différents scénarios : voir annexe III de l'arrêté "aéronef"

A cet égard, et pour ne pas entrer dans les détails de la réglementation, ajoutons qu'en ce qui concerne les démarches administratives, il existe sur le site internet de la DGAC un portail dédié aux démarches d'enregistrement d'un drone, de déclaration d'activité, ou encore de notification des vols. Ce "portail internet des utilisateurs d'aéronefs télépilotes"^[15] permet notamment de déclarer de façon dématérialisée le bilan annuel d'activité.

Le télépilote doit, quant à lui, démontrer un niveau de compétence à la fois théorique et pratique et détenir un certificat d'aptitude voire une licence de pilote d'avion, d'hélicoptère ou de planeur si le vol est hors vue et correspond au scénario S-4. Excepté pour les vols à des fins de loisir, le télépilote doit être âgé d'au moins 16 ans pour les scénarios S-1, S-2 et S-3 et 18 ans révolus pour le scénario S-4^[16].

En agglomération ou en zone peuplée, le poids des drones est limité et un périmètre de sécurité doit être établi. Les vols en agglomération doivent par ailleurs faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la préfecture concernée. Afin de limiter les risques de collision les drones ne sont, par principe, autorisés à évoluer qu'en dessous de 150 m d'altitude, voire en dessous de 50 m s'il s'agit de vol hors vue.

Parallèlement à ces mesures nationales une réglementation communautaire se mettra prochainement en place à compter du 1er juillet 2020. Elle est constituée de deux règlements de l'Union européenne. Le premier^[17] est relatif aux drones et à la sécurité, il a pour objet de fixer les exigences minimales en matière de conception et de fabrication des drones. Le second^[18] concerne les règles et procédures d'exploitation s'imposant à l'exploitant, au télépilote et à tout organisme prenant part à l'activité. Ces règlements, pris en concertation avec les filières professionnelles et notamment avec la DGAC française, se substitueront aux textes nationaux, lesquels sont pour la France déjà partiellement en conformité.

■ B – Règles non spécifiques à l'aviation

Indépendamment de la mise en place de périmètres de sécurité (dans les scénarios S-1, S-2 et S-3), il appartient à un exploitant de drone qui envisage de survoler des propriétés privées de respecter la vie privée des personnes et d'évaluer avant le vol si celui-ci n'est pas de nature à entraver l'exercice des droits des propriétaires^[19].

Ainsi, pour les drones équipés de caméra ou

d'appareil photographique, et hors survol d'un site strictement interdit^[20], le droit à l'image et celui de la vie privée doivent être strictement respectés. Le code pénal prévoit à cet égard une sanction d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende^[21] si l'exploitant n'a pas obtenu l'autorisation expresse ou tacite des personnes concernées.

Si l'exploitant envisage une diffusion, il doit en outre respecter les dispositions réglementaires figurant dans le code de l'aviation civile^[22] et dans un arrêté d'application du 27 juillet 2005. Sauf si la prise de vue a une finalité purement privée, l'exploitant doit déclarer son activité auprès du chef du service territorial de l'aviation civile, quinze jours avant le début de l'opération.

De même, l'usage professionnel d'un drone peut faire partie intégrante d'un traitement informatique de données personnelles. Si tel est le cas, le responsable du traitement doit dès lors respecter les obligations dérivant de la loi "informatique et libertés" et du règlement sur la protection des données^[23]. C'est une évidence, la réglementation applicable à l'utilisation des drones est sans préjudice des prescriptions liées à la protection des données et à la vie privée des individus.

Quand est-il à présent d'une éventuelle responsabilité en cas de chute d'un drone ou en cas de dommages causés à des marchandises transportées par un drone ? Rappelons, au préalable, que pour limiter le risque de collision entre un drone et un autre aéronef, les drones ne sont en principe autorisés à évoluer qu'en dessous de 150 m d'altitude.

2 RESPONSABILITÉ DES DOMMAGES CAUSÉS PAR UN DRONE

Le cadre juridique de la responsabilité en cas de dommages causés par un drone doit être défini dans les mêmes conditions que pour les aéronefs avec équipage. Le fait que la conduite et le contrôle se fasse à distance ne modifie en rien le régime de la responsabilité.

■ A – Responsabilité extracontractuelle pour les dommages aux tiers

Bien qu'il existe depuis de nombreuses années des conventions internationales sur la réparation des dommages causés aux tiers par des

[15] Lien url : <https://alphanango.aviation-civile.gouv.fr>

[16] Les conditions d'âge sont fixées par des arrêtés ministériels : voir arrêté du 18 mai 2018 pour les vols à des fins autres que de loisir et arrêté du 12 octobre 2018 pour les vols de loisir

[17] Règlement UE n°2019/945 du 12 mars 2019 relatif aux systèmes d'aéronefs sans équipage à bord et aux exploitants, JOUE du 11 juin

[18] Règlement UE n°2019/947 du 24 mai 2019 concernant les règles et procédures applicables à l'exploitation d'aéronefs sans équipage à bord, JOUE du 11 juin

[19] Code des transp., art. L.6211-3

[20] La liste des sites interdits est fixée dans un arrêté du 12 octobre 2018

[21] Code pénal, art. 226-1

[22] CAC, art. D.133-10 ; dispositions non encore transposées dans la partie réglementaire du code des transports

[23] Loi n°78-17 modifiée du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et Règlement UE 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, dit RGPD

[24] Convention de Rome du 29 mai 1933 ; Convention de Rome du 7 octobre 1952 modifiée par protocole de Montréal le 23 septembre 1978 ; Convention de Montréal du 2 mai 2009

[25] Code pénal, art. 121-3

[26] Code des transp., art. L.6131-1

[27] Code des transp., art. L.6131-2

[28] Code des transp., art. L.6232-4.4e

[29] Code des transp., art. L.6232-12

[30] Sont en effet réunis les critères de qualification d'un contrat de transport : un déplacement objet principal de la prestation ; la maîtrise de l'opération par l'exploitant du drone ; et un coût facturé au client



aéronefs^[24], ces conventions ne sont, soit jamais entrée en vigueur (cas pour la convention de Montréal du 2 mai 2009), soit pas ratifiées par la France (cas pour les autres conventions). De fait, seul le droit national français aura vocation à régir la responsabilité civile des dommages causés à des tiers sur le territoire français; ceci bien sûr sans préjudice d'une éventuelle action sur le plan de la responsabilité pénale pour mise en danger de la personne d'autrui, faute d'imprudence ou de négligence ou encore faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité^[25].

Domages causés à un autre aéronef :

Le télépilote mais aussi l'exploitant peuvent tous deux être rendus responsables dans les termes du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, telle que défini par les dispositions du code civil, pour des dommages causés par une collision entre un drone et un autre aéronef^[26].

Le fondement de cette responsabilité s'articule autour de la notion de garde de la chose. Le télépilote, assure en effet la direction et le contrôle de la chose et prend, par analogie avec un vol habité, la fonction et la responsabilité d'un commandant de bord. Il est responsable de la navigation, de la conduite du drone et du strict maintien du drone dans les limites de la zone de travail située à l'intérieur de l'espace aérien qui lui est réservé.

Le même raisonnement peut être appliqué à la responsabilité de l'exploitant, notamment si le vol est programmé et hors vue. L'exploitant qui a en charge la programmation du drone a sur la chose le pouvoir de direction et de contrôle et sera ainsi assimilé à un commandant de bord.

Domages causés aux tiers à la surface :

S'agissant de dommages causés au sol, l'exploitant est responsable de plein droit, aux termes du code des transports, des dommages aux personnes et aux biens à la surface causés par la chute de son drone ou des objets qui s'en détachent^[27]. Cette responsabilité de plein droit, et par conséquent sans faute, ne peut être atténuée ou écartée que par la preuve d'une faute de la victime du dommage. Il s'agit en l'espèce d'une véritable responsabilité objective qui ne peut être écartée ni même limitée par une clause contraire et qui s'accompagne dès lors d'une réparation intégrale de tous les préjudices subis par des tiers à la surface.

La responsabilité du fabricant du drone peut également être recherchée si le dommage est

dû à un défaut de conception ou de fabrication du drone. Il importe donc tant pour le fabricant que pour l'exploitant de vérifier avec attention les conditions dans lesquelles leur activité professionnelle est assurée.

Ajoutons accessoirement, qu'au-delà de la responsabilité purement civile, sur le plan répressif des sanctions pénales peuvent concerner l'exploitant et le télépilote. Ainsi, le fait d'utiliser un drone dans des conditions non conformes aux règles édictées en vue d'assurer la sécurité est punissable d'un an d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende^[28]. De même, le fait pour le télépilote, et seulement lui cette fois, de faire survoler par maladresse ou négligence une zone interdite est punissable de six mois d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende^[29]. Cette peine peut être portée à un an d'emprisonnement et 45000 euros d'amende si le télépilote maintient son drone au-dessus de la zone interdite.

■ B – Responsabilité contractuelle pour les dommages à des marchandises transportées

Au-delà des expérimentations locales, le transport de marchandises par drone pour compte d'un client est devenu aujourd'hui une réalité (pour des exemples : UPS ; Zipline aux USA ; DHL ; La Poste en France).

L'exploitant du drone en qualité de transporteur conclu avec son donneur d'ordre un véritable contrat de transport^[30]. Il engage dès lors sa responsabilité de transporteur public dans les termes des dispositions du code des transports pour les contrats soumis au droit français. Celui-ci renvoie, en ce qui concerne le régime de la responsabilité aux seules dispositions de la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 et aux conventions la modifiant ou la complétant si elles sont en vigueur en France^[31]. La France étant partie signataire à la convention de Varsovie et au protocole de La Haye du 28 septembre 1955, ce sont donc ces dispositions qui régissent la responsabilité de l'exploitant du drone intervenant comme transporteur de marchandises.

Précisons que si la France est également partie signataire à la convention de Montréal du 28 mai 1999, cette dernière n'est pas, à la différence des protocoles, une convention modifiant ou complétant la convention de Varsovie mais une convention qui se substitue à celle-ci. De fait, le principe de la responsabilité et les cas

[31] Code des transp., art. L.6422-2

[32] Ainsi jugé, après l'entrée en vigueur de la convention de Montréal, pour un transport aérien entre Lyon et Paris via Marseille : Cass. Com. 17 mai 2011, Idit n°23560, même si dans ce cas d'espèce les parties n'opposaient pas le régime de Montréal à celui de Varsovie mais le droit commun au régime de Varsovie

[33] Code des transp., art. L.6422-3

d'exonération sont donc ceux de la convention de Varsovie, de même que la limitation de réparation^[32]. L'exploitant du drone peut donc invoquer pour écarter sa responsabilité, le fait qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou tout simplement qu'il ne pouvait pas prendre les mesures nécessaires.

Il peut également bénéficier de la limitation de réparation de 17 DTS par kilogramme de marchandise perdue ou endommagée, sauf à ce que son donneur d'ordre démontre une faute inexcusable de sa part, laquelle aurait pour effet (sous l'empire de Varsovie uniquement) d'écarter la limitation^[33].

Conclusion

Il ressort de ces développements une réglementation un peu complexe, des exigences parfois contraignantes et une responsabilité assez pesante. Tout cela ne doit pas cependant être un obstacle au bon développement de l'usage des drones à caractère professionnel.



Johan SCHELIN
Professor – University of Stockholm – Sweden

The responsibility for unmanned ships – shipmaster's position

1 THE CONCEPT AUTOMATION

Artificial intelligence is developing very rapidly and this second phase of digitalization affects also the marine sector.^[1] There are several driving forces behind the development of marine autonomous surface ships (MASS). The military in several states are for obvious reasons interested in these projects, but also shipowners have shown an interest in the development of autonomous ships, the reasons here being the prospect of enhanced economic efficiency and safety and better protection of the environment. Manning unmanned ships may at first sight seem as an anomaly when it comes to autonomous ships. But the dichotomy manned ship/unmanned ship represents an over-simplification of the reality. The Maritime Safety Committee (MSC) of the International Maritime Organization (IMO) has in its work identified four different levels of automation^[2]:

- 1) Ships with automated processes and decision support. Seafarers are on board to operate and control shipboard systems and functions. Some operations may be automated.
- 2) Remotely controlled ships with seafarers on board. The ship is controlled and operated from another location, but seafarers are on board.
- 3) Remotely controlled ships without seafarers on board. The ships are controlled and operated from other locations. There are no seafarers on board.
- 4) Fully autonomous ships. The operating system of these ships is able to make its own decisions and determine actions by itself.

Also, this categorization may be criticized for not reflecting the technical development in this field properly. Rather than discussing different types of automated ships, the level of automation forms a sliding scale where the same ship can during a certain period of time be operated manually and during other periods be fully autonomous.

[1] Text is based on a paper presented at the conference Innovation and Mobility: Where Is TheLaw Going? arranged by IDIT on the 10–11 October 2019 in Rouen. The paper forms a pilot study in relation to an upcoming more comprehensive study on the legal aspects of the manning of autonomous ships.

[2] IMO Doc. MSC 99/WP.9, Annex 1, para. 4.

[3] Cf. SOU 2018:16 Vägen till självkörande fordon – introduktion, del 1, 189 to 191. See also Eder, B., Unmanned vessels: challenges ahead, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (LMCLQ) 2019, 48 and 49. Some engineers are operating with up to 10 to 15 different levels of autonomy.

[4] Chapter 6 section 1 para. 1 of the Swedish Maritime Code and chapter 2 section 6 of the Vessel Safety Code.

[5] Cf. chapter 6 section 5 of the Swedish Maritime Code.

[6] STCW Code A-VIII/2 part 2 subsection 3 and 5.

[7] STCW Code A-VIII/2 part 2, subsection 4.

[8] Chapter 6 section 1 para. 2 of the Swedish Maritime Code.

[9] Chapter 6 section 2 para. 1 of the Swedish Maritime Code.

[10] STCW Code A-VIII/2 part 3-1 subsection 12.

[11] STCW Code A-VIII/2 part 3-1 subsection 13.

[12] Chapter 6 section 6 para. 1 of the Swedish Maritime Code.

Level	Name	Operation	Monitoring	Guarantee	Capacity of the system (functions)
1	Decision support	Human	Human	Human	Certain
2	Limited automation	System	Human	Human	Certain
3	Conditional automation	System	System	Human	Certain
4	High automation	System	System	System	Certain
5	Full automation	System	System	System	All

It is common that engineers operate with five different levels of automation^[3]: As can be seen here, automation is nothing new to the shipping industry. All modern merchant ships are already today automated to a limited extent (level 2) since they are equipped with auto-pilots and other advanced navigation systems at the bridge. In addition, it is common that ships have automated engine rooms that periodically can be left unattended. The latter may be described as partly conditional automation of the ship (level 3) where the operating system monitors the engine and in case it is needed alerts the officer in charge of the engineering watch. From a legal point of view, the really critical point regarding the level of automation of ships seems to be when the system takes over more or less the whole operation of the ship (marked with grey). At level 4 the operation of the ship continues to be carried out by the system even in situations where the human being has not responded to the request by the system to act, e.g. when the contact between a remotely controlled ship and the control centre is lost. At level 5 there is no need for alerting any human being since the system takes care of all functions on board the ship.

2 UNMANNED REMOTELY CONTROLLED SHIPS

The concept master of the ship Adapting the existing legislation in the form of the Safety of Life at Sea Convention (SOLAS), Convention on Standards for Certification, Training and Watchkeeping (STCW) and the Maritime Labour Convention (MLC) to the development of manned ships with advanced automated processes where the bridge is periodically unmanned is a comprehensive task that will require a lot of legislative work. However, the tipping point appears to be when the autonomy of the ship is equal to level 4 and 5 in the table presented above. In a legal perspective, remotely controlled ships give rise to a completely different set of problems compared to manned ships with advanced automated processes. One of the most important legal questions regarding unmanned remotely controlled ships is if the person controlling the ship from ashore can be considered as the master of the ship.

In regulation I/1 in the STCW Convention the term master is defined as the person in command of the ship. Such a definition is not found in the Swedish Maritime Code, rather it is presupposed that the person who is technically controlling the

vessel is the master of the ship. This means that if there is some sort of "bridge team" ashore who is managing the ship, the person leading this team may be considered to be the master and the other persons to be deck officers.

Even if the definition of the master per se does not prevent an organisation where the ship is remotely controlled from ashore, the STCW Convention is built on the presumption that the master should be on board the ship. According to regulation VIII/2 part 4-1 subsection 18, 24 and 32 officers in charge of the navigational watch should be physically present on the navigation bridge or in a directly associated location such as a chartroom or bridge control room at all times. It is doubtful whether a control room ashore could be considered as a navigation bridge.

An alternative argument would be that remotely controlled ships do not have any master at all but rather an operator responsible for the ship. Such an argument would, however, contradict article 94(4)(b) of UNCLOS according to which flag states undertake to ensure that each ship under their flag is in the charge of a master. In a legal perspective such a solution only appears as a possible way forward when it comes to ships sailing only in internal waters of the flag state. There would also be necessary to enact special legislation at the national level concerning the responsibilities and duties of such an operator.

Duties of the master

The duties of the master on board a ship may be divided into a number of categories. To begin with the master is responsible for the overall monitoring, control, supervision and decision making regarding the operation of the ship. Before the ship leaves the port, the master shall see to that the ship is fit for the voyage.^[4] In practice, this means that the master will have to ensure that the vessel is seaworthy, which also includes her being duly manned and equipped and in case of cargo ships, her cargo rooms, cool and refrigerated chambers and other cargo space in the ship being in proper condition for the reception, carriage and preservation of the goods. The master is also responsible for that the cargo is properly loaded on board the ship.^[5] Regarding unmanned remotely controlled ships, these tasks could perhaps be performed by people in the port on behalf of the master, but it would require rather heavy organisations in each port to carry out these tasks.

Prior to the voyage the master of a ship shall also plan the intended route from the port of departure to the first port of call using appropriate charts

[13] See also chapter 6 section 6 para. 2 of the Swedish Maritime Code.

[14] Cf. SOU 2018:16 Vägen till självkörande fordon – introduktion, del 1, s. 534.

[15] Chapter 20 section 2 of the Swedish Maritime Code.

[16] Chapter 8 section 3 item 3 of the Swedish Vessel Safety Act.

and other nautical publications necessary for the intended voyage containing accurate, complete and up-to-date information regarding those navigational limitations and hazards which are of a permanent or predictable nature and which are relevant to the safe navigation of the ship.^[6] This can most likely be done also from a control room situated ashore. What is more difficult to carry out from the control room ashore is the duty of the chief engineer, in consultation with the master, to determine in advance the needs of the intended voyage, taking into consideration the requirements for fuel, water lubricants, chemicals, expendable and other spare parts, tools, supplies and any other requirements.^[7] This provision presupposes that there is a crew physically present on board the ship.

During the voyage the master shall see to that the ship is maintained in a seaworthy condition.^[8] The master must also see to the safe navigation of the ship during the voyage.^[9] As discussed above this includes that the master must ensure that watchkeeping arrangements are adequate for maintaining a safe navigational watch. The officer in charge of the navigational watch is here the master's representative and is primarily responsible at all times for the safe navigation of the ship and for complying with the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 (COLREG).^[10] In addition, a proper look-out shall be maintained at all times.^[11] From a strictly technical point of view these duties could be carried out from a control room ashore. A look-out could also be replaced by an artificial intelligence system connected to cameras on board alerting the officer at watch if a significant change in the operating environment occurs. The problem here seems to be situations where the system fails. A connection between the control room and the ship can be lost due to thunder storms and cameras on board may be blinded by rain, snow and ice without there being any possibility to operate the ship manually. By tradition technical systems as well as regulations governing the operation and monitoring of such systems have been built on the presumption that if the system fails human beings can take over and perform the tasks manually. For example, if the steering machine breaks down the ship can be steered manually and if there is a fog a human look-out may rely on his hearing rather than his vision. However, in case of unmanned remotely operated ships this is not an alternative. In such situations there must exist some sort of fully autonomous safety system that either stops the ship or takes over the navigation of the ship. Otherwise the duty of the master to see to the safe navigation of the ship cannot be fulfilled.

At the same time, if the ship starts to navigate on its own it could be questioned whether the ship actually has got a master any longer and this would clearly be in contradiction with UNCLOS. Certain tasks may also be difficult or impossible to carry out even if there exists an autonomous system that can take over the navigation. A breakdown of the engines or a displacement of the cargo cannot be rectified from a control room but requires action to be taken on board the ship.

The master has also specific duties in emergency situations. If the vessel becomes distressed at sea, the master must do all in his power to save those on board and to protect the vessel and cargo. As far as possible, he must ensure that logbooks and other ship documents are brought to safety and take measures for salvage of the vessel and the cargo. As long as there is reasonable prospect of saving the vessel, the master may not abandon it unless his life is in serious danger.^[12] There is also a general duty under chapter 5 regulation 33.1 of SOLAS to assist other people in distress at sea.^[13] A master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving information from any source that persons are at distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance. If the ship receiving the distress alert is unable or, in special circumstances consider it unreasonable or unnecessary to proceed to their assistance, the master must enter in the log-book the reason for this. It remains to be seen how this rule should be interpreted in relation to remotely controlled ships with no crew on board. From a practical point of view, it might appear as unreasonable to require such unmanned ships to assist manned ships in distress. It would most likely be very difficult to take on board persons in distress in stormy weather even if there is some equipment for that. Already on board manned ships, such as ferries and car carriers, this might pose a serious problem. On the other hand, to make exceptions for remotely controlled ships would water down the fundamental obligation to save lives at sea.

In other words, it seems difficult for a person ashore to fulfil all the duties that a master has got on board a traditional ship. Consequently, in the near future it is likely that unmanned remotely controlled ships will be used at rather short domestic routes between specific ports, for example road and cable ferries and similar vessels, rather than in transcontinental searoutes. The road ferries operated by the Swedish Transport Agency could be controlled from a central control room rather than being traditionally manned by a master and an engineer on board each ferry. One operator could then control several ferries from

the control room. But there are also risks with such an organisation. Multitasking during long periods may lead to stress and fatigue.^[14] There is also an increased risk for accidents in situations which requires simultaneous actions and decisions. A number of accidents and incidents seem also to require that someone is actually on board the ship in order to take the necessary action.

3 FULLY AUTONOMOUS SHIPS

Regarding fully autonomous ships, where artificial intelligence has taken over the entire operation of the ship at all times it may seem meaningless to discuss the manning of such a ship. However, there is one legal aspect of importance here and that is who should be responsible for the operation of the ship. As indicated above, under current law the master has the primary responsibility for the ship. Even if the shipowner has a liability in tort for actions taken by the master and other persons working in the service of the ship it is still the master that has to see that the ship is in a seaworthy condition and that it is navigated and otherwise operated in accordance with good seamanship. Breaches of these obligations are very often criminalized in national law.

Conclusion

The existing international legislation in the form of SOLAS, STCW and MLC presupposes that there is a crew on board consisting of human beings. This means that in order to promote the development of unmanned ships the legislation will have to be altered, especially the concept of the master and the duties assigned to him or her. A number of the duties that the master has got today can only be fulfilled by a person who is physically present on board the ship and consequently it is doubtful whether an operator remotely controlling the ship from ashore could be considered as the master of the ship under the current legislation. This becomes even more difficult in case of fully autonomous ships. In such a situation the ship will not have any master at all and the responsibility for the ship's actions will in this situation most likely have to be transferred to the shipowner or perhaps the manufacturer of the navigation equipment. In other words, the development of a regulation on unmanned remotely controlled ships and fully autonomous ships will require a completely new view on who should be responsible for the operation of such ships.

As an example, it may be noted that according to the Swedish Maritime Code a person failing to observe good seamanship for the prevention of any accident at sea shall be sentenced, unless his negligence was insignificant, for negligence in sea traffic to fines or imprisonment not exceeding six months.^[15] If the offence was of a serious nature the person may be imprisoned up to two years. A master or a chief engineer that fails to see to that the ship is equipped and fit for the intended voyage shall be sentenced to fines.^[16] Similar provisions exist in many countries. If the master, officers and the crew are, however, removed from the ship there must be someone else that will have to take the responsibility for the ship, in practice either the shipowner or the manufacturer of the equipment, for example the producer of software equipment. One way of solving the problem may of course be to just have a tort liability for shipowners and manufacturers of equipment, but it is likely that such a legal solution would not be widely accepted. Not at least coastal states and port states seem anxious to have a specific person on board being the guarantor for the proper operation of the ship – a person who is actually within reach for the authorities if something goes wrong. As indicated above this is illustrated by the fact that many of the master's obligations are sanctioned by fines or imprisonment in national law.

L'enjeu des données de mobilité



Usage de la donnée du «véhicule autonome» en assurance

Iolande VINGIANO-VIRICEL

Docteur en droit, Codirectrice du CESU - Université Aix-Marseille - France

Introduction

Les évolutions législatives encadrant le développement du «véhicule autonome» posent la question de sa définition. Pour l'heure, il est possible de considérer qu'est un «véhicule autonome», un véhicule terrestre à moteur équipé de technologie déléguant tout ou partie de la conduite au système.

En 2019, il ne semble pas possible de dire que le «véhicule autonome» soit équipé d'une intelligence artificielle définie par le rapport Villani comme «un programme, fondé autour d'un objectif ambitieux: comprendre comment fonctionne la cognition humaine et la reproduire; créer des processus cognitifs comparables à ceux de l'être humain»^[1]. A l'heure de ces lignes, la délégation de conduite est appréciée en référence aux normes SAE^[2] qui distingue 5 niveaux de délégation de conduite, sans que le niveau 5 ne soit exclusivement réservé à la délégation totale de conduite sans aucun conducteur à bord^[3].

Ce véhicule automatisé peut en outre être équipé de dispositif permettant d'enregistrer notamment l'activation de

la fonction de délégation de conduite, voire d'échanger des informations avec l'infrastructure voire d'autres véhicules, dans un but de fluidification du trafic et de sécurité routière.

Ainsi, le véhicule automatisé et connecté sera sans doute équipé d'un ou plusieurs boîtiers enregistreurs de données qu'il convient de distinguer:

- Event Data Recorder (EDR): Enregistreurs de données ayant pour finalité la reconstitution d'accidents. Ils existent aux USA depuis 2006^[4]. Plus généralement, ces EDR pourraient être rendus obligatoire en Europe à partir de 2022 s'ils étaient intégrés au sein du règlement général «safety».

- Data Storage System for ACSF (Automated Commanded Steering Function) (DSSA) ou Automated driving

data recorder (ADDR): EDR dédié aux situations de conduite autonome qui permettrait de déterminer qui était en charge de la conduite. En Allemagne, sans qu'ils soient ainsi dénommés, des enregistreurs assumant de telles fonctions sont prévus par la loi du 20 juin 2017^[5].

- Les données du véhicule c'est-à-dire toutes les données stockées par le véhicule qui pourrait être échangées par le conducteur aux fins de régulation du trafic par exemple, mais également qui pourrait être utilisé pour le développement de service (prestation d'assistance, nouveaux produits d'assurance etc.).

Selon l'arrêté du 22 décembre 1981 portant sur l'enrichissement de la

langue française, la «donnée» est «la représentation d'une information sous une forme conventionnelle destinée à faciliter son traitement»^[6]. L'article 2 de la loi dite Informatique et libertés^[7] ainsi que l'article 4 du Règlement européen de protection des données personnelles^[8] (RGPD) définissent la donnée à caractère personnel comme «toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable». Cette acception large de la notion permet ainsi de retenir qu'est une donnée personnelle toute donnée permettant une identification directe mais aussi indirecte par la voie de recoupement de différentes données. Ainsi, le «Pack de conformité Véhicule connecté» considère que sont des

données personnelles notamment: le Véhicule Identification Number (VIN)^[9], les données techniques liées à l'état du véhicule et des pièces, ou encore les données biométriques du conducteur. Pour répondre aux exigences légales issues notamment du RGPD, les modalités du recueil de données collectées par le véhicule devront être précisées à l'utilisateur, ce qui pose par exemple la question du recueil de son consentement, notamment sur la finalité des données qui pourraient être collectées, autre obligation posée par le règlement européen.

La question de l'utilisation par l'assureur des données émises/collectées par le véhicule intéresse le marché assurantiel comme en témoigne, la

conférence consacrée à «l'assurance et la donnée»^[10], première étape de la collaboration innovante entre l'institut VEDECOM et Aix-Marseille Université qui proposera dès octobre 2019 un diplôme universitaire consacré aux «Aspects juridiques des véhicules autonomes». En matière d'assurance, l'assurance de ces véhicules n'est pas remise en cause ni par le législateur français ni par la Commission européenne^[11] qui rappellent que le «véhicule autonome», est avant tout un véhicule terrestre à moteur soumis à l'assurance obligatoire. Néanmoins, l'usage qui pourrait être fait de la donnée en amont de la souscription du contrat d'assurance (1) qu'en aval du sinistre (2) mérite quelques observations.

1 LA TARIFICATION DE LA PRIME D'ASSURANCE ADAPTÉE AU PROFIL DU CONDUCTEUR.

La fixation de la tarification relève du principe de liberté contractuelle consacrée par le Conseil constitutionnel dans un arrêt du 13 juin 2013^[12]. Attaché au contrat d'assurance, la prime d'assurance est établie par l'assureur après les réponses de l'assuré notamment au questionnaire de risque lui permettant de délimiter son engagement. Le recours aux lois de probabilité^[13] permet à l'assureur de circonscrire son engagement en faisant reposer l'analyse du risque sur le résultat mathématique obtenu notamment par la connaissance statistique de fréquence et de coût du risque réalisé. De façon assez schématique, l'on peut ainsi dire que l'assureur cherche à obtenir un risque homogène en effectuant en amont une sélection des risques^[14]. La mutualisation des assurés autour d'un risque de même nature, comme l'un des principes fondamentaux du contrat d'assurance, pourrait néanmoins être remise en cause par l'utilisation des données.

La prime d'assurance du contrat auto est traditionnellement fixée selon des critères objectifs que sont notamment la localisation du stationnement du véhicule (garage, parking privé, parking public...), l'utilisation du véhicule (privé et/ou professionnel) ou encore l'âge du conducteur. Ces critères connaissent une évolution avec le système d'usage based insurance^[15] qui associe les télématiques, (c'est-

à-dire la télécommunication par informatique) aux outils traditionnels de calcul de la prime d'assurance. Les assurés consentent aujourd'hui à l'introduction de boîtier, via la prise OBD de leur véhicule, enregistrant certaines données de conduite: l'accélération, le freinage, la vitesse dans les virages et l'allure globale sans qu'aucune donnée d'infraction ne puisse être consignée^[16]. Ces dispositifs ont été validés par la CNIL sous réserve du respect des données personnelles de l'assuré en tenant compte notamment du recueil du consentement éclairé de l'usager avant tout enregistrement. L'évolution des critères d'assurance est déjà en ordre de marche pour permettre d'adapter l'offre aux besoins des assurés. Néanmoins, la naissance d'un produit d'assurance individualisé pourrait faire naître des difficultés du point de vue de la sélection des risques: d'une part, l'offre individualisée pourrait générer des pratiques d'antisélection en attirant les mauvais risques et en neutralisant le principe de mutualisation^[17]; et d'autre part, comment intégrer des données individuelles sans créer de discrimination^[18]?

Enfin, certains acteurs mettent en garde contre l'utilisation de données fondées sur de nouveaux usages, de nouvelles pratiques de différenciation qui pourraient intégrer une variable d'erreur croissante en l'absence d'estimation précise de la fréquence et du coût du sinistre.

Avec les exigences prudentielles, cela pourrait se traduire par une majoration tarifaire pratiquée sur ces mesures de risques de plus en plus individualisées^[19]. Toutefois, sans renier la démutualisation du risque du fait de l'hypersegmentation de la tarification, les assureurs misent sur une autre pratique qui

[1] Rapport Villani « Donner un sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne », mars 2018, p.9.

[2] La norme SAE, norme issue de la Society of Automobile Engineers (SAE) établit un standard décrivant les systèmes d'automatisation de la conduite de véhicules automobiles qui exécutent une partie ou la totalité de la tâche de conduite dynamique (DDT) de manière durable. Il fournit une taxonomie avec des définitions détaillées pour six niveaux d'automatisation de la conduite, allant de l'absence d'automatisation de la conduite (niveau 0) à l'automatisation de la conduite complète (niveau 5) (https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/).

[3] pour les niveaux de délégation établis par la norme issue de la Society of Automobile Engineers (SAE) V. notre ouvrage « Véhicule autonome: qui est responsable? LexisNexis, mars 2019, Collection: Actualité, 1re édition, p. 52, n°42

[4] Art. 59 Part 563 Code of Federal Regulation.

[5] <http://www.buzer.de/gesetz/848/v206377-2017-06-21.htm>

[6] Arrêté du 22 décembre 1981 Enrichissement du vocabulaire de l'informatique, JORF du 17 janvier 1982, numéro complémentaire, p. 624.

voit le jour : l'autoassurance en peer-to-peer ou l'assurance collaborative consistant à mutualiser les risques au sein d'une communauté de consommateurs^[20], « l'analyse quantitative [permettant] ainsi de générer de nouvelles mutualités de fait, dont l'affectio societatis s'appuie par exemple sur l'atteinte d'un objectif sportif »^[21]. Le principe de mutualisation par le partage de données se substituerait à la mutualisation par le risque^[22].

2 UNE MEILLEURE GESTION DES SINISTRES

La question de l'origine de l'accident s'avère déterminante pour le recours de l'assureur ayant indemnisé la victime^[23]. Rappelons ici, qu'en vertu notamment du principe de personnalité des peines de l'article 121-1 du Code pénal, les sanctions pénales ne sont pas prises en charge par l'assurance. Seules les décisions portant sur les intérêts civils sont opposables à l'assureur et lui impose la prise en charge du sinistre ainsi constitué.

Sur la question de l'assurance du véhicule, il convient de rappeler que le champ d'application de l'assurance obligatoire est plus étendu que celui de l'application de la loi Badinter. En effet, la personne qui souhaite faire circuler un véhicule terrestre à moteur doit souscrire une assurance obligatoire garantissant la dette de responsabilité du conducteur, gardien ou propriétaire du véhicule (C. assur., art. L.211-1). L'article R.211-7 du Code des assurances prévoit une limite quant à l'étendue de la garantie de l'assureur. Si celle-ci est sans limitation pour les dommages corporels, le montant de la garantie de l'assureur est néanmoins limité à 1 220 000 euros par sinistre, quel que soit le nombre de victimes s'agissant des dommages matériels. L'article R.211-5 du Code des assurances admet que l'obligation d'assurance s'applique : « à la réparation des dommages corporels ou matériels résultant : 1° Des accidents, incendies ou explosions causés par le véhicule, les accessoires et produits servant à son utilisation, les objets et substances qu'il transporte ; 2° De la chute de ces accessoires, objets, substances ou produits ». La garantie obligatoire n'est donc pas limitée aux accidents de la circulation au sens strict. L'assurance automobile reste ainsi obligatoire pour le « véhicule autonome » quand bien même la tâche de conduite serait exclusivement exercée par un système, pour tout véhicule répondant à la définition d'un véhicule terrestre à moteur c'est-à-dire un « véhicule automoteur destiné à circuler

sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique sans être lié à une voie ferrée, ainsi que toute remorque, même non attelée » (C. assur., art. L.211-1)^[24].

En France, la loi Badinter du 5 juillet 1985^[25], accélérant l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation ne pose pas l'exigence de preuve d'un responsable au sens strict du terme, c'est-à-dire celui à l'origine de l'accident. Pour la mise en œuvre de la loi précitée, la victime doit rapporter la preuve d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation. Au stade de la contribution à la dette, c'est-à-dire la détermination du responsable final de l'indemnisation, il sera important de déterminer qui est à l'origine de l'accident : une personne physique au sein du véhicule (par exemple le conducteur) ? Le logiciel de conduite ? Un défaut des radars ? Une insuffisance de l'infrastructure etc. L'assureur pourrait demander le remboursement des sommes versées à la victime, sur le fondement des régimes juridiques existants, à condition de prouver l'identité du responsable. S'ouvre alors le débat de la preuve du responsable et des nécessités d'une expertise automobile renouvelée au regard des avancées technologiques^[26] mais également les questions de protection des données à caractère personnel pour le cas où la preuve serait constituée par des dispositifs d'enregistrement de données intégrés au véhicule.

Les données collectées par le véhicule pourraient permettre d'identifier le responsable, et donc pourraient constituer une augmentation des recours notamment contre le constructeur. L'assurance de responsabilité civile (RC) « produit » des professionnels automobiles pourraient ainsi évoluer pour tenir compte des évolutions technologiques, à condition toutefois que les données enregistrées par le véhicule soient accessibles à l'assureur ou à l'expert automobile. En effet, les données collectées par le véhicule peuvent avoir différentes finalités qui requièrent un consentement, pour chacune d'entre elles, de la personne concernée par la donnée. Outre les difficultés énoncées précédemment, l'enregistrement et l'exploitation des données émises par le véhicule posent la question de la détermination de son accès. L'article 13 du Règlement européen précise que le responsable du traitement de la donnée doit indiquer à la personne concernée non seulement la finalité mais également « les destinataires ou les catégories de destinataires des données à caractère personnel, s'ils existent ». Les règles d'homologation du véhicule pourraient prochainement imposer l'insertion d'un enregistreur de données selon les prescriptions techniques établies dans l'amendement, au même titre que l'exigence du

[7] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, p. 227.

[8] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE, JOUE L 119/1.

[9] Le VIN correspond au code E inscrit sur la carte d'immatriculation du véhicule, et se retrouve également dans l'ordinateur de bord du véhicule. Son accès est réservé aux forces de l'ordre et aux experts.

[10] V. Actes de la conférence « L'assurance et la donnée » du 26 avril 2019, in RGDA 2019, n°08-09.

[11] Prop. de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2009/103/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et le contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, 24 mai 2018 : Doc. COM(2018), 336 final, 2018/0168 (COD).

[12] Conseil constitutionnel, n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi.

[13] Nous écartons de notre analyse le rôle du Bureau central de tarification (BCT) pouvant imposer dans certaine condition la couverture d'un risque faisant l'objet d'une obligation d'assurance, la liberté contractuelle de l'assureur s'effaçant alors au profit de l'autorité étatique représenté par le BCT dans les assurances obligatoires (par exemple l'assurance des remontrées mécaniques imposée à l'article L. 200-5 du Code des assurances, ou encore l'assurance médicale inscrites aux articles L. 252-1 et suivants du même code) lorsque le débiteur de l'obligation d'assurance ne peut satisfaire à celle-ci.

[14] Pour des propos exhaustifs sur la question de la tarification, v. notre étude : « Le modèle assurantiel à l'épreuve des données », RGDA, 2017, n°10, p. 507

dispositif d'eCall^[27] devant être intégré aux nouveaux véhicules^[28].

Les données collectées par le véhicule pourraient permettre d'identifier le responsable, et donc constituer une augmentation des recours notamment contre le constructeur. L'assurance de responsabilité civile « produit » des professionnels automobiles pourraient ainsi évoluer pour tenir compte des évolutions

technologiques, à condition toutefois que les données enregistrées par le véhicule soient accessibles à l'assureur ou à l'expert automobile.

De plus, les données collectées pourraient permettre de réduire les fraudes à l'assurance constatée déjà aujourd'hui, par le recours aux données issues des algorithmes, de l'intelligence artificielle mais également de la Blockchain avec le déploiement de smart contract^[29].

Conclusion

Les données émises par le véhicule promettent des évolutions du secteur de l'assurance automobile quant à l'évolution des nouveaux services qui pourraient être proposés aux conducteurs mais également de la gestion des sinistres.

[15] Voir en ce sens les assurances dites « pay as you drive », « pay how you drive ».

[16] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, p. 227.

., article 9.

[17] A.-C. Bongard « Restructuration de la matière assurable », in « La voiture « c'est données », JA 2017, n°891, p. 16.

[18] EurActiv.com « How will Big Data change insurance? », Special Report 6-10 June 2016.

[19] G. Leroy et F. Planchet, « Le point de vue des actuaires », in « L'assurance automobile face au choc du futur », Risques, 2016, n°105, p. 29.

[20] E. Durand, « Quand le digital repousse les frontières de la distribution », L'Argus de l'assurance, 2015, n°7414, p. 47.

[21] F.-X. Hay « La mutualisation est-elle soluble dans le Big Data ? » in « Le choc du Big Data dans l'assurance », Risques, 2015, n°103, p. 28.

[22] F. Ewald, propos recueillis par Ph.-V.D <http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-tech/20140812.RUE5254/assurances-sommes-nous-prets-a-etre-espionnes-pour-payer-moins-cher.html>

[23] Sur la détermination du responsable en cas d'accident impliquant un « véhicule autonome », V. notre ouvrage « Véhicule autonome : qui est responsable ? – Impacts de la délégation de conduite sur les régimes de responsabilité », LexisNexis, mars 2019, 164p

[24] V. également : Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 2009/103/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et le contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, 24 mai 2018, COM(2018) 336 final, 2018/0168 (COD).

[25] L. n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, JORF du 6 juillet 1985, p.7584.

[26] V. en ce sens notre étude : « Le renouveau du paradigme de l'expertise automobile au bénéfice des assureurs, Responsabilité. civ. et ass. 2016, n° 12, étude 14.

[27] Règlement (UE) 2015/758 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 concernant les exigences en matière de réception par type pour le déploiement du système eCall embarqué fondé sur le service 112 et modifiant la directive 2007/46/CE.

[28] V. notre article « L'enrichissement du rapport de l'expert automobile par les enregistreurs de données collectées », Jurisprudence automobile, 2017, n°895, p. 15.

[29] V. Actes de la conférence « L'assurance et la donnée » du 26 avril 2019, in RGDA 2019, n°08-09.



Open Data et mobilité

Valérie BAILLY-HASCOËT

Attachée de Recherche IDIT – France et **Kristina YUGATOVA** IDIT

Introduction

La donnée numérique est devenue une nouvelle « ressource » dont l'exploitation est prometteuse de nouveaux champs de connaissances, d'innovation, mais aussi de gains financiers, ceci dans tous les domaines, et notamment dans celui de la mobilité.

Le secteur public est l'un des principaux producteurs et détenteurs de données. Et les initiatives législatives en faveur de l'ouverture de ces données se sont succédées ces dernières années, afin d'en faire une sorte de « bien commun », accessible et exploitable par tous. Notamment, pour lancer et soutenir le développement de nouveaux services reposant sur des moyens innovants. L'open data des données publiques de transport suscite des espoirs, mais aussi des craintes. Certes, des collectivités ou des entreprises publiques ont déjà ouvert un certain nombre de leurs données, mais on constate d'une façon générale une certaine réticence à le faire. Cela tient au coût qu'engendre cette mise à disposition, notamment en ce qui concerne les « données en temps réel » ou « données dynamiques ». Cela tient aussi au fait de devoir rendre ces données accessibles à bas coût, à d'éventuels concurrents (si l'on pense aux entreprises publiques ou délégataires de services publics), ou à d'importants acteurs du numérique. Pour reprendre un questionnaire posé dans le rapport JUTAND de 2015^[1] sur

l'ouverture des données de transport, « N'y a-t-il pas un risque de perte de contrôle par le public et a contrario de prise de pouvoir par le privé ? » On peut également évoquer des craintes relatives à la pertinence et à la neutralité de l'information qui sera ensuite restituée, ainsi que des risques relatifs à la sûreté, des risques de responsabilité, ou des risques relatifs à l'image commerciale. Seront ici évoqués quelques-uns des objectifs récents de la réglementation européenne et de leur transposition en droit français dans le domaine de la mobilité.

Le cadre européen de l'open data des données publiques se distingue par l'existence de deux niveaux de réglementations :

- **Premier niveau :** une réglementation horizontale qui s'applique à toutes les catégories de données publiques : c'est la Directive PSI (pour Public Sector Information). Elle a fait l'objet d'une révision en 2013, puis d'une refonte en 2019 avec la récente directive (UE) 2019/1024^[2]. En France, la directive PSI est transposée dans

le Code des relations entre le public et l'administration (le CRPA) ;

- **Second niveau :** des réglementations verticales qui s'appliquent à certaines catégories de données^[3]. En matière de mobilité, on peut citer deux règlements délégués qui ont été pris, non pas en application de la directive PSI, mais de la directive 2010/40/UE^[4] sur les services de transport intelligents en Europe :

- le règlement délégué (UE) 2015/962 qui s'applique aux données détenues par les autorités routières et les gestionnaires d'infrastructures routières publiques. Pour la France, ces données se trouvent sur le site « Tipi. Bison-futé » <http://tipi.bison-fute.gouv.fr/>

- le règlement délégué (UE) 2017/1926^[5] qui concerne plus spécifiquement la mise à disposition de services d'informations sur les déplacements multimodaux. Son application en France est en cours de précision dans le code des transports par le projet de loi d'orientation des mobilités

Ces règlements délégués ne découlent donc pas de la directive horizontale PSI, mais prévoient néanmoins la prise en compte de cette directive horizontale.

1 METTRE EN PLACE LE PRINCIPE DE L'OPEN DATA PAR PRINCIPE (OPEN DATA BY DEFAULT)

Initialement, la directive PSI n'imposait aux Etats membres aucune obligation d'ouverture des données publiques, la décision étant laissée à leur appréciation. Elle a été modifiée en 2013 afin de leur imposer une obligation claire de rendre les documents visés par la directive réutilisables, à des fins commerciales ou non. Ce principe impose aux organismes visés de mettre en ligne certaines catégories de données sans qu'il ne soit besoin de leur en faire la demande. En France, ce principe a été introduit dans le CRPA^[6] par la loi de 2016 pour une République numérique, qui consacre le passage d'une logique de communication sous conditions à une culture de la diffusion spontanée des informations détenues par les administrations.

Le cadre européen réserve bien sûr aux Etats membres le droit de fixer des restrictions^[7] (ce qu'on appelle des « règles d'accès ») qui excluent ou limitent l'accès à certains documents, pour des causes de sûreté nationale, de propriété intellectuelle, ou de confidentialité des informations commerciales.

2 RÉDUIRE LE COÛT DES DONNÉES

Il y a en effet débat sur le prix de la donnée publique. Le producteur ne doit en principe faire payer que le coût spécifiquement lié à la mise à disposition des données (ce qu'on appelle le « coût marginal »). Pour leur part, les producteurs de données privées ne se voient bien sûr fixer aucune limite réglementaire dans la fixation du prix de vente de leurs données. Et bon nombre d'entre eux parviennent même à les obtenir à bas coût. Ce n'est qu'un exemple, mais les constructeurs automobiles récupèrent les données de déplacement et de stationnement que nous produisons quotidiennement avec les véhicules connectés que nous leur achetons. Ces données sont ensuite vendues à des développeurs informatiques, qui eux-mêmes vendent leurs services, par exemple, à des collectivités ou à des autorités organisatrices de la mobilité (AOM) qui souhaitent mieux connaître les mobilités sur leur territoire.

Du fait de l'obligation d'open data, le producteur de données publiques peut donc craindre de

voir ses données obtenues à bas coût par les grands acteurs du numérique, sans pouvoir en tirer de bénéfice, ni même couvrir ses coûts, ou pire, se voir concurrencer sur son propre terrain d'intervention. On donne souvent l'exemple de la RATP qui a ouvert ses données et les a vues exploitées massivement, tout en peinant à obtenir une compensation financière lui permettant de couvrir ses coûts.

Mais, de leur côté, les « petits » utilisateurs de données (les PME et les start-ups) estiment que le coût de la donnée publique^[8] représente encore un frein important à son exploitation. Selon eux, les règles de la directive PSI relatives à la fixation des redevances seraient insuffisamment précises et permettraient une trop grande liberté d'évaluation de ses coûts par le détenteur de données publiques^[9].

La nouvelle directive PSI de 2019 annonce avoir pour objectif de réduire ce problème. Elle prévoit notamment la gratuité de la mise à disposition d'ensembles de « données de forte valeur », lesquelles s'apparentent aux « données de référence » énumérées par le CRPA^[10].

Les données de forte valeur sont des ensembles de données particulièrement riches d'avantages socioéconomiques potentiels, qui sont détenues par les organismes du secteur public ou des entreprises publiques, et qui seront prochainement définies par la Commission européenne. Parmi ces données de forte valeur, soulignons que figure la catégorie thématique de la « mobilité »^[11].

Si le principe de la gratuité de ces ensembles de données de forte valeur est affirmé par la nouvelle directive, des dérogations à ce principe sont néanmoins prévues en faveur des entreprises publiques dans le cas où cela entraînerait une distorsion de concurrence sur les marchés pertinents^[12], et en faveur des organismes du secteur public en cas d'incidence importante sur leur budget. Notons que, s'agissant de ces derniers, cette exemption ne pourra cependant excéder deux ans^[13].

En France, la prochaine loi d'orientation des mobilités maintient que, pour les données de mobilité, une compensation financière pourra être demandée à l'utilisateur lorsque leur transmission sollicitera le service de fourniture au-delà de seuils dont les caractéristiques et les niveaux seront définis par décret en Conseil d'État^[14].

[1] Francis JUTAND, Ouverture des données de transport, Rapport remis au secrétaire d'Etat chargé des Transports, de la Mer et de la Pêche, mars 2015 http://trafic-routier.data.cerema.fr/IMG/pdf/vf_rapport_jutand.pdf

[2] Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, JO L 172 du 26.6.2019

[3] On peut aussi signaler aussi la directive INSPIRE de 2007 qui porte sur les informations environnementales et géographiques.

[4] Directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents dans le domaine du transport routier et d'interfaces avec d'autres modes de transport

[5] Règlement délégué (UE) 2017/1926 de la Commission du 31 mai 2017 complétant la directive 2010/40/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la mise à disposition, dans l'ensemble de l'Union, de services d'informations sur les déplacements multimodaux met en œuvre la directive 2010/40/UE du 7 juillet 2010 pour ce qui concerne la fourniture de services d'information multimodale

[6] Art. L312-1-1 : Sous réserve des articles L. 311-5 et L. 311-6 et lorsque ces documents sont disponibles sous forme électronique, les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2, à l'exception des personnes morales dont le nombre d'agents ou de salariés est inférieur à un seuil fixé par décret (ndlr : 50 agents ou salariés), publient en ligne les documents administratifs suivants.

[7] « Les modifications apportées par la présente directive ne tendent pas à définir ou à modifier les règles d'accès en vigueur dans les Etats membres, lesquelles demeurent de la compétence de ces derniers » (considérant n° 8)

[8] Fixé dans les accords de licence sous la forme d'une redevance (Dir. PSI) ou d'une compensation financière (Règl. 2017/1926)

[9] En France, en application de la directive PSI, le principe est la gratuité de la réutilisation des informations publiques (CRPA,

3 ASSURER UNE CERTAINE ÉGALITÉ ENTRE LES UTILISATEURS

Pour les utilisateurs de données, les accords d'exclusivité sont considérés comme l'un des principaux freins à l'open data.

La Commission européenne a ainsi constaté la croissance d'accords exclusifs, sous la forme de partenariats public-privé, en vertu desquels les données de la personne publique ne sont transmises et exploitées que par son seul partenaire. Il peut aussi s'agir de clauses liant un organisme public à un prestataire accomplissant une mission de service public et aboutissant in fine à une exclusivité entre les deux acteurs.

Pour la Commission, ce type d'accords ou de pratiques peut aller à l'encontre de l'esprit de l'open data.

Cependant, beaucoup de détenteurs de données publiques y trouvent un intérêt, et de multiples solutions ou applications sont ainsi créées dans le domaine de la mobilité.

On peut citer des villes comme Amsterdam ou Hambourg^[15] qui ont conclu des accords avec des acteurs privés, aboutissant au couplage de données publiques et privées et permettant d'élaborer des applications favorisant l'information en temps réel, et facilitant les déplacements. Les applications combinent notamment les données de géolocalisation, les données locales relatives aux transports et celles des réseaux sociaux, afin d'offrir à l'utilisateur une solution de déplacement personnalisée en temps réel.

Le réseau des transports londoniens a ouvert depuis 2007 ses données statiques et dynamiques (sous accord de licence), ce qui a permis, avec des partenaires comme Twitter, Google, Apple, Citymapper et d'autres^[16], le développement de nombreuses applications aboutissant in fine à réduire le temps de déplacement de ses usagers^[17].

Plus près de nous, plusieurs partenariats entre la société Waze^[18] et des personnes publiques^[19] (des AOM par exemple) ou des personnes privées en charge d'obligations de service public (des sociétés d'autoroute par exemple), permettent de combiner les informations émanant de l'un et de l'autre^[20], et ainsi d'améliorer les services ou le fonctionnement de chacun des partenaires.

Ces collaborations entre acteurs publics et acteurs privés, permettent aujourd'hui un

développement d'applications qui s'avèrent fort utiles. Les accords d'exclusivité peuvent néanmoins poser question au regard des principes de l'open data des données publiques, ainsi qu'au regard des règles de la concurrence. Notamment :

- Les données d'origine publique utilisées par le partenaire, seront-elles par ailleurs réellement ouvertes aux autres acteurs ?
- Que deviennent ces données une fois transmises au partenaire, et à qui vont-elles bénéficier ultérieurement ?
- Seront-elles réutilisées de façon neutre et objective ? Notamment, dans le cas où le partenaire fournit par ailleurs des services concurrents à ceux de la personne publique ?
- De quels droits disposera la personne publique sur les applications développées par le partenaire ? En d'autres termes, seront-elles réutilisables ou répliquables ?
- Quel sera, au bout du compte, le gain financier de chacun des acteurs ?

L'Europe s'inquiète un peu de ces questions, mais elle n'envisage pas d'interdire les accords d'exclusivité. Elle entend cependant mieux les encadrer, en les rendant transparents et en interdisant ceux qui ne seraient pas nécessaires à la prestation d'un service d'intérêt général.

En application de la nouvelle directive PSI, les accords d'exclusivité^[21] devront donc désormais être rendus publics avant leur prise d'effet. Le bien-fondé de l'octroi du droit d'exclusivité devra faire l'objet régulièrement, et en toute hypothèse tous les trois ans, d'un réexamen. Et les accords qui ne remplissent pas les conditions fixées par la directive devront prendre fin, ceci selon des échéances relativement lointaines :

Accords existant depuis 2013
>>> Fin pour le 18 juillet 2043

Accords existant à compter du 16 juillet 2019
>>> Fin pour le 17 juillet 2049

Conformément au droit européen, le droit français n'autorise d'accorder un droit d'exclusivité à un tiers que s'il est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public^[22]. Cet accord ne peut excéder 10 ans, ce qui apparaît plus restrictif que ce que prévoit la directive PSI qui ne fixe pas de limite de durée aux accords licites, excepté pour ce qui concerne les ressources culturelles.

On peut ici s'interroger sur l'application de ces règles du CRPA aux accords d'exclusivité qui seront conclus à propos des données de mobilité visées par le Règlement sectoriel

art. L.324-1, principe de la gratuité par défaut). Le principe d'une redevance de réutilisation est prévu dès lors que l'activité principale de l'organisme consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques (ce sont principalement les données de Météo France, de l'IGN et du Service hydrographique et océanographique de la marine), et que la couverture des coûts liés à cette activité principale est assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions (CRPA, art. R.324-4-1). Le produit total du montant de cette redevance, évalué sur une période comptable appropriée, ne doit pas dépasser le montant total des coûts liés à la collecte, à la production, à la mise à la disposition du public ou à la diffusion de leurs informations publiques.

[10] CRPA, art. L.321-4 et R.321-5: Le service public des données de référence met à la disposition du public les données suivantes : 1° Le répertoire des entreprises et de leurs établissements (INSEE) ; 2° Le répertoire national des associations ; 3° Le plan cadastral informatisé ; 4° Le registre parcellaire graphique ; 5° Le "référentiel à grande échelle" produit par l'Institut national de l'information géographique et forestière ; 6° La base adresse nationale ; 7° La base de données de l'organisation administrative de l'Etat ; 8° Le répertoire opérationnel des métiers et des emplois produit par Pôle emploi ; 9° Le code officiel géographique (INSEE).

[11] La directive 2019/1024 donne à cet égard l'exemple de la signalisation routière et des voies de navigation intérieure qui pourront être intégrées dans la liste à définir de ces données.

[12] Dir. 2019/1024, art. 14, §3

[13] A compter de l'entrée en vigueur de l'acte d'exécution ayant défini l'ensemble de données de forte valeur particulier. Le règlement délégué (UE) 2017/1926 fixe, quant à lui, des principes relativement flous sur la fixation de la compensation financière qui peut être demandée : « Toute compensation financière est raisonnable et proportionnée aux coûts légitimes encourus pour la fourniture et la diffusion des données (...) » (art. 8, §4).

2017/1926 complété par le code des transports. Car en effet, le projet de loi d'orientation des mobilités prévoit que les dispositions du CRPA ne s'appliqueront pas à ces données^[23]. Or, le Règlement 2017/1926, s'il fixe des règles quant à la réutilisation des données^[24] ne traite pas de la question des accords d'exclusivité. Notons néanmoins que ce règlement délégué prévoit, dans ses considérants, le respect de la directive PSI, et qu'il est pris en application de la directive 2010/40/UE qui prévoit également le respect des principes de cette directive^[25]. On peut donc présumer que ces accords d'exclusivité seront régis par les mêmes principes.

4 ELARGIR LE CHAMP DES ORGANISMES SOUMIS À L'OBLIGATION D'OPEN DATA

■ Réglementation horizontale : Directive PSI

Jusqu'alors, n'étaient visés par la directive PSI que les « organismes du secteur public », c'est-à-dire l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les établissements de coopération intercommunale.

Il s'avère cependant que dans certains secteurs - l'énergie et les transports notamment - des entreprises totalement ou partiellement financées par des fonds publics, produisent des données de haute valeur qui ne sont pas exploitables puisque hors du champ de la directive PSI^[26].

La nouvelle directive de 2019 couvre donc désormais certaines catégories d'entreprises publiques^[27] qui sont définies au regard d'autres textes européens. Il s'agit notamment des entreprises publiques opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux visées par la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés.^[28] Cependant, malgré cette avancée de principe, la nouvelle directive ne va pas aussi loin qu'elle le laisse entendre. En effet, tout en englobant ces entreprises publiques dans son champ d'application, elle laisse aux Etats membres le soin de décider si ces entreprises devront ouvrir leurs données, et lesquelles^[29]. Ce n'est que dans ce cas qu'une partie seulement des dispositions de la directive devront être respectées par les entreprises^[30]. L'ouverture de leurs données par des entreprises soumises à la concurrence n'allait en effet pas de soi, et les auteurs de la directive ont donc dû être très modérés pour que celle-ci puisse être adoptée.

En France, la législation est avancée sur ce plan puisque, depuis la loi de 2016 pour une république numérique, l'obligation d'ouverture vise toute personne de droit public ou de droit privé chargée d'une mission de service public (CRPA, art. L.300-2 et L. L312-1-1), que ce soit dans le domaine de l'énergie, de l'eau, des déchets ou du transport.

Cela concerne un large champ de personnes morales. Notamment des entreprises telles que la SNCF (SA à capitaux intégralement publics), la RATP ou EDF^[31]. Il s'agit sans doute aussi des grands ports maritimes, établissements publics de l'état, en raison de leurs missions régaliennes de sécurité et de police portuaire.

■ Réglementation verticale : Règlement délégué (UE) 2017/1926

Celui-ci prévoit pour sa part un large champ d'application quant aux détenteurs de données de mobilités concernés par l'open data. Il s'agit :

- Des autorités chargées des transports^[32] : Le projet de loi d'orientation des mobilités précise qu'il s'agira pour la France des autorités organisatrices de la mobilité, de l'Etat, des régions, départements, communes et EPCI^[33] ;
- Des opérateurs de transport^[34] que le règlement définit comme une entité publique ou privée responsable de l'entretien et de la gestion du service de transport. Il s'agit semble-t-il des opérateurs en charge d'un service régulier de transport, quel que soit le mode à l'exception semble-t-il du fluvial qui n'est pas visé dans les considérants ;
- Des gestionnaires d'infrastructure^[35] ;
- Et des fournisseurs de services de transport à la demande^[36] : une formulation particulière qui englobe en fait le covoiturage, le partage de voitures, les vélos en libre-service (VLS), les taxis, et les services de trajet à la demande.

La soumission de tous ces acteurs privés de la mobilité à une certaine obligation d'ouverture de leurs données est assez inédite pour être soulignée.

5 ETENDRE LES CATÉGORIES DE DONNÉES À OUVRIR

La directive PSI présentait une lacune importante : elle ne prévoyait pas l'ouverture des données dynamiques^[37]. Avec sa refonte, les organismes du secteur public et les organismes de droit public devront donc, d'ici le 17 juillet 2021,

[14] L'option proposée par le Sénat, qui était de déclencher le paiement d'une compensation financière dès la première requête et calculée en prenant en compte le coût marginal associé, n'a pas été retenue par l'Assemblée nationale.

[15] Study to support the review of Directive 2003/98/EC on the re-use of public sector information, Final Report, Deloitte, SMART number 2017/0061 <https://discuss.okfn.org/t/psi-directive-review-your-opinion-on-the-proposed-changes/6679/3>, P. 270

[16] Bus Checker, Bus Times, Mapway

[17] Around 600 apps and 500 jobs depend upon the provision of TfL data

[18] Application mobile de navigation GPS qui appartient à Google

[19] Un accord a été conclu entre la Métropole de Lille et Waze. Cet accord est basé sur l'échange de données émanant d'une part de la métropole et portant sur les travaux publics sur son territoire (travaux routiers, construction de nouveaux éléments urbains), et d'autre part les données de trafic émanant de Waze (embouteillages, accidents). Cet assemblage des données permettra aux différents services municipaux d'améliorer leurs interventions et à Waze d'avoir des informations fiables sur les événements affectant l'infrastructure.

[20] Informations sur les travaux routiers, sur la fermeture de voies ou de ponts, sur l'évolution du trafic en temps réel

[21] Conclut depuis le 16 juillet 2019

[22] CRPA, art. L.325-1. Le bien-fondé de l'octroi du droit d'exclusivité doit faire l'objet d'un réexamen périodique au moins tous les trois ans (CRPA, art. L.325-2). Il doit être rendu public, ainsi que ses avenants (CRPA, art. L.325-8)

[23] Projet de LOM, art. 9-3° : « Les dispositions du code des relations entre le public et l'administration applicables aux informations publiques au sens de l'article L. 321-1 du même code ne s'appliquent pas aux données rendues accessibles et réutilisables en application du présent chapitre et des articles 3 à 8 du règlement délégué (UE) 2017/1926 » (C. transp., nvel art. L. 1115-1.3°)

mettre à disposition les données dynamiques aux fins de réutilisation aussitôt qu'elles auront été recueillies, en recourant à des API^[38] appropriés et, le cas échéant, sous la forme d'un téléchargement de masse (art. 5, §5)^[39]. Ces obligations s'appliqueront aussi aux entreprises publiques pour des documents existants et disponibles aux fins de réutilisation (art. 5, §7).

Si l'on se tourne vers le règlement 2017/1926 qui s'applique spécifiquement à certaines données de mobilité énumérées dans son annexe, il impose l'ouverture des données statiques mais encourage seulement l'ouverture des données dynamiques, ce qui est plus restrictif que ce que prévoit la directive PSI^[40]. La fourniture de ces données en temps réel est la plus compliquée et la plus coûteuse et l'UE a donc préféré pour l'instant la laisser optionnelle.

Comme on peut le voir dans le tableau ci-dessous, le règlement impose donc l'ouverture des données statiques concernant le réseau transeuropéen global (RTE-T global^[41]), ceci à différentes échéances allant de 2019 à 2021, en fonction du niveau de service. Les niveaux de services correspondent à différentes catégories d'informations: les informations du niveau de service 1 étant jugées moins difficiles à obtenir que celle du niveau de service 3.

Pour les Etats qui décideront d'imposer l'ouverture des données dynamiques, le règlement fixe un échéancier identique à celui prévu pour les données statiques^[42].

Si l'on se tourne maintenant vers le cadre français à venir^[43] le projet de loi d'orientation des mobilités prévoit la transmission des données à la fois statiques et dynamiques à un point d'accès national aux données (un PAN) qui est déjà en ligne^[44].

Les données à transmettre sont tout d'abord les données des services réguliers de transport organisés par les personnes publiques, ainsi que les données de stationnement en ouvrage ou sur voirie dont elles ont la charge. Les autorités concernées^[45] seront responsables de leur fourniture. Elles pourront en confier la charge aux opérateurs ou aux prestataires qui assurent le service.

S'agissant des « fournisseurs de services de partage de véhicules, cycles et engins de déplacement personnel » (les EDP), ils devront fournir les données statiques, historiques^[46] et dynamiques sur leurs déplacements, y compris les données relatives à leur localisation lorsqu'ils sont disponibles^[47].

Signalons ici que, si le règlement européen ne vise pas expressément les EDP, ceux-ci peuvent à mon sens entrer dans la définition du « transport à la demande » telle qu'énoncée par le règlement, définition qui dresse une liste non exhaustive des engins concernés^[48].

En ce qui concerne les plateformes de covoiturage, elles ne seront pas soumises à l'obligation de transmettre leurs données au PAN. Cependant, à partir d'un certain seuil d'activité (fixé par décret) et à la demande des AOM, elles devront mettre à disposition de ces autorités, un accès à leur service permettant des recherches sur un déplacement en covoiturage^[49]. Les AOM auront ainsi accès aux trajets proposés par les plateformes afin de diffuser l'information par le biais de leurs systèmes d'information multimodale.

En ce qui concerne les taxis, il existe déjà sur internet un registre de disponibilité des taxis (« Le. Taxi »). La LOM rendra obligatoire la transmission à ce registre des informations relatives à la localisation en temps réel du taxi disponible sur sa zone de prise en charge^[50].

[24] Il précise que les données sont réutilisées « d'une manière neutre, sans discrimination ni biais » (art. 8) et que les critères de hiérarchisation utilisés doivent être transparents.

[25] Art. 10, §5

[26] Il semble en effet que dans le cas d'une délégation de service public, le délégant ne puisse rendre publique les informations détenues par le délégataire car celui-ci n'est pas soumis à la directive.

[27] « entreprise publique » : toute entreprise active dans les domaines visés à l'article 1er, paragraphe 1, point b) et sur laquelle les organismes du secteur public peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de l'entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent. Une influence dominante des organismes du secteur public sur l'entreprise est présumée dans tous les cas suivants lorsque ces organismes, directement ou indirectement: a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise; b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise; c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise (Dir. 2019/1024, art. 2, §3)

[28] Il s'agit:

- des entreprises publiques opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux visées par la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés;

- des entreprises publiques agissant en tant qu'opérateurs de services publics de transport ferroviaire ou routier de passagers et visés par le règlement 1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route;
- et enfin des entreprises publiques agissant en qualité de transporteurs aériens ou d'armateurs communautaires remplissant des obligations de service public, ceci en vertu du règlement 1008/2008 et 3577/92.

[29] « La présente directive ne contient aucune obligation générale d'autoriser la réutilisation de documents produits par des entreprises publiques.

L'exploitant sera néanmoins en droit de refuser la prestation^[51]. Il sera donc localisable sans être contraint d'accepter la course.

Les VTC^[52], qui, contrairement aux taxis, sont soumis à une réservation préalable, ne seront pas concernés par une quelconque obligation de transmission de leurs données de localisation. Pour le ministère, cela n'était pas pertinent. Les gros acteurs du VTC profiteront néanmoins des données mises à disposition par leurs concurrents, notamment les taxis.

CONCLUSION

Le cadre de l'open data des données publiques de mobilité n'est pas des plus clairs, avec ces différentes strates de réglementation dont l'articulation pose question. Notamment celle de l'articulation entre les futures dispositions du code des transports (issus de la LOM et appliquant le règlement 2017/1926) et celles du CRPA (appliquant la directive PSI 2019). A cet égard, on imagine mal que les dispositions du code des transports n'offrent pas un cadre similaire à celui prévu par le CRPA, alors même que le règlement délégué 2017/1926 et la directive 2010/40 dont découlent les dispositions du code des transport, prévoient le respect par les législations nationales des principes posés par la directive PSI.

Les dispositions introduites par la LOM dans le code des transports nécessiteront sans doute des précisions réglementaires sur « QUI » doit ouvrir « QUOI » et « COMMENT ».

L'impression générale qui demeure de cette étude, est que l'on se trouve en présence d'un cadre juridique assez ambivalent, qui, tout en visant à faire progresser l'open data des données publiques en Europe, permet au secteur public à la fois de se protéger en limitant l'éventail des données à ouvrir dans un secteur concurrentiel, et de continuer à conclure des accords d'exclusivité.

Le rapport JUTAND remis au ministre des transports donne la précision suivante: « L'objectif de l'ouverture des données c'est aussi la création de nouveaux services et de modèles économiques indépendants des fonds publics. Dans des marchés non matures, il faut travailler en partenariat avec le secteur privé pour créer les conditions d'émergence de nouveaux modèles économiques. »

Il s'agirait donc de permettre aux acteurs solides du numérique d'utiliser les données publiques de mobilité, car ce serait principalement de ces acteurs que dépendrait le développement d'applications économiquement pérennes, et, dans le même temps, de tenter de préserver le secteur public contre les dérives qui pourraient en résulter^[54].

Ceci expliquant peut-être cela, soulignons pour conclure que l'Europe finance actuellement des projets –tels que le projet « BE-GOOD »^[55]– qui visent à permettre le développement, par de jeunes entreprises et à partir de données publiques, de nouveaux services numériques pour les usagers, similaires à ceux que je vous ai décrits, et qui, pour le coup, devront être complètement ouverts et répliquables.

On peut noter que la LOM prévoit une échéance plus précoce (le 1er décembre 2021) que ne le fait le règlement (le 1er décembre 2023) pour la mise à disposition des données statiques hors RTE-T global^[53]. Et les données dynamiques devront être fournies par les opérateurs français à cette même échéance du 1er décembre 2021.

Il convient de laisser la décision d'autoriser ou non la réutilisation à l'appréciation de l'entreprise publique concernée, sauf dispositions contraires prévues par la présente directive ou par le droit de l'Union ou le droit national. Ce n'est qu'après avoir mis un document à disposition aux fins de réutilisation qu'une entreprise publique devrait être tenue de s'acquiescer des obligations fixées aux chapitres III et IV de la présente directive, en particulier en ce qui concerne les formats, les redevances, la transparence, les licences, la non-discrimination et l'interdiction des accords d'exclusivité. » (Dir. 2019/1024, considérant n°26); « [...] et pour les documents détenus par des entreprises publiques, les États membres veillent à ce que, lorsque la réutilisation de ces documents est autorisée, ces derniers puissent être réutilisés à des fins commerciales ou non commerciales conformément aux chapitres III et IV » (Dir. 2019/1024, art. 3, §2)

[30] Notamment, elles n'auront pas à respecter les dispositions relatives au traitement des demandes de réutilisation (chap. II), ni à respecter les dispositions qui visent à limiter le montant des redevances.

[31] A condition que ces documents soient disponibles sous forme électronique (Code des relations entre le public et l'administration - CRPA, art. L.312-1-1 et L.300-2) et sous réserve des restrictions prévues par le même code.

Cela ne va pas aller sans poser des difficultés à ces entreprises qui pourront néanmoins se retrancher derrière le secret des affaires (CRPA, art. L.311-6).

[32] Régl. UE n° 2017/1926, art. 2, §9

[33] Projet LOM: nvel art. L.1115-1 du C. transp.

[34] Régl. UE n° 2017/1926, art. 2, §10

[35] « Un organisme public ou privé ou une entreprise chargée(e) notamment de l'établissement et de l'entretien de l'infrastructure de transport ou d'une partie de celle-ci », Régl. UE n° 2017/1926, art. 2, §23

[36] « Tout fournisseur public ou privé de service de transport à la demande à des utilisateurs et des utilisateurs finaux », Régl. UE n° 2017/1926, art. 2, §18

	Règlement 2017/1926		Loi d'orientation des mobilités	
	RTE-T global	Hors RTE-T global	RTE-T global	Hors RTE-T global
Données Statiques Mentionnées à l'annexe du Rglit 2017/1926	Obligatoire			
	Niveau service 1 (1.1.)	1 ^{er} décembre 2019	1er décembre 2023	1 ^{er} décembre 2019
	Niveau service 2 (1.2.)	1 ^{er} décembre 2020		1 ^{er} décembre 2020
	Niveau service 3 (1.3.)	1 ^{er} décembre 2021		1 ^{er} décembre 2021
Données Dynamiques Mentionnées à l'annexe du Rglit 2017/1926	Facultatif		Obligatoire	
	Niveau service 1 (2.1.)	1 ^{er} décembre 2019	1 ^{er} décembre 2020 Y compris les données des services de partage de véhicules, de cycles et d'EDP	1 ^{er} décembre 2021
	Niveau service 2 (2.2.)	1 ^{er} décembre 2020	1 ^{er} décembre 2020 Y compris les données des services de partage de véhicules, de cycles et d'EDP	
	Niveau service 3 (2.3.)	1 ^{er} décembre 2021	1 ^{er} décembre 2021	

Echéances de la transmission des données de Mobilité au Point d'accès national, V.Bailly-Hascoët, 2019

[37] Données fréquemment mises à jour, souvent en temps réel, not. les données de circulation

[38] Une API (pour application programming interface ou interface de programmation applicative) est un ensemble de fonctions, de procédures, de définitions et de protocoles qui permet la communication de machine à machine et l'échange continu de données.

[39] Dans le cas où leur mise à disposition immédiatement après la collecte, excéderait les capacités financières et techniques de l'organisme, elles devront être mises à disposition « dans un délai ou avec des restrictions techniques temporaires qui ne portent pas indûment atteinte à l'exploitation de leur potentiel économique et social » (art. 5, §6).

[40] Dans la mesure où ce règlement sectoriel ne porte pas préjudice à l'application des dispositions de la directive PSI, les Etats qui n'auront pas opté pour l'ouverture des données dynamiques en application du règlement, devront néanmoins imposer l'ouverture des données dynamiques visées par la directive PSI de 2019, aux organismes du secteur public (l'Etat, les collectivités territoriales et, les organismes de droit public tels que les EPCI) et aux entreprises publiques.

[41] Principaux réseaux routiers et ferroviaires + huit nœuds urbains (Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nice, Paris, Strasbourg et Toulouse)

[42] Ex : Niveau 1 : perturbations, informations sur la situation en temps

réel: retards, annulations, ... Niveau 2: disponibilité de stations de recharge en carburants alternatifs, Niveau 3: temps de trajet prévisionnels sur les liaisons routières

[43] Pour ce qui est du cadre actuel (avant adoption de la LOM), la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique (dite « Loi Macron ») a tenté de transposer dans le secteur du transport les dispositions de la directive PSI remaniée en 2013, tout en allant plus loin puisqu'elle a prévu l'ouverture d'un certain nombre de données dynamiques. Ces dispositions figurent à l'article L.1115-1 du code des transports et s'imposent en principe aux exploitants des services réguliers de transport public et des services de mobilité, ainsi qu'aux autorités organisatrices de transport. Donc, pour l'instant, aux personnes de droit public ou assurant des services publics de transport.

Le même article L.1115-1 prévoit que ces organismes sont réputés remplir leurs obligations dès lors qu'elles élaborent des codes de conduite, des protocoles et des lignes directrices faisant l'objet d'une homologation conjointe par les ministres chargés des transports et du numérique.

Mais notamment en raison de l'arrivée imminente du règlement 2017/1926 présenté précédemment, le décret d'application prévu par le code des transports n'a jamais été publié et ces dispositions ne sont pas entrées en vigueur. Néanmoins, certaines AOM ont pris l'initiative de créer des plateformes open data et deux codes de conduite ont été homologués en 2017 :

- un code de conduite élaboré par Air France, la RATP, SNCF, Transdev, Keolis, CarPostal France et AGIR, auxquels se sont associés l'UTP et la FNAM, en tant qu'organisations professionnelles des transports publics et du secteur aérien,

- un code de conduite élaboré par Keolis en tant qu'opérateur du réseau de transport urbain de Rennes Métropole

[44] <https://www.data.gouv.fr/fr/organisations/equipe-transport-data-gouv-fr/>

[45] Les AOM, l'Etat, les régions, les départements, les communes et les EPCI

[46] C'est-à-dire les caractéristiques de la circulation en fonction de l'heure, du jour, de la saison, fondées sur des mesures antérieures, comprenant le taux de congestion, les vitesses moyennes, les temps de trajet moyen

[47] Le niveau de service 2 (données dynamiques) du règlement 2017/1926 vise la « disponibilité de voitures et de vélos partagés »

[48] Transport à la demande : un service de transport de voyageurs qui se caractérise par la flexibilité des itinéraires, tels que le covoiturage, le partage de voitures, les vélos en libre-service, le partage de trajets, les taxis, les services de trajet à la demande. Ces services requièrent normalement l'interaction préalable du fournisseur de transport à la demande et des utilisateurs finaux (Règl. 2017/1926, art. 2, §17).

[49] C. transp., nvel art. L.1115-1-8°: Les réponses aux requêtes des usagers devront

fournir, pour chaque offre disponible, la localisation des lieux de montée dans le véhicule et de dépose, les horaires prévisionnels correspondants ainsi que le prix du trajet

[50] Modification de l'article L.13121-11-1

[51] Modalités prévues par un décret

[52] E. BORNE: « le régime juridique des VTC impose qu'une réservation préalable soit effectuée. La notion de disponibilité immédiate n'étant pas pertinente dans le cas des VTC, l'extension proposée à ces plateformes ne semble pas opérante. » <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/rapports/r2206-tll.pdf> p.77. B. COUILLARD: L'information relative à la réservation d'un VTC ne peut être obtenue qu'en procédant à une requête sur un déplacement précis, à une date et un horaire donnés. Il ne s'agit donc plus de données relatives à la disponibilité, mais de réservations.

L'ouverture de la billettique des centrales de réservation est déjà autorisée et encadrée à l'article 11 du projet de loi.

[53] Nous avons également relevé dans le projet de LOM que seront à fournir certaines données non prévues par le règlement, telles que l'information sur la puissance, ou sur l'accessibilité aux personnes handicapées ou à mobilité réduite, des points de recharge publics pour véhicules électriques ou hybrides rechargeables.

[54] Captage de la valeur potentielle du numérique par de grands groupes.

[55] <https://www.nweurope.eu/projects/project-search/begood/>



Bregtje M. DIKKER

(Beleidsmedewerker (internationaal) wegtransport bij Ministerie Infrastructuur en Waterstaat - Netherlands)

Consumer protection under a contract for 'passenger forwarding'*

Introduction

1. Since experiments with Mobility-as-a-Service ("MaaS") started in Helsinki, the idea of reinventing mobility has found much resonance all over Europe. The concept of MaaS, however flexible it is, embeds a multimodal approach to door-to-door journeys through an exchange of information or even contracting via an online platform. Sampo Hietanen introduced this concept for the first time in 2014 and describes MaaS as: "A mobility distribution model that delivers the transport needs of users through a single interface of a service provider. It combines different transport modes to provide a tailor-made mobility package".

^[1] Both governments and companies are actively experimenting with MaaS, thus enriching the mobility landscape with different applications of the concept, including seven regional pilots in the Netherlands as well as an intended collaboration between the national rail carrier and regional light rail carriers.^[2]

2. The scenario used in this paper is when the platform assumes a managerial role, consisting of undertaking to properly organize the transport of a passenger from A to B. The MaaS pilot "Rotterdam-the Hague Airport", for example, endeavors to organize transport for

passengers from their homes to their holiday destination. It envisages that the platform does not perform the transport itself, but rather combines the available means of transport in such a way that the passenger is allowed to move from A to B in the indicated timeframe. Its role is similar to the role of a 'freight forwarder', in the sense that it undertakes to have passenger transported, whereas a freight forwarder normally deals with goods. It is also similar to the package travel organizers (PTO), in the sense that it combines different services to achieve the main purpose of the contract. PTO, however, combine more than transport services to organize an entire holiday, whereas the MaaS platform limits itself to combining transport services only.

3. The experiments with MaaS present us with new types of contracts and therefore new questions about contractual liability. They possibly even present a need for further regulation. The qualification of a type of a contract is relevant to determine whether a (mandatory) liability regime applies between two legal subjects and depends on the operational activities of the MaaS platform. When consumers are involved, this framework should at minimum protect the fundamental

consumer rights provided for in, inter alia, the Charter of Fundamental Human Rights.^[3] In this paper the focus is on the MaaS carrier that undertakes to have the passenger transported from a-to-b. The platform is responsible for organizing but does not perform the carriage themselves. As such, the platform operates as an architect of the transport or 'passenger forwarder'.

4. This paper evaluates the contractual liability of this passenger forwarder de lege ferenda in the light of the legal requirement of EU Member States to provide a 'high level' of consumer protection. The current conceptualization of this contract, or the lack thereof, under Dutch law is taken as a starting point (section 2). Thereafter, the freight forwarder and the package travel organizer will be compared on the subject of their pre-contractual information duties, their liability position and their legal obligations pertaining to the prevention conflicts of interest (section 3). These inspire the concluding section (section 4) in which is analyzed what legal framework should be applied to passenger forwarding contracts to best support the passengers' rights as consumers?

1 LEGAL FRAMEWORK OF THE 'PASSENGER FORWARDER' UNDER DUTCH LAW

5. In the MaaS context whereby the platform operates as a passenger forwarder, a triangular series of (contractual) relationships are relevant. This includes the contractual relationship between platform and consumer (P-C) the contract between platform and service provider (P-S) and the (contractual) service provider and consumer (S-C).^[4] This contract will generally be a carriage contract but may also extend to rent contracts in case of shared cars or bikes.

6. It is unclear how the contract between the consumer and the platform is qualified under Dutch law. The Dutch legislator excluded the contract for having people transported from the scope of services - and related contracts, including agency and mandate.^[5] In support of this exclusion, the legislator refers to the international character of transport law and argues that contracts of having goods transported are already regulated under the specific section in the DCC on transport contracts (8:70 DCC) and refers to the package travel contract for having passengers transported (7:500 DCC).^[6] However, the contract at hand does not meet the requirements to be qualified as either of the mentioned contracts. As no goods are transported, the contract cannot be qualified as expedition under the 8:70 DCC and 7:500 DCC provides that package travel contract consist at least of a combination travel services, such as transport, overnight stays or any other tourism-related service. Most likely, an intermediary with a focus on organizing transport was not yet envisaged at that point. As a result, it is currently unclear what rules apply to such contracts.

7. The current uncertainty can be mitigated by drawing lessons from similar actors that have been embedded in the legal framework, namely the freight forwarder (8:70 DCC) or the package travel contract (7:500 DCC) which provide services similar to that of the MaaS platform as a passenger forwarder. The main operational activity of the Dutch freight forwarder consists of having the goods transported from the pick-up point indicated by the client to the destination provided by the client. To that end, it concludes contracts with carriers, in its own name or the name of the client. It is customary that it provides ancillary services as well, such as storing the

goods, arranging insurance and arranging customs clearance. Whether these fall within the scope of its forwarding contract is unclear but the majority opinion is that this is out of scope this contract and should be treated as general services contracts.^[7] Thus, in principle the triangle of (contractual) relationships in the context of the freight forwarder consist of the contract of forwarding between forwarder and client (FF-C). Also, a carriage contract between forwarder/client and carrier, depending on whether the forwarder contracts in its own name and last, a carriage contract between client and carrier.

8. Similarly, the Package Travel Organizer (PTO) composes a number of services to provide the traveller with its preferred holiday. The combination of these services are qualified as a package, within the meaning of the Package Travel Directive (PTD) in the following six circumstances. First, when a combination of at least two different types of travel services are offered for the purpose of the same trip or holiday, if those services are combined by one trader, including at the request of or in accordance with the selection of the traveler, before a single contract on all services is concluded.^[8] Further, when a combination of at least two different types of travel services are offered for the purpose of the same trip or holiday and these are:

- 1- purchased from a single point of sale and those services have been selected before the traveller agrees to pay,
- 2- offered, sold or charged at an inclusive or total price,
- 3- advertised or sold under the term 'package' or under a similar term
- 4- combined after the conclusion of a contract by which a trader entitles the traveler to choose among a selection of different types of travel services, or
- 5- purchased from separate traders through linked online booking processes where the traveler's name, payment details and e-mail address are transmitted from the trader with whom the first contract is concluded to another trader or traders and a contract with the latter trader or traders is concluded at the latest 24 hours after the confirmation of the booking of the first travel service.^[9]

9. Only in cases where another trader is acting as the organizer of a package should a trader, typically a high street or online travel agent, be able to act as a mere retailer or intermediary and not be liable as an organizer. Whether a trader is acting as an organizer for a given package depends on that trader's involvement in the creation of the package, and not on how the

*This communication is personal and commits only the author

[1] Sampo Hietanen, 'Mobility As A Service - The New Transport Model?' (2014) 12 (2) Eurotransport, p. 2-4; zie ook: P. Jittrapirom V. Caiati, A. Flashlight, S. Ebrahimigharehbaghi M.J. Alonso-González, J. Narayan, 'Mobility As A Service: A Critical Review Of Definitions, Assessments Of Schemes, And Key Challenges' (2017) 2 (2) Urban Planning 13-25.

[2] 7 MaaS pilots initiated by the Dutch government: C van Nieuwenhuizen Wijbenga, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/Rijksoverheidnl,25%20June%202018>, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/25/start-aanbesteding-pilots-mobility-as-a-service> accessed on 3 October 2019; Or a collaboration by two Dutch public transport providers: I. Jacobs, 'Ns-gvb-htm-en-ret-werken-aan-maas-platform' (OvPro, 28-05-2019) <https://www.ovpro.nl/special/2019/05/28/doel-maas-platform-past-bij-onze-taak-als-publieke-vervoerders/>, accessed on 27 June 2019.

[3] Article 12 TFEU; Article 38 CFHR; Article 3 under s Maastricht Treaty 1992

[4] Antonio Orti Vallejo, 'Contractual Relationships in Collaborative Economy Platforms' (2019) 27 (5) European Review of Private Law 995, 1000

[5] TK 1982-1983, 17 7779 #3

[6] TK 1982-1983, 17 7779 #3

[7] Krijn Fake Haak & Richard Zwitter, 'Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer', (Gouda Quint 1999) 355

[8] Art. 3 (2) b Directive No. 2015/2302 (Package Travel Directive)

[9] Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[10] Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[11] Thomas Wilhelmsson and Christian Twigg-Flesner, 'Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*' (2006) 2(4) European Review of Contract Law 441, 449;

trader describes his business. When considering whether a trader is an organizer or retailer, it should make no difference whether that trader is acting on the supply side or presents himself as an agent acting for the traveller.^[10]

Consequently, the position of the PTO is not as similar to the position of a mere intermediary but shows similarities with that of a principal as based on this contract, the services are obtained or provided. The relationship between organizer and service provider can for example be commercial agency (O-S) and the between service provider is, from the perspective of the consumer a subcontractor, as the PTO in general contracts in its own name (S-C).

2 COMPARISON: INSPIRATION FOR THE LEGAL FRAMEWORK DE LEGE FERENDA FOR PASSENGER FORWARDER

10. When comparing the freight forwarder, the package travel organizer and the MaaS platform in the light of a high level of consumer protection, the following topics are relevant. First, since the contracts are concluded online and will mostly be B2C, it is of utmost importance that the consumer benefits from its right to (pre-contractual) information. Duties of disclosure protect the real consent of the party, allow parties to compare similar products and make informed decisions and negotiate the most favourable terms.^[11] Also, information rules ensure that the consumer can exercise his rights against the counterparty in case of a breach of contract.^[12] Further, it is important that the liability position of the platform allows consumers to effectively protect their economic interest. Last, considering the previously mentioned triangular legal relationship, it is important that the consumer is protected against any perverse incentives resulting from conflicts of interests that may be arising when the platform works both for the service provider as well as the consumer. Expedition is therefore about coordination; the forwarder arranges the transport: he concludes a contract of carriage with a carrier or in its own name (the forwarder therefore becomes the sender) or in the name of his client.^[13]

A – (Pre-contractual) information rights

11. The Dutch freight forwarder has limited (pre-contractual) information duties. Dutch law does not refer to any specific pre-contractual information duties the freight forwarder may have. It is consequently not expected that the freight forwarder under Dutch Law is obliged to, for example, indicate the names and address of carriers it plans to involve, the way in which the contract can be terminated etc. The freight forwarder is however obliged to enable its client to exercise its rights under the contract in case the (timely) arrival of the goods in the contracted state is hampered.^[14] In case it performed (parts of) the contract itself, it is required to disclose this to the client at the moment it the goods are expected not arrive on time or undamaged.^[15] In case it did not perform any parts of the carriage, it is required to disclose immediately which contracts were entered into for the journey and give the client access to all documents that could bare relevance to the case.^[16] Breaching these obligations renders the freight forwarder liable as a carrier (see further under b).^[17] Thus is ensured that the client can effectively exercise its rights against the carrier.

12. Consumer law on the contrary, relies heavily on the information model,^[18] whereby information is considered an absolute prerequisite for any rational decision-making in the marketplace. Although its effectiveness is disputed,^[19] imposing information duties on businesses contracting with consumers is a rather popular policy tool to achieve maximization of consumer choice under EU law.^[20] It is thus not surprising that the package travel organizer has an extensive set of information duties, pertaining to, inter alia, the main characteristics of the travel services, the trading names and addresses of the service provider, the total price of the service and arrangements for payment, visa requirements, and information on termination of the contract.^[21] In this way, the consent of the parties is protected and the consumer is enabled to make an informed decision as they are able to compare between services and service providers and are aware of all key components of the package.

13. Moreover, prior to the start of the package, the package travel contract shall be provided to the consumer and it shall explain that the organiser is responsible for proper performance and shall provide assistance in case the traveller is in difficulty.^[22] Also, the traveller is informed on how it should communicate any lack of conformity

Leonieke Tigelaar, Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten (Groningen): Rijksuniversiteit Groningen (1st edn, Uitgeverij Paris 2017) 26

[12] Leonieke Tigelaar, Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten (Groningen): Rijksuniversiteit Groningen (1st edn, Uitgeverij Paris 2017) 33

[13] 8:60 DCC

[14] 8:62 and 8:63 DCC

[15] 8:62 DCC

[16] 8:63.1 DCC

[17] 8:62 and 8:63 DCC

[18] Hannes Rösler, 'Protection Of The Weaker Party In European Contract Law: Standardized And Individual Inferiority In Multi-Level' 2010 (4) European Review Of Private Law 729, 736; On The Information Principle: Hannes Rösler, 'Die Anwendung Von Prinzipien Des Europäischen Verbraucherprivatrechts In Der Jüngeren Eugh-Rechtsprechung' (2016) Zeitschrift Fur Europarechtliche Studien 341; Holger Fleischer, 'Vertragsschlussbezogene Informationspflichten Im Gemeinschaftsprivatrecht' (2000) Zeitschrift Fur Europaisches Privatrecht 772-798; For the concept of mandatory rules on information that foster party autonomy see: Stefan Grundmann and others, Party Autonomy And The Role Of Information In The Internal Market (Berlin: Walter De Gruyter, 2001); Stefan Grundmann, 'Information, Party Autonomy And Economic Agents In European Contract Law' (2002) 39 Common Market Law Review 269, 285

[19] It is argued that consumers use the provided information to justify their choice rather than to reconsider their choice. See: Hans Micklitz and others, Cases, Materials And Text On Consumer Law (1st Hart Publishing, 2010); Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson, 'Has EC Consumer Law Come of Age?' (2003) 28 (370) European Law Review 380

[20] Hans Micklitz and others, Cases, Materials And Text On Consumer Law (1st Hart Publishing, 2010) 215

and how the in-company complaint handling is structured.^[23] The information should be provided in a clear, comprehensible and prominent manner.^[24] Post contractual information duties include making available important contractual information on a durable medium post.^[25] Also, the identity of local contact person should be provided,^[26] as well as information on non-conformity and complaint handling procedures.^[27] Consequently, consumers purchasing a travel package are fully aware of their rights in case of non-conformity and thus enabled to exercise their rights under the contract.

■ B- Liability position for performance of the underlying contract

14. The general rule concerning the liability of the freight forwarder under Dutch Law is that it is liable in case the damage to the goods or delayed delivery is due to the negligence or fault of the forwarder. Normally, when at the time any damage or delay occurs during the journey the client will exercise its rights under the carriage contract. To that end, the client simply informs the forwarder it wants to exercise its rights and the forwarder gives notice.^[28] A direct contractual relationship between the sender and the carrier is thus established and the forwarder 'falls out' as it were.^[29] However, when the damage or delay occurred as a result of fault or negligence of the forwarder, the freight forwarder itself becomes liable.^[30] This is similar in Germany, the United Kingdom and Belgium.^[31] An example of such fault or negligence is the following. A forwarder swaps two shipments, namely a costly shipment of hormones with a package of chemicals. The package of hormones was worth fl.480,000 and was lost due to the fault of the forwarder. Even though the forwarder was liable for the damage, it could invoke the then Fenex limit of in this case fl. 48, -.^[32] The freight forwarder is this in general not liable for the performance of the underlying service.

15. There are two exceptions to this rule, namely in case performs (a part of) the carriage itself (Selbseintritt)^[33] and when it fails to fulfil its information duties. In the first instance, where the forwarder performance the carriage wholly or partially, the forwarder is considered a carrier for that contract. Thus is prevented that the forwarder bypasses mandatory carriage law.^[34] The second situation occurs where the forwarder fails to comply with its information duty that is described under (9)^[35]. A forwarder is obligated to provide the documents relevant

to the claim its clients has against the carrier (s). Not providing these or providing these late frustrates the right of recourse of the client. This renders the forwarder liable as if he were a carrier. This means that the forwarder has a compensation obligation as if he has (part of) the transport himself performed (Selbsteintritt).^[36] In the decision GMS v Peterson^[37] of 2008, the Dutch supreme court has given its interpretation of the notion that the forwarder 'is deemed to be carrier pursuant to that contract (of carriage)'. In the approach of the supreme court the fact that a statutory provision applicable to forwarding contracts imposes a carrier-like liability upon the forwarder does not mean that the nature of the contract changes from a forwarding contract to a contract of carriage.^[38] Nonetheless, in these cases thus the forwarder is liable for the performance of the underlying contract.

16. The PTO on the other hand, is as a general rule liable for the performance of the underlying contract. Once the test for the qualification of the contract as a package travel contract is met, an agent or intermediary becomes liable to the consumer for the performance of the package as a whole. According to articles 13(1) and (2) of the PTD, 'Member States shall ensure that the organizer is responsible for the performance of the travel services included in the package travel contract, irrespective of whether those services are to be performed by the organizer or by other travel service providers..^[39] Under Dutch law, this translates to the general rule that in case the journey does not meet the reasonable expectations of the traveller, the organizer is in principle obliged to compensate the traveller.^[40] The liability of the organizer extends property damage, death and injury as well as loss of enjoyment of the package.^[41] There are three exceptions to this rule namely, if the organizer proves that the lack of conformity is attributable to the traveler, attributable to a third party unconnected with the provision of the travel services included in the package travel contract and is unforeseeable or unavoidable or due to unavoidable and extraordinary circumstances.^[42] In addition, even if the lack of conformity is not attributable to the organizer, for example in case a war breaks out, the organizer is obliged to provide assistance to the traveller.^[43] The PTO cannot limit or exclude its liability for death and injury, beyond the limits provided under the applicable carriage conventions.^[44] Further, it cannot limit its liability in case of case of its own willful misconduct or gross negligence. It can however limit its liability for acts of those it uses in the execution of the contract, it can limit

[21] Art. 5 Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[22] Art. 7.2 (b) Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[23] Art. 7.2 (e) (g) Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[24] Art. 5 (3) Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[25] Art. 7 (1) Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[26] Art. 7 (2) c Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[27] Art. 7 (2) e, g Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[28] Art. 8:63 2 DCC

[29] Alicia Zwanikken, 'Algemene voorwaarden van expediteurs in Europa: op weg naar harmonisatie?' (2018) 4 tijdschrift vervoer en recht 69, 70

[30] Krijn Fake Haak & Richard Zwitter, *Oprichting aan hulpverleners. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, (Gouda Quint 1999) 363. Echter is niet iedereen deze mening toegedaan, zie ook: Ellen van Beukering-Rosmuller, *De expeditie-overeenkomst* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992 15; Alicia Zwanikken, 'Algemene voorwaarden van expediteurs in Europa: op weg naar harmonisatie?' (2018) 4 tijdschrift vervoer en recht 69, 70

[31] For Belgium: Cass. Be. 5 November 1936; Cass. Be. 27 January 1995; for Germany: § 461 (2) HGB, for common law: W. Tetley, 1987. Wouter Verheyen, *Automated SME cargo bundling as a tool to reduce transaction costs*. in Thierry Vanelslander (ed), *Maritime Supply Chains* (Elsevier 2019)

[32] Rechtbank Haarlem, 9 februari 1993, S&S 1993, 133.

[33] Artikel 8:63 lid 3 BW: '(...) verminderd met de schadevergoeding die de opdrachtgever mogelijk verkrijgt van de vervoerder verkreeg.'

[34] HR 25 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2657

[35] 8:61 DCC

its liability to three times the contract value.^[45] Regardless, it has to provide assistance including providing appropriate information on health services, local authorities and consular assistance; and assisting the traveler to make distance communications and helping the traveler to find alternative travel arrangements.^[46]

17. In terms of liability for the performance of the underlying contract, the position of the consumer is much less complex when the MaaS contract would be mirrored after the package travel contract. In principle, it is always clear where it has to direct its claim, there is no need to figure out which carrier or service provider to turn to. Although modelling the legal framework of the 'passenger forwarder' after the PTO would increase differences between the freight- and passenger forwarder under Dutch law, in European context the transport organizers are already familiar with such a system. After all, under French law, the commissionaire de transport is also responsible for the performance of the carriage.^[47] This responsibility includes responsibility for faults of the persons it contracted with to arrange the transport, including the carrier. It is thus assumed in general that the commissionaire has an 'obligation du resultat'.^[48] Although the commissionaire is not liable in case of force majeure, it has limited further possibilities to exonerate himself contractually.^[49] Firstly, limitations are only valid when the commissionaire has informed its client about the limitation clause, for which the commissionaire has the burden of proof. Also, the commissionaire cannot limit its liability for essential commitments or in case of willful misconduct or gross negligence.^[50]

■ C – Conflicts of interests

18. Concluding contracts via an intermediary inherently brings about a risk of conflicts of interests. Primarily because the intermediary may have contracts both with the recipient of the service, as well as with the provider of the service. As a result, the intermediary may be inclined to present the recipient with a deal that most beneficial to the intermediary, rather than for the recipient ('serving two masters'). The intermediary may be incentivized to offers services at higher prices or offer substandard contractual terms etc. Arguably, under Dutch law, there is also a conflict of interest when the intermediary provides some of the services itself. This refers primarily to the incentive not to comply with its information duties that allow the

consumer to effectively exercise its claims.

19. The first situation, in which the intermediary works both for the provider and the recipient of the service, is in general allowed under Dutch law provided that there is no risk of conflicts of interest and, when the recipient is a consumer, prior consent.^[51] Non-compliance can be qualified a breach of contract and loss of right for the intermediary to receive payment.^[52] In addition, in transactions involving sale or rental of real-estate, double fees are not allowed as a principle.^[53] Recently for example, the High Court in the Netherlands ruled that AirBnB is not allowed to charge both the landlords and the tenants for its services.^[54] However, the Dutch legislator apparently did not object to this type of conflict of interest in the context of freight forwarding as these particular reservations are not made under the law of freight forwarding.^[55]

20. Similarly, pertaining to the second example, in which the intermediary decides to perform parts of the service itself (Selbseintritt) is in general under Dutch Law also allowed provided the scope of the service is so clear that conflicts of interest are impossible, the intermediary can perform the service itself.^[56] Also, if counterpart is a consumer prior consent is required.^[57] The Dutch legislator chose not to include these stipulations in the context of freight forwarding. Because in practice often freight forwarding choose to perform parts of the service themselves and the practice is considered expedient as it fosters flexibility and speed, the legislator chose to allow 'Selbseintritt', regardless of the presence of conflicts of interest.^[58] The risks of, for example higher freight costs, are thus born by the sender. Haak and Zwitter argue in this context that the client could still claim damages from the freight forwarder, as in their perspective, it has a duty of care.^[59] This is however not undisputed: contrary to any other services contracts, book 8 does not mention a duty of care for the freight forwarding contract.^[60]

21. In the context of package travel organizing, similar situations occur. Organizers may also perform services themselves or via subsidiaries and, at least theoretically, can conclude contracts with service providers to package their services.^[61] PTO's can conclude SLAs or other commercial agreements with the providers of the underlying service, which can affect the price of the package or the conditions under which the contract is performed. It can first be argued that the extensive pre-contractual information duties somewhat mitigate this effect, after all, the organizer needs to disclose the total price, the manner in which it is calculated as well as which sub-contractors it

[35] 8:63 (3) DCC

[36] Alicia Zwanikken, 'Algemene voorwaarden van expediteurs in Europa: op weg naar harmonisatie?' (2018) 4 tijdschrift vervoer en recht 69, 70

[37] HR 25 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2657

[38] Frank Smeele, 'Legal conceptualisations of the freight forwarder: some comparative reflections on the disunified law of forwarding', in: R. Thomas & S. Lamont-Black (red.), *Current issues in freight forwarding*, Lawtext Publishing Limited 2017

[39] Piotr Tereszkievicz, 'Digital Platforms: Regulation and Liability in the EU' (2019) 27 (6) *European Review of Private Law* 902, 917

[40] 7:507 (2) DCC

[41] TFE Tjon Tjin Tai, *Asser Serie 7 IV Bijzondere Overeenkomsten* (Kluwer 2009) 377; case C-168/00: Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co

[42] Art. 14.3 Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive), 7:504 DCC

[43] Art. 16 Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive)

[44] 7: 508 DCC

[45] 7: 509 (3) DCC

[46] Art. 16 Art. 3 (2) b Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive) and 7:507 DCC

[47] See also: Wouter Verheyen, *Contractuele aansprakelijkheid van vervoersintegratoren* (1st edn, Die Keure Publishing Group 2014) 90

[48] CA Paris 25 mars 1982

[49] Wouter Verheyen, *Contractuele aansprakelijkheid van vervoersintegratoren* (1st edn, Die Keure Publishing Group 2014) 154-157

[50] Wouter Verheyen, *Contractuele aansprakelijkheid van vervoersintegratoren* (1st edn, Die Keure Publishing Group 2014) 159; Frédéric Letacq - IDIT *Commission de transport*, p. 8

[51] Art. 7:417 DCC

[52] 7:418 DCC

[53] 7:417 (4) DCC

[54] HR 16-10-2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:1437. Provided that AirBnB is not

aims to employ for the package. Moreover, under Dutch Law the contract of the PTO is considered a specis of the services contract and are, contrary to the freight forwarder contract, not excluded from the scope of the general provisions.^[62] As such, the conflicts of interest arising from selbseintritt are regulated under the previously mentioned

general provisions. Thus, the intermediary can perform the service itself provided the scope of the service is so clear that conflicts of interest are impossible and the consumer has consented to it.^[63]

Conclusion

What legal framework should be applied to passenger forwarding contracts to best support the passengers' rights as consumers?

22. As it appears, the contract for 'passenger forwarding' does not yet have a place in the Dutch legal framework. Thus, in this contribution we compared the legal frameworks applicable to actors with similar operational activities to evaluate what legal framework should be applied to passenger forwarding contracts to best support the passengers' rights as consumers. Comparing the legal position of the Dutch freight forwarder to the package travel organiser, leads to the conclusion that the package travel contract provides a higher level of protection to consumers. The consumer will be entitled to a wider scale of (pre-contractual) information rights, have a beneficial liability position and, because of the centralization of liability with the organizer, suffers less danger from any conflicts of interests. Therefore, mirroring the legal framework for MaaS organizers after the PTO would allow to achieve high level of consumer protection.

23. It has already been defended that an agreement exclusively for passenger transport should also fall within the scope of the title for travel arrangements.^[64] The evaluation of the Package Travel pointed out that many complaints were raised on consumer protection in the field of civil aviation and the need for protection in this area, as well as on public transport.^[65] It was also assumed in the preamble to Directive 90/314/EEC that protection on that point can be left to the applicable conventions.^[66] This, however, does put a heavy burden on the platform. For example, the Dutch legislators considered such burden too harsh.

24. From a policy perspective, however, it would not be surprising to choose nonetheless to mimic the legal framework after the PTO. As 'a high level of consumer protection' is a fundamental right of European citizens and claiming from each carrier or service provider separately is a rather impossible endeavour, it is the authors' opinion that this would lead to informed contractors, a fair chance of effective redress and abolish perverse incentives due to conflicts of interest. Thus, the consumers would benefit from a clear-cut legal framework that provides with the safety to conclude contracts with all European service providers.

qualified as an 'information society service' which it, based on the non-binding opinion of Advocate General Eoin Michael Hession, does. See Opinion in Case C-390/18 Eoin Michael Hession and AIRBNB Ireland UC v Hôtelière Turenne SAS and Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP) and Valhotel

[55] Krijn Fake Haak & Richard Zwitter, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, (Gouda Quint 1999) 379

[56] 7:416 DCC

[57] 7: 416 (3) DCC

[58] MvA II 17 477 parliamentary history book 8

[59] Krijn Fake Haak & Richard Zwitter, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, (Gouda Quint 1999) 377-378

[60] Compare: 7: 401 DCC and 8: 60 DCC and further. See also: Krijn Fake Haak & Richard Zwitter, *Opdracht aan hulppersonen. Over logistieke dienstverlening in het vervoer*, (Gouda Quint 1999) 362

[61] TUI Group for example acts as travel organizer but also owns hotels and has an air transport subsidiary, TUI fly.

[62] T.F.E. Tjon Tjin Tai, *Asser Serie 7 IV Bijzondere Overeenkomsten* (Kluwer 2009) 337

[63] 7:416 DCC

[64] L.J.H. Mölenberg, *Een op verzoek van de reiziger samengesteld pakket van reisdiensten is ook een tevoren georganiseerde pakketreis. Zaak C-400/00 (Club Tour): een 'vergeten' arrest met verstrekende gevolgen voor de aansprakelijkheidsverdeling in de reisbranche*, *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2006, 108-112

[65] Directive (Report on the implementation of Package Travel Directive 90/314 / EEC, SEC (1999) 1800 final, points 1.3.3 and 1.3.4)

[66] T.F.E. Tjon Tjin Tai, *Asser Serie 7 IV Bijzondere Overeenkomsten* (Kluwer 2009) 340; Directive N° 2015/2302 (Package Travel Directive) 35



Marc BEBRINCAT

Fédération Nationale des Associations d'Usagers des Transports FNAUT - France

Les droits du voyageur de la mobilité numérique

Introduction

La FNAUT est une association de consommateurs agréée qui défend individuellement et collectivement les usagers des transports. La FNAUT est également un groupe de pression en faveur d'une politique durable des transports.

L'objet de l'intervention est d'analyser l'impact de l'économie numérique sur les droits des voyageurs de services de mobilité:

- qui ont été créés ou transformés par le numérique (les smartphones combinant applications et géolocalisation): VTC, covoiturage, vélos en libre-service, location de voiture entre particuliers,
- dont l'acte d'achat a été transformé par le numérique: transport ferroviaire,
- traditionnels dont les évolutions ne sont pas essentiellement numériques

mais juridiques: services d'autocars librement organisés, voiture libre-service.

L'objet de l'intervention est également d'exposer les propositions de la FNAUT visant à améliorer les droits des voyageurs de la mobilité numérique, qui doivent venir en complément du socle des droits des voyageurs des différents modes de transport.

L'analyse se fait en suivant le parcours client:

- 1- le rôle des plateformes (sélection des offres),
- 2- la responsabilité des plateformes (achat de l'offre, délivrance de la prestation et parfois exécution du contrat de transport),
- 3- les modes de paiement (paiement de l'offre),
- 4- la médiation de la consommation (mauvaise exécution de l'offre).

1 LE RÔLE DES PLATEFORMES

Le rôle des plateformes est de permettre la sélection des offres par modes, horaires et tarifs au moyen d'algorithmes et la mise en relation entre les offreurs et le consommateur.

Le code de la consommation (article L. 111-7) qualifie de plateformes les opérateurs qui pratiquent le classement ou le référencement des offres de transport au moyen d'algorithmes informatiques (ex: Trainline, OUI.sncf) ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'une prestation de transport (ex: Blablacar, Uber).

Le code de la consommation impose de communiquer au consommateur les modalités de classement des offres au moyen d'algorithmes qui gouvernent leur présentation. D'autre part, l'article L. 111-7-1 du code de la consommation alinéa 1 impose aux plateformes les plus importantes en termes d'audience, l'obligation d'élaborer et de mettre en place des bonnes pratiques « visant à renforcer les obligations de clarté, de transparence et de loyauté mentionnées à l'article L. 111-7 ».

Le décret n°2017-1435 fixe à 5 millions de visiteurs uniques par mois le seuil à partir duquel les plateformes ont l'obligation de mettre en place ces bonnes pratiques, OUI Sncf disposant d'un nombre de visiteurs uniques par mois de plus de 12 millions^[1] (site internet et application),

[1] <http://www.mediametrie.fr/internet/communiques/barometre-trimestriel-de-l-audience-du-e-commerce-en-france-zoom-e-commerce-alimentaire.php?id=1888>

[2] Loi n°2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes.

il est concerné par l'obligation de mettre en place des bonnes pratiques.

Cette obligation d'élaboration et de diffusion de bonnes pratiques ne s'accompagne d'aucune exigence sur leur contenu: il s'agit d'une auto-évaluation dépourvue de sanction.

A ce jour, OUI Snfc donne des informations sur ses algorithmes (classement par l'horaire de départ) mais n'a pas élaboré de bonnes pratiques.

Les demandes de la FNAUT:

>>> **Mieux informer sur les algorithmes mis en œuvre:** un certain nombre de critères ne sont pas énoncés mais sont pourtant utilisés par OUI Snfc pour sélectionner les offres:

- le nombre maximal de correspondances pour un trajet est actuellement limité à deux (ce qui peut s'avérer pénalisant pour trouver des itinéraires alternatifs en cas d'interceptions des lignes),
- la durée de correspondance minimale dans les grandes gares.

>>> **Permettre de contourner ces algorithmes:** il faudrait permettre au voyageur de contourner ces choix pour qu'il puisse trouver, s'il le souhaite, des offres avec plus de correspondances ou avec des durées de correspondances en gare réduites mais qui peuvent être moins chères.

>>> **Permettre un tri des offres en fonction du prix** le moins cher pour le trajet recherché (comme c'est possible pour les offres de vols ou d'hébergement).

2 LA RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES

La responsabilité des plateformes est de permettre l'achat de l'offre et de délivrer la prestation.

La responsabilité des plateformes de l'économie collaborative (ex: Blablacar) se limite au service de mise en relation entre un voyageur et un offreur de trajet. Le service de mise en relation relève du droit de la consommation alors que le service de transport relève du droit commun d'une relation entre particuliers. Il n'y évidemment pas de responsabilité en cas de retard à l'arrivée par exemple.

Pour les modes de transport classiques, la plateforme est responsable de la délivrance de la prestation mais pas de son exécution, qui relève du transporteur.

Pour le transport public particulier de personnes (T3P: VTC et taxis), il existe une responsabilité spécifique des plateformes, issue de la loi n°2016-1920 du 29 décembre 2016^[2] dite loi Grandguillaume et codifiée à l'article L. 3142-3 du code des transports, sur l'exécution du contrat de transport.

La centrale de réservation, plateforme de T3P, est responsable de l'exécution du service de transport. Ce régime constitue une spécificité, puisque les autres plateformes de mises en relation de voyageurs avec un système de transports ne supportent pas la responsabilité de l'exécution du service.

Ainsi, les plateformes de VTC et taxis sont responsables de l'exécution du contrat, notamment en cas de non présentation du chauffeur ou en cas de retard au départ. Le consommateur qui subit une de ces situations dispose alors d'une action en responsabilité civile contractuelle contre la plateforme, qui peut se dégager de sa responsabilité en excipant d'un fait justificatif présentant les caractéristiques de la force majeure. Cette responsabilité semble assez théorique, les plateformes gèrent finement leur offre en temps réel et il n'y a pas de décisions de jurisprudence récente relative à leur responsabilité.

Les demandes de la FNAUT pour améliorer les droits des utilisateurs des plateformes:

>>> **Améliorer l'information sur les prix déterminés par le yield management** (prix variables en fonction de la demande pratiqués par exemple par certaines applications de VTC): informer le consommateur sur le fait que le prix est yieldé, sur les règles de variation du prix et sur le prix minimal et le prix maximal afin que le consommateur puisse se situer au moment où il a connaissance du prix de l'offre.

>>> **Pour les plateformes de mobilité partagée du secteur automobile couvert par l'obligation d'assurance, l'information sur les limites de l'assurance souscrite à la location doit être améliorée. Le risque de sur-assurance et surtout de sous-assurance est réel en raison de situations potentiellement non couvertes pouvant entraîner une majoration des franchises voire un défaut d'assurance: déplacements domicile-travail, déplacements professionnels, utilisation commerciale du véhicule etc.**

>>> **Améliorer l'information sur la notation des clients** et ses conséquences en matière d'accès voire de suppression d'accès à l'offre. La notation des clients et des prestataires est un des moteurs du fonctionnement de l'économie numérique,

un certain nombre de services de mobilité étant assurés par de simples particuliers (covoiturage) ou par des professionnels qui ne sont pas les salariés directs de l'entreprise qui commercialise le service. Les plateformes ne donnent que peu de détails sur l'évaluation des clients et ses conséquences sur l'accès au service.

A noter qu'un certain nombre de plateformes de VTC ont permis la création de droits nouveaux, en permettant l'annulation gratuite d'une course après sa commande alors que l'article L. 221-2 du code de la consommation prévoit que les transports ne sont pas soumis au droit de rétractation.

3 LES MODES DE PAIEMENT

Les différentes solutions de billettique permettant le paiement de l'offre peuvent poser un certain nombre de difficultés:

>>> Les dispositifs d'openpayment (ex: le transport urbain de Dijon): la carte bancaire devient le support du titre de transport réglé par paiement sans contact, sans création de compte préalable (si c'est le choix du consommateur), sans délivrance d'une preuve de l'achat. Il pourrait y avoir des risques de difficulté de preuve par rapport aux exigences du décret du 3 mai 2016 sur les infractions tarifaires exigeant que le voyageur soit muni d'un billet valable.

>>> Les dispositifs de Check In/Check Out: le client signale le début et la fin de son trajet sur son smartphone géolocalisé.

>>> Des questions sociétales pourraient se poser liées à la nécessaire possession d'un smartphone ou d'une carte bancaire.

>>> Des questions pratiques peuvent se poser, liées à la qualité du réseau, même si certaines solutions privilégient les titres stockés dans le téléphone sans qu'il y ait besoin d'une connexion au réseau de données, et à la recrudescence du vol des téléphones portables.

Ces deux dispositifs permettent une facturation sur la base du titre le plus intéressant de la gamme tarifaire mais supposent un accord des différentes autorités organisatrices pour une réelle intermodalité tarifaire et une adaptation des différents dispositifs de billettique et de validation.

Enfin, en cas de litige sur le paiement lui-même, l'interlocuteur n'est pas l'opérateur de transport mais le responsable de la solution de paiement qui doit mettre en place un dispositif de médiation de la consommation.

4 LA MÉDIATION DE LA CONSOMMATION

En cas de mauvaise exécution du service, la médiation de la consommation permet au consommateur de soumettre son litige avec le professionnel à un médiateur reconnu, agréé par la Commission d'Évaluation et de Contrôle de la Médiation de la Consommation.

L'intérêt de la médiation pour le consommateur est triple:

la médiation interrompt la prescription
la médiation conserve les possibilités de recours contentieux,
le médiateur statue en droit et en équité.

Cette possibilité doit obligatoirement être mise en place par le professionnel depuis le 1^{er} janvier 2016 (article L. 612-1 du code de la consommation).

Dans le secteur de la mobilité, sa généralisation n'est pas totalement aboutie: le secteur de la mobilité traditionnelle (transports urbains, entreprises ferroviaires, transport aérien, autocaristes) a mis en place ou adhéré assez rapidement à des dispositifs de médiation.

Le secteur de la mobilité numérique est en retard, qu'il s'agisse de plateformes de mises en relation dont les prestations de mise en relation doivent relever d'un médiateur (ex: covoiturage, véhicules partagés) ou dont les prestations de mise en relation sont associées à des prestations de transport (VTC, taxis).

La FNAUT a demandé et obtenu, dans certains cas, la mise en place de dispositifs de médiation, notamment dans le secteur des VTC.

Enfin, il faut noter le caractère particulier de la médiation de la RATP et de la SNCF dont les médiatrices acceptent de traiter les litiges liés aux procès-verbaux d'infractions tarifaires. Ces litiges représentent une part importante de leur activité et permet de répondre à des situations par nature conflictuelles.



Conclusion

Parmi les questions à venir pour la mobilité numérique, le développement des plateformes d'information multimodale et de billettique (MaaS: Mobilty as a Service) pose les questions suivantes: qui les gouverne (les opérateurs historiques, les autorités organisatrices, les GAFAs?), quelles responsabilités sur les informations d'itinéraires qu'elles diffusent: à l'obligation de transparence des plateformes le projet de Loi d'Orientation des Mobilités ajoute que les solutions de déplacement proposées doivent être «insusceptibles d'induire l'utilisateur en erreur». Ce projet confère aux associations de consommateurs agréées la possibilité de saisir l'Autorité de Régulation des Transports de plaintes relatives à l'ouverture des données des transports.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'achat et l'utilisation de services de transports multimodaux dans le cadre d'un MaaS ne confèrent pas, de ce fait, de droits supplémentaires aux voyageurs: les droits du voyageur multimodal correspondent aux droits dont il dispose pour chaque mode. Si on raisonne sur la globalité du déplacement, ses droits sont limités par ceux du segment le moins protecteur en termes de droits des voyageurs. Il faut relever, par exemple, qu'il n'y a pas de droits du voyageur des transports urbains en retard.

Ces thèmes sont développés dans des études disponibles à <https://www.fnaut.fr/actualite/etudes-et-debats> ainsi que dans un article qui a été publié dans la revue Transports Urbains (numéro 132 2018/1 <https://www.cairn.info/revue-transports-urbains-2018-1.htm>).

Partie | 2

LE TRANSPORT A L'ERE DU NUMERIQUE : DESINTERMEDIATION, DEMATERIALISATION, BLOCKCHAIN

-
- > Le commissionnaire de transport français et ses homologues
 - > Le statut des nouveaux acteurs
 - > Dématérialisation et Transport
 - > Blockchain et transport



Le commissionnaire de transport français et ses homologues



Cécile LEGROS

Professeur Université Rouen - France - CUREJ - Directrice scientifique - IDIT

Le commissionnaire de transport et ses homologues européens :
Quel régime juridique applicable aux contrats internationaux ?

Introduction

Les contrats de transport de marchandises ne sont en général pas conclus directement entre l'expéditeur et le destinataire, mais plus souvent par l'intermédiaire d'un tiers professionnel dont les missions peuvent être différentes d'un pays à l'autre.

La qualification de ce type d'intermédiaire est variable au sein d'un même système juridique, elle l'est encore plus si l'on se place au plan international. Par exemple, si le contrat est conclu via une plateforme, la jurisprudence française retient plusieurs qualifications possibles fondées sur différents critères^[1]. Mais ce ne sont là que les solutions du droit français. Lorsque l'opération est internationale^[2], la qualification pourra être différents d'un État à l'autre ce qui créé une importante d'insécurité juridique pour les opérateurs.

Or, découle de cette qualification un régime juridique applicable au contrat d'intermédiaire, régime dont la teneur est elle aussi très variable. En particulier,

l'étendue de la responsabilité de l'intermédiaire peut être limitée dans certaines législations, ou au contraire très large dans d'autres. Ce dernier peut être ainsi responsable dans les mêmes conditions que le transporteur (cas du commissionnaire en droit français), ou comme un simple mandataire^[3]. Dès lors, lorsque le contrat d'intermédiaire est international, la question de la loi qui aura vocation à régir cette relation est fondamentale.

Certes, ce type de contrat qui bénéficie largement de la liberté contractuelle est avant tout soumis aux termes mêmes de l'accord convenu entre les parties : contenu ad hoc ou par référence à des

conditions générales professionnelles^[4], voire en droit français par renvoi au contrat-type commission^[5]. Toutefois, certains aspects du contrat peuvent relever de règles locales impératives^[6]. Il se peut aussi que le contrat soit lacunaire de sorte qu'à côté des stipulations contractuelles, la recherche de la loi applicable s'avère parfois nécessaire lorsque le contrat est international.

Il convient tout d'abord d'identifier les sources qui permettent de déterminer la loi applicable au contrat d'intermédiation de transport, avant d'exposer les solutions.

1 SOURCES RÉGISSANT LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT D'INTERMÉDIAIRE DE TRANSPORT

Dans l'Union européenne, cette question est réglée par un texte harmonisé applicable dans tous les États de l'Union, le Règlement n° 593/2008 dit « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles^[7].

Aux termes de l'article 1 relatif au champ d'application matériel de ce texte, le paragraphe premier énonce que le présent règlement s'applique « dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale ». Il s'agit donc d'un texte général qui concerne tous les contrats internationaux et s'impose, en tant que Règlement à caractère universel, à tous les États membres de l'Union. Il régit donc, entre autres, le contrat d'intermédiaire de transport.

Mais un autre texte, international celui-là, a également vocation à résoudre cette question. Il s'agit de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux intermédiaires et à la représentation^[8]. La convention harmonise entre les États signataires les règles de conflits en matière de représentation^[9] internationale. Le rapport explicatif de la convention établi par I.G.F. Karsten^[10] précise clairement que le concept d'intermédiaire est entendu d'une manière large dans ce texte et il cite d'ailleurs la mission de transport comme un exemple de représentation indirecte.

Cette convention est certes d'une portée territoriale assez limitée puisqu'elle ne compte que quatre États partie (l'Argentine, la France, les Pays-Bas et le Portugal). Il n'en reste pas moins que lorsque le juge français est saisi de la question de la détermination de la loi applicable à un tel contrat, il doit appliquer cette convention et ce par priorité aux textes européens. Il est d'ailleurs surprenant que la Cour de cassation ait écarté sans justification cette convention dans l'affaire Haeger & Schmidt^[11]. En effet, dans la hiérarchie des normes, la Convention de La Haye, à caractère international, prime en principe de Règlement Rome I de portée régionale. Le Règlement confirme d'ailleurs cette règle de priorité dans son article 25§1, priorité corroborée par le caractère spécial de la convention qui porte précisément sur les contrats d'intermédiation alors que le Règlement vise tous les contrats internationaux.

Les sources étant identifiées, il convient maintenant d'exposer les règles de conflit prévues par ces textes.

2 LES RÈGLES DE CONFLITS RÉGISSANT LE CONTRAT D'INTERMÉDIAIRE DE TRANSPORT

La convention comme le règlement énoncent des règles de conflit comparables qui autorisent les parties à choisir la loi applicable à leur contrat et, à défaut de choix, énoncent une règle de conflit.

■ A – La convention de La Haye

La convention précise en son article 5 que les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat.

A défaut de choix, l'article 6, paragraphe 1 alinéa premier énonce que la loi applicable au contrat d'intermédiaire est la loi interne de l'État dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle, sauf si le donneur d'ordres est établi dans le même État que celui où l'intermédiaire exerce à titre principal son activité, auquel cas s'applique la loi de cet État. La convention fait primer ainsi la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable. Les parties peuvent donc choisir une loi, ce choix n'étant pas limité par la Convention. A titre principal c'est, à défaut de choix contraire des parties, la « loi de l'intermédiaire qui s'applique ». Par conséquent, si l'intermédiaire est établi en France, le contrat sera régi par le droit français. Par exception, lorsque l'intermédiaire exerce son activité d'intermédiation dans l'État de son client, la loi de cet État s'appliquera au détriment de la loi du lieu d'établissement de l'intermédiaire.

La solution n'est pas très différente en droit européen, même si des subtilités non négligeables sont susceptibles de mettre en cause ces principes de base^[12].

■ B- Le Règlement Rome I

En droit européen, la philosophie générale du système est la même. Les parties ont la faculté de choisir la loi applicable à leur contrat. A défaut, le règlement Rome I énonce une règle de conflit de lois qui détermine la loi applicable.

[1] I. Bon-Garcin, Les Plateformes de mise en relation dans le transport de marchandises : Quel statut ?, voir sa communication dans le présent TRANSIDIT.

[2] A cet égard, les critères de l'internationalité du contrat conclu par l'intermédiaire est difficile à apprécier. Le lieu d'établissement des parties (Client, transporteur, intermédiaire...) dans des États différents, ou encore le caractère international du transport organisé (qui repose en général sur un franchissement de frontières), sont autant de facteurs à prendre en compte. Il est d'ailleurs notable que la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux intermédiaires et à la représentation qui selon l'article 1er « détermine la loi applicable aux relations à caractère international », ne définissent pas les critères permettant d'identifier une « relation à caractère international ».

[3] J. De Sentenac, Le statut des intermédiaires de transport européens, voir sa communication dans le présent TRANSIDIT ; S. Lamont-Black, A comparative overview of the concept of the freight forwarder, voir sa communication dans le présent TRANSIDIT.

[4] FIATA, Nordic Association of Freight Forwarders, BIFA, FENEX... Voir. J. De Sentenac, Le statut des intermédiaires de transport européens, dans le présent numéro.

[5] Décret n° 2013-293 du 5 avril 2013 portant approbation du contrat type de commission de transport, JORF n°0082 du 7 avril 2013 p. 5793.

[6] Notamment lorsque le contrat est soumis au droit français, l'intermédiaire, alors qualifié de commissionnaire, étant responsable dans les mêmes termes que le transporteur qu'il a missionné.

[7] Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177, 4.7.2008, p. 6-16.

[8] <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=87>

L'article 3 du règlement accorde aux parties la faculté de choisir la loi applicable à leur contrat dans des formes assez peu contraignantes. En pratique, même si l'on peut constater que les clauses de choix de loi ont tendance à se développer, elles restent assez rares sauf lorsque les intermédiaires sont de grands groupes internationaux. La plupart du temps elles désignent la loi du lieu de l'établissement professionnel de l'intermédiaire.

Ce choix a le mérite pour l'intermédiaire de le soumettre tous les contrats qu'il conclut à un régime juridique unique qu'il connaît et maîtrise. Ce n'est toutefois pas nécessairement le choix le plus judicieux pour l'intermédiaire en termes d'optimisation juridique. En effet le régime « local » n'est pas toujours le plus favorable. Par exemple, s'agissant des commissionnaires établis en France, leur régime juridique est très sévère de sorte que le choix d'une loi étrangère pourrait se révéler économiquement plus avantageux^[13].

A défaut de choix, le Règlement Rome I énonce différentes règles de conflit de lois qui déterminent la loi applicable à tel ou tel contrat. Aucune de ces règles ne vise spécifiquement les contrats d'intermédiaire. Il convient donc d'identifier, parmi les règles proposées par le règlement, celle qui convient au contrat d'intermédiaire du transport.

Parmi ces règles plusieurs sont susceptibles de concerner ce type de contrat. Le règlement énonce ainsi une règle spéciale qui vise les contrats de transport (art. 5)^[14]. Mais il comporte également plusieurs règles plus générales dont l'une concerne les contrats de prestation de services (art. 4 § 1-b). L'intermédiaire, qui organise par exemple un déplacement de marchandises, offre en effet à son client une prestation de service.

Il convient alors de déterminer, du point de vue du droit européen, quelle est la qualification du contrat d'intermédiaire de transport.

a) L'identification de la règle de conflit pertinente

Si l'hésitation est permise entre ces deux règles s'agissant du contrat d'intermédiaire de transport c'est en raison de l'ambiguïté du champ d'application de l'article 5§1 qui régit la loi applicable au contrat de transport de marchandises. Le considérant n°22 du règlement Rome I énonce ainsi que : « Pour l'application du présent paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises.^[15] Le

terme "transporteur" devrait désigner la partie au contrat qui se charge d'effectuer le transport de marchandises, qu'il l'assume lui-même ou non ». Ainsi, aux termes de cette définition, la règle de conflit applicable aux contrats de transport de marchandises est susceptible de s'appliquer à des contrats, qui ne sont pas à proprement parler des contrats de transport, mais dont l'objet principal consiste à réaliser un déplacement de marchandises^[16]. Toute la question est donc de savoir si le contrat d'intermédiaire est concerné par cette définition extensive.

C'est précisément la question qui a été posée à titre préjudiciel par la Cour de Cassation française en 2013 à la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Haeger & Schmidt^[17]. La Cour européenne était ainsi interrogée sur l'identification de la règle de conflit pertinente pour les contrats d'intermédiaires de transport. La Cour répond à la première question préjudicielle que seuls les contrats « dont l'objet principal du contrat consiste dans le transport proprement dit de la marchandise concernée » sont soumis à la présomption relative à la loi applicable au contrat de transport, à savoir l'article 4§4 de la Convention de Rome, applicable à l'espèce^[18]. A contrario, lorsque le contrat d'intermédiaire n'entre pas dans le champ d'application l'article 4§4, c'est-à-dire lorsque l'activité se limite à de la mise en relation entre donneur d'ordres et transporteur (cas du « véritable » contrat de commission de transport à la française dont la mission exclusive consiste à organiser le transport^[19]), s'agissant d'un contrat de prestation de services, il est soumis à la présomption générale de l'article 4§2. La Cour de justice précise toutefois que la loi désignée par cette disposition peut être écartée en vertu de l'article 4§5^[20], « en tenant compte de l'ensemble des circonstances ».

Plusieurs solutions sont donc possibles selon les caractéristiques du contrat, lesdites solutions étant en outre susceptibles d'être bouleversées par le jeu de la clause d'exception.

b) Les différentes solutions envisageables en fonction de la réalité de la prestation de l'intermédiaire

L'interprétation de la décision de la Cour de Justice nous conduit à distinguer plusieurs situations selon la nature de la prestation effectuée par l'intermédiaire. Dans la première hypothèse, l'intermédiaire s'est contenté de mettre en relation client et transporteur, ou d'organiser le transport. Dans la seconde il a réalisé lui-même tout ou partie du déplacement

[9] Ce terme « représentation » est à prendre au sens large et inclut en réalité toute forme d'intermédiation.

[10] <https://www.hchch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=2947>. Spécialement : (n°5 s., p. 379 s.) et n°24.

[11] Com. 22 mai 2013, n°12-13.052, BTL 2013, n°3461, p. 344, obs. M. Tilche ; Voir à ce sujet : C. Legros, note sous CJUE 23 oct. 2014, aff. C-305/13, Haeger & Schmidt GmbH (Sté) c/ Mutuelles du Mans assurances IARD (Sté), Revue critique de droit international privé 2015 p.221.

[12] Notamment la clause d'exception. Voir infra.

[13] Ce choix peut toutefois être limité par des dispositions impératives du for.

[14] C. Legros, Commentaire de l'article 5 (« loi applicable au contrat de transport ») du règlement CE n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », Revue des transports, fév. 2009, p.12.

[15] Texte repris de l'article 4, § 4 in fine de la Convention de Rome.

[16] C'est le cas notamment des contrats d'affrètement au voyage (CJCE 6 oct. 2009, aff. C-133/08, ICF, D. 2010. 236, note F. Jault-Seseke; ibid. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke; ibid. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée; ibid. 2011. 1445, obs. H. Kenfack; Rev. crit. DIP 2010. 199, note P. Lagarde; RTD com. 2010. 453, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast; ibid. 455, obs. P. Delebecque ; RTD eur. 2010. 195, chron. L. Grard; JDI 2010. 183, note C. Legros.

[17] CJUE 23 oct. 2014, aff. C-305/13, Haeger & Schmidt GmbH (Sté) c/ Mutuelles du Mans assurances IARD (Sté), D. 2015. 136, note P. Delebecque et J. Arié Lévy ; ibid. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; AJCA 2015. 76, obs. C. Legros ; Revue critique de droit international privé 2015 p.221, note C. Legros. Voir aussi : C. Legros, The law applicable to freight forwarding contracts (About the Haeger & Schmidt, ECJ, 23 October 2014. Case C-305/13.), The Journal of

de la marchandise.

Si le contrat est un contrat d'intermédiaire « pur », selon la Cour de Justice ce contrat relève de la catégorie des contrats de prestation de service. Il est alors régi par la loi de la résidence habituelle de l'intermédiaire (art. 4§2 de la Convention ; art. 4§1-b du Règl.). La solution rejoint alors celle de la Convention de La Haye. C'est le cas du commissionnaire « à la française ».

Si au contraire l'intermédiaire réalise des opérations de déplacement de la marchandise, il est soumis à la même règle de conflit que le transporteur (art. 4§4 Conv. Rome ; art. 5§1 du Règl.). Le contrat est alors présumé régi par la loi du lieu d'établissement du transporteur, sous certaines conditions. Pour que cette loi s'applique, il faut que le lieu d'établissement du transporteur coïncide, soit avec le pays de chargement, soit avec celui de livraison, ou encore avec celui de l'établissement principal de l'expéditeur. La « loi du transporteur » ne s'applique donc que si l'une de ces trois conditions alternatives est réunie.

A défaut, l'article 5, § 1 in fine du règlement Rome I, énonce que « si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenu par les parties s'applique ». On applique donc la loi du lieu de livraison formalisé dans le contrat^[21].

Si nous synthétisons ces solutions il faut en conclure que le contrat est régi par la loi du lieu de résidence habituelle de l'intermédiaire « pur » s'il ne déplace pas la marchandise ; ou par la loi du lieu de résidence habituelle du transporteur sinon et si l'une des trois conditions est remplie, ou à défaut par la loi du lieu de livraison convenu dans le contrat. C'est surtout dans cette dernière hypothèse que les prévisions des parties risquent d'être déjouées. En effet, le plus souvent celles-ci s'imaginent que le contrat sera soumis à la loi du lieu d'établissement de l'intermédiaire. Or, le contenu de la loi du lieu de livraison peut être très différent.

A cet égard, les faits de l'affaire Haeger & Schmidt illustrent très bien cette insécurité juridique. Une société française avait confié l'organisation du transport d'une machine d'Anvers en Belgique à Lyon (France) à un commissionnaire de transport établi en France. Le commissionnaire avait alors missionné un intermédiaire allemand aux fins de conclure un contrat de transport avec un transporteur fluvial établi en France, mais dont la péniche était immatriculée en Belgique. Lors du chargement, la machine avait glissé, provoquant le chavirement de la péniche qui avait alors sombré, entraînant la perte de celle-ci ainsi que de la machine.

La question de la loi applicable portait sur le second contrat d'intermédiaire (contrat de « sous-commission » conclu entre le commissionnaire français et l'intermédiaire allemand). L'enjeu de la qualification était donc le suivant. Si le contrat était qualifié de contrat d'intermédiaire « pur » il serait soumis à la loi allemande. En revanche, s'il était assimilé à un contrat de transport, il serait soumis « à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits » (art. 4§1 Conv. Rome)^[22], cette loi devant être identifiée par le juge à partir de différents éléments de rattachement du contrat. En effet, dans cette affaire, le lieu de résidence habituelle du « transporteur », l'intermédiaire allemand, ne coïncidait ni avec le lieu du chargement, de livraison ou de l'établissement principal de « l'expéditeur », en l'occurrence, le commissionnaire français, de sorte que la présomption de l'article 4§4 au profit de « la loi du transporteur » était inopérante. Il est vraisemblable que le juge français de renvoi aurait, en considération des différents éléments de rattachement avec la France (donneur d'ordres, transporteur, lieu de livraison...), considéré que le droit français présentait les liens les plus étroits avec le contrat. A cet égard, la modification introduite par le Règlement au profit la loi du lieu de livraison apporte une plus grande fiabilité^[23]. L'enjeu était donc de taille car le régime de responsabilité de l'intermédiaire est très différent en droit français et en droit allemand.

Les solutions énoncées par la jurisprudence européenne sont donc assez complexes. Cette complexité est en outre accrue par le jeu perturbateur de la clause d'exception, également envisagé par la Cour de Justice.

c) Les correctifs perturbateurs

Le droit de l'Union prévoit outre les règles de conflit exposées ci-dessus, la possibilité, à titre exceptionnel, d'écarter la loi désignée par la règle de conflit lorsqu'une autre loi apparaît présenter « des liens **manifestement** plus étroits » avec la situation (art. 5§3 du Règl.)^[24]. Il s'agit de permettre au juge d'apporter un correctif lorsque la loi désignée par la règle de conflit n'apparaît pas être celle qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, ce critère restant le critère décisif de la détermination de la loi applicable, dans le Règlement comme dans la Convention de Rome son ancêtre.

Pour illustrer le caractère perturbateur de ce mécanisme, imaginons que le second intermédiaire ait été établi en Belgique. Le contrat aurait alors été soumis à la loi Belge, le lieu de résidence habituelle du transporteur belge

International Maritime Law, JIML 21 [2015] 6 493.

[18] Le texte applicable dans cette affaire était la Convention de Rome du 19 juin 1980 (Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles -version consolidée, JO C 27, 26.1.1998, p. 34-53) et plus précisément ses articles 4§2 (présomption générale pour tous les contrats) et 4§4 (présomption spéciale relative aux contrats de transport de marchandises). Cette convention reste applicable à tous les contrats conclus avant le 17 décembre 2009 (art. 28 Règl. Rome I).

[19] Selon la jurisprudence française, le contrat de commission de transport a pour seul objet l'organisation d'un transport, à l'exclusion de tout déplacement de la marchandise effectué par le commissionnaire : Com. 16 févr. 1988, n°86-18.309, Bull. civ. IV, n° 75 ; RTD com. 1988. 682, obs. Hémar et Bouloc ; 10 mai 2005, n°04-10.235, Bull. civ. IV, n°101 ; D. 2005. 1411, obs. E. Chevrier, 2293, note L. Guignard, et 2748, obs. H. Kenfack ; RTD com. 2006. 187, obs. B. Bouloc ; JCP E 2005. 1866, obs. F. Letacq ; RJDA 2005, n°1217 ; RDC 2005. 1100, obs. Delebecque ; 11 déc. 2007, n°06-18.192, Bull. civ. IV, n°264 ; D. 2008. 82, obs. X. Delpech, et 1240, obs. H. Kenfack ; RTD com. 2008. 410, obs. B. Bouloc, 454, obs. P. Delebecque, et 617, obs. B. Bouloc ; RD transp. 2008, n°55, obs. Bon-Garcin ; BTL 2007. 771, chron. Tilche ; 27 nov. 2012, n°11-26.830 ; RD transp. 2013, n°1, obs. Paulin, et n°14, obs. Bon-Garcin ; JCP 2013. 25, note Paulin.

Le code des transports confirme cette analyse : Art. L.1411-1, I, 1° : « I. - Pour l'application du présent livre sont considérés comme : 1° Commissionnaires de transport : les personnes qui organisent et font exécuter, sous leur responsabilité et en leur propre nom, un transport de marchandises selon les modes de leur choix pour le compte d'un commettant ». De même que le contrat type commission : Art.2.2, Décr. n°2013-293 du 5 avr. 2013 portant approbation du contrat-type de commission de transport (en annexe à l'article D.1432-3 du code des transports) : « Par

coïncidant avec le lieu de chargement à Anvers. Mais le juge pourrait considérer que le second contrat d'intermédiaire comporte des liens étroits avec le premier contrat de commission soumis à la loi française, qu'en outre le donneur d'ordres étant français et que le lieu de livraison était la France, le contrat comportait des liens manifestement plus étroits avec la France. Il peut ainsi écarter la loi belge au profit de la loi française en vertu de l'article 4§5.

Pour le donneur d'ordres, cette solution est sans doute conforme à son attente dans la mesure où il s'est adressé à un commissionnaire français. Pour l'intermédiaire belge par contre cela semble beaucoup plus problématique.

Dans l'affaire Haeger & Schmidt d'ailleurs, l'intermédiaire allemand n'ayant vraisemblablement pas effectué de déplacement de la marchandise^[25], le contrat relevait de la loi allemande du lieu où il était établi, en tant que

prestataire de services. La Cour suggère alors in fine le possible jeu de la clause d'exception. Là encore, le lien entre le contrat principal de commission soumis à la loi française, et le sous contrat d'intermédiation régi en principe par la loi allemande, pourrait être mis en avant pour écarter la loi allemande au profit de la loi française régissant le contrat principal de commission. Le donneur d'ordres n'avait sans doute pas imaginé que ce contrat pourrait in fine relever d'une autre loi que la loi française applicable à l'égard du commissionnaire qu'il avait missionné.

Ce mécanisme correctif possède donc des vertus, mais il comporte également d'importants risques d'insécurité juridique que l'encadrement par l'adverbe « manifestement » ne permet pas de compenser.

commissionnaire de transport, on entend tout prestataire de services qui organise librement et fait exécuter, sous sa responsabilité et en son nom propre, le déplacement des marchandises d'un lieu à un autre selon les modes et les moyens de son choix pour le compte d'un donneur d'ordre ».

[20] Cette disposition vise la clause d'exception, voir infra.

[21] Cette dernière solution est propre au Règlement Rome I. Il s'agit là d'une des modifications importantes intégrée dans le Règlement relativement à la loi applicable au contrat de transport de marchandises. Voir l'ancien article 4§5 de la Convention de Rome de 1980.

[22] Rappelons que l'arrêt Haeger & Schmidt a été rendu sous l'empire de la Convention de Rome et non du Règlement.

[23] Voir supra note n°20.

[24] Dans la convention, la formule de l'article 4§5 est la suivante : « Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». L'adverbe « manifestement » a été introduit dans le Règlement pour limiter l'usage de la clause d'exception par les juges.

[25] L'arrêt de renvoi en France n'a pas donné lieu à une nouvelle décision de Cour d'appel, le contentieux ayant fait l'objet d'une transaction.

[26] Voir les contributions dans le présent TRANSIDIT.

[27] Voir : J. De Sentenac, Le statut des intermédiaires de transport européens, et S. Lamont-Black, A comparative overview of the concept of the freight forwarder, dans le présent TRANSIDIT.

Conclusion

Dans le domaine des contrats d'intermédiaire, comme du reste pour tous les contrats internationaux, les règles de conflits de lois sont complexes et d'un maniement assez subtil, soumis en outre aux aléas de l'appréciation des juges. Il est donc particulièrement important de réfléchir à l'insertion d'une clause d'electio juris dans ces contrats afin de ne pas découvrir la loi applicable a posteriori à l'occasion d'un contentieux. Le droit international comme le droit de l'Union européenne permettent en effet aux parties à de tels contrats internationaux de choisir la loi applicable à leur contrat.

Une telle précaution, à défaut d'optimisation juridique sérieuse peu courante en pratique, est ainsi de nature à éviter les désagréments générés par une détermination complexe de la loi applicable, susceptible de déjouer les prévisions des parties. Force est cependant de constater que ce type de clauses est encore rare dans ce type de contrats.

Comme le montrent les différentes communications présentées dans ce colloque^[26], les enjeux en termes de règles applicables aux contrats d'intermédiaires dans les différents pays étudiés sont de taille. En cas de perte ou de dommage subi par la marchandise, le donneur d'ordre peut ainsi obtenir réparation de la part de l'intermédiaire, soit automatiquement du simple fait de cette perte ou dommage, lorsque, comme en droit français notamment, l'intermédiaire est « garant » de son substitué ; soit en prouvant la faute de ce dernier dans l'exercice de sa mission lorsque l'intermédiaire n'agit comme simple 'agent'^[27], ce qui peut se révéler beaucoup plus problématique.



Simone LAMONT-BLACK
Professor Univ. Edinburgh – United Kingdom

A comparative overview of the concept of the freight forwarder

Introduction

The freight forwarder is a profession, which has many guises. It has developed historically from its origins, comprising the organisation of transport on behalf of a principal, with or without additional provision of services for border clearances and documentation.

This may still be the core business for some freight forwarders nowadays, yet others offer all-in multimodal transport and logistics operations services.^[1] Adding to the difficulty in determining the exact service that was agreed under such a wide business concept is that different legal systems categorise the freight forwarding business differently, thus emphasising different roles and resulting duties.

This paper provides an overview over these different legal categorisations of the freight forwarder and his business activities. While most systems

give consideration to the manner in which the freight forwarder presents his services and performs his duties including the documents he uses, the initial categorisation and starting point from which this analysis is conducted is significant.

Only a few countries have laws, which are designed to deal with the business of freight forwarding. Those that do, present different conceptual approaches.^[2] They range from a highly regulated profession to unregulated^[3] provision of services, all the while under different legal concepts, ranging from providing services as a mere

commission agent, to intermediary, to a service provider guaranteeing successful carriage, to classifying the forwarder as service provider with full carrier liability and/or contracting carrier.^[4] Where legal systems allow flexibility, the rules against which the freight forwarder is measured depend on the capacity in which he is deemed to have contracted. This paper highlights that freight forwarders should take good care in selecting the appropriate documents to issue to their customers as significant consequences are connected to them in all of the legal systems.

1 CATEGORIES

The following categorisations and contrasting legal approaches can be observed:

■ No Regulation – Contract Only Approach

English law and much of the Common Law world approaches this area without any regulation and thus leaves the matter to the contract between the parties.^[5] While initially, the forwarder was seen as acting as agent for

his customer, case law now suggests that the capacity in which the forwarder acts must be determined by contract interpretation, taking the entire factual matrix into account, and thus taking a close look at the agreement in light of the relationship and performance as a whole. The determination of the forwarder's role will usually come down to a distinction between his acting as agent or as principal, although in principle also a third form is possible, that of indirect representation of the forwarder for his customer. However, Mance J, as he then was, suggested that clear evidence would be required regarding the assumption of such a role.^[6] Indeed such a

* Assessor in iur, Dr (iur), Senior Lecturer in International Trade Law at the University of Edinburgh, UK. This paper was presented at the Symposium - 50th Anniversary of IDIT, Innovation and Mobility: Where Is The Law Going? Rouen - France, 10 & 11 October 2019. My gratitude goes to the organising committee and the sponsors of this excellent event which took place under the auspices of IDIT, CUREJ and the University of Rouen for the invitation to participate.

form is more common in continental law where, as a corollary, the commission agent has specific duties to ensure that the customer is not left without recourse.^[7]

Various factors have been identified by case-law to aid the categorisation. These include:^[8]

- the usual course of business of the forwarder and how he portrays his business, whether he holds himself out to act as agent only or as a carrier; for example, whether he markets his own sea freight services as NVOCC;
- the course of any prior dealings of the parties with each other and the manner of past performance;
- the terms of the particular contract including the nature of the instructions given, for example whether they were for carriage or to arrange carriage and the terms and conditions used;
- any description used or adopted by the parties in relation to the forwarder's role;
- the nature and basis of charging his customer, such as whether the forwarder could make a profit via an all-in fee arrangement or whether he was accounting for the individual services procured while adding a commission for his services;
- the interaction between the forwarder and his customer during the performance of the contract, such as whether the customer is kept informed of the actual shipping arrangements and the contractual terms under which the forwarder contracted with any actual carrier;
- the manner of performance by the forwarder, whether the forwarder ever took possession of the goods; whether carriage is (part) performed by the forwarder; whether he owns vehicles or vessels; the forwarder's relationship with any actual performer(s) of the services;
- the nature and terms of any carriage document issued for the transportation by whom and in whose name, to whom and at what time:
 - between the forwarder and his customer; or
 - between the actual performer and the forwarder or the forwarder's customer.

Examples of this include the issuance of a CMR consignment note by the driver after the relevant contract was made, or that of an ocean bill of lading by the ocean carrier to the forwarder as shipper, or that of a multimodal bill of lading by the forwarder to his customer.

Notably, **the sector specific standard terms and conditions** in the UK, the British International Freight Association Standard Terms and Conditions (BIFA STCs) 2017, avoid giving any direction as to the freight forwarder's capacity at the time of contracting^[9] but contain some fall-back provision if the freight forwarder breaches

his information duties.^[10] Accordingly, where the freight forwarder acting as agent does not provide evidence of any contracts procured for the customer within 14 days of notice given to him, he is deemed to have contracted as principal for the performance of the service.^[11] The customer should therefore always have an avenue for redress. However, unless the parties clearly agree on the forwarder's capacity one way or another, a given case may require costly litigation in order for the matter to be resolved by the courts.

No further assistance on classification of the freight forwarder is given in **Australia**, where the Australian Model Standard Trading Conditions merely clarify that the company is not a common carrier.^[12] Furthermore, Australian law^[13] has a number of mandatory provisions which may provide a stumbling block for freight forwarders.

Although the **Singapore** legal system is also rooted in the common law, the Singapore Logistics Association's STCs are more explicit. They clearly set out carrier liability when the forwarder is himself carrying, when he is contracting as MTO (multimodal transport operator) or when he expressly agreed in writing to act as principal. However, the STCs also aim at negating some of the common law criteria in being effective, without more, as an indicator of carrier capacity. Notably, they treat the taking out of a transport document in the name of the customer with another carrier as indication of the forwarder acting as agent only.^[14]

■ Intermediary Approach by Law

Classification is simplified under **Dutch law**, which provides a clear rule that the freight forwarder generally is a mere intermediary, who makes contracts on behalf of his customer, the principal.^[15] Only where the freight forwarder himself carries, will he be deemed to also be the carrier. However, the role of an intermediary brings with it a duty to disclose all relevant information and documentation in case the goods are lost, damaged or delayed, in order to enable his principal to take action against the carrier. Should the freight forwarder fail to do so, he is liable as if he had been the carrier as well as being liable for damages due to his breach of duty.^[16] The Netherlands Association for Forwarding and Logistics (FENEX) Standard Terms and Conditions 2018 are based on this legal position.^[17] Furthermore, the Dutch code also contains mandatory provisions for contracts of carriage of goods in general, and for combined

[1] See the official description of "freight forwarding and logistics services" adopted in October 2004 by FIATA, the International Federation of Freight Forwarders Association and CLECLAT, the European Association for Forwarding, Transport, Logistics and Customs Services: "Freight Forwarding and Logistic Services" means services of any kind relating to the carriage (performed by single mode or multimodal transport means), consolidation, storage, handling, packing or distribution of the Goods as well as ancillary and advisory services in connection therewith, including but not limited to customs and fiscal matters, declaring the Goods for official purposes, procuring insurance of the Goods and collecting or procuring payment or documents relating to the Goods. Freight Forwarding Services also include logistical services with modern information and communication technology in connection with the carriage, handling or storage of the Goods, and de facto total supply chain management. These services can be tailored to meet the flexible application of the services provided." Available at: <https://fiata.com/uploads/media/CL0406_11.pdf> (last accessed 30.11.19).

[2] See also UNECE Working Party on Intermodal Transport and Logistics: Survey of Freight Forwarders Market ECE/TRANS/WP.24/2014/3, para 18 (Note of Secretariat) with responses to survey in ECE/TRANS/WP.24/2016/5 and ECE/TRANS/WP.24/2016/8 and for an overview over national laws on freight forwarding see Ramberg, 'Freight forwarder law', in Modern Law for Global Commerce: Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission, Vienna, 9-12 July 2007 (United Nations 2011) 257 at 265 (available online at <https://www.uncitral.org/pdf/english/congress/09-83930_Ebook.pdf> (last accessed 30.11.2019)).

[3] Unregulated beyond what is required in general for the provision of services.

[4] For a detailed discussion and analysis see F Smeele, 'Legal conceptualisations of the freight forwarder: some comparative

reflections on the disunited law of forwarding', Ch 2 in S Lamont-Black, DR Thomas (eds), Current issues in freight forwarding: law and logistics (Lawtext Publishing Ltd 2017) and more broadly see Ramberg, 'Freight forwarder law' (n 2) 258ff.

carriage of goods more specifically,^[18] to which a forwarder who contracts as carrier must adhere.

French law knows on the one hand *the transitaire*, who is only acting as agent for the customer in facilitating operations auxiliary to the transportation of the goods and according to clear instruction by his customer.^[19] But there is also the profession of the *commissionnaire* de transport who is categorised very differently, insofar below at d).

Under **German law**, while the general principle is based on an intermediary role,^[20] in practice far more relevant are the special provisions governing the freight forwarder's activity, which lead to a carrier classification.^[21]

■ Principal/Carrier Approach

By Law:

In **German law** more important than the general rule, are the special provisions which come into play where the freight forwarder contracts either on: (a) a fixed cost basis; or (b) for consolidation of cargo; or (c) where he is performing carriage himself.^[22] In these cases the freight forwarder is treated in German law as carrier and is liable as a carrier under the relevant rules for the performance of the carriage, in addition to any other duties he may have agreed to provide.^[23] The German Freight Forwarder's Standard Terms and Conditions (ADSp) 2017,^[24] do not contain any provisions on the matter as it is firmly set out in domestic law.^[25]

By Case-law and STCs:

Nordic countries have no specific legal codification of the forwarder's role, but a trend can be observed that courts are quite proactive in finding forwarders to be carriers in situations where they may be deemed to have undertaken a carriage commitment.^[26] This is further supported by the Nordic Freight Forwarding Conditions (NSAB), in their most recent edition from 2015^[27] which clarify that the freight forwarder is taken to act as principal, unless he fulfils two requirements simultaneously: a) he must not be undertaking to perform services in his own name or account and b) he must be clearly specifying to the customer that he acts only as intermediary.^[28] Noteworthy is that the NSAB are jointly agreed between the stakeholders of both sides, freight forwarders and shippers,^[29] rather than being imposed unilaterally by the freight forwarders' organisation.^[30] This move towards clarity seems therefore to signal an industry trend, at least in this region.

■ Intermediary, yet Guarantor

Somewhat differently in France, in contrast to the *transitaire*, and particularly relevant for freight forwarding, **French law** provides for the *commissionnaire de transport*^[31] who must have a licence and owes his customer a personal non-delegable duty for the proper organisation and planning of the movement of the goods and selection of appropriate subcontractors. Furthermore, the *commissionnaire* de transport is guarantor for the services provided by his subcontractors and is liable for the performance to the same extent as his sub-contractors.^[32] This concept was summarised for common lawyers in the English courts by Rix LJ as:^[33] '... unlike an English freight forwarding agent, who prima facie contracts only as an agent so far as the actual carriage is concerned, the *French commissionnaire* de transport is an agent who contracts with personal liability throughout.' His liability is set out in a statutory standard contract, but the parties can agree to other terms.^[34] Also set out in statutory standard contracts are the carriage contracts by the various modes of transport.^[35] Where a *commissionnaire* de transport carries the goods himself or contracts to carry the goods, he will fall under these rules for the carriage relationship.^[36]

■ Legal Framework – Conclusions

As illustrated in Fig 2, different laws therefore categorise the role and legal capacity of the freight forwarder, at least as a starting point, at opposite ends as to whether he entered into the contract in a carrier role or an agency role. They may also differ with respect to the liability that attaches to such a role. Thus, in the absence of clear contracting, taking into account all of the elements, the status, rights and liabilities of the parties can be open to painstaking interpretation and protracted court or arbitration proceedings.

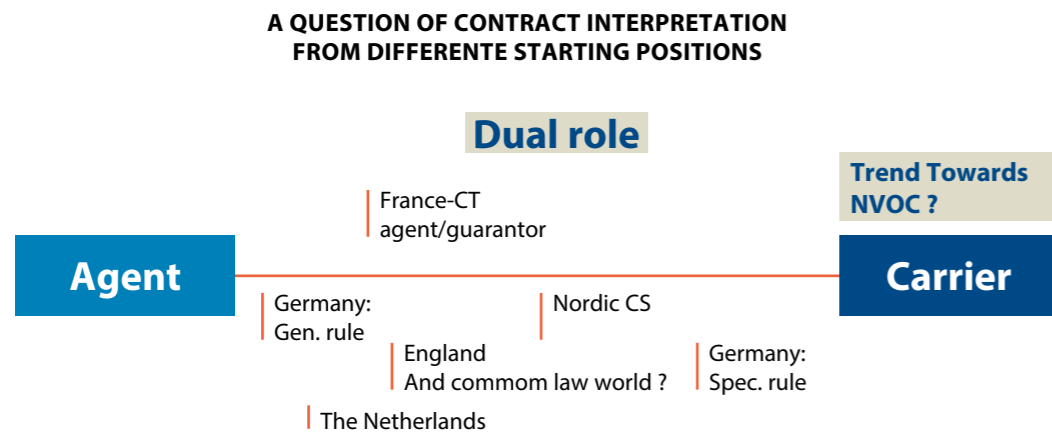
[5] Albeit, where applicable, within the limits of unfair contract terms legislation (Unfair Contract Terms Act 1977 (UK), but see the rather limited application for carriage of goods by ship and hovercraft (Sch 1, paras 2 and 3)) and consumer law (Consumer Rights Act 2015 (UK), especially Part 1, Ch 4 (Services) and Part 2 (Unfair Terms)).

[6] Aqualon (UK) Ltd v Vallana Shipping Corp [1994] 1 Lloyd's Rep 669, 673–74 (Mance J); Bowstead & Reynolds on Agency (21st edn, Sweet & Maxwell 2018), para 9-024 and see F Reynolds, 'The Liability of Freight Forwarders' Ch 14 in B Soyer and A Tettenborn (eds), Carriage of Goods by Land, Sea and Air: Unimodal and Multimodal Transport in the 21st Century (Informa Law by Routledge 2014) 253, 259 f.

[7] See also F Reynolds, 'The Liability of Freight Forwarders' (n 6) 257.

[8] See the summary of criteria in Aqualon (UK) Ltd v Vallana Shipping Corp [1994] 1 Lloyd's Rep 669, 674 (Mance J) as approved by the Court of Appeal in Lukoil-Kalingradmorneft plc v Tata Ltd (No 2) [1999] 2 Lloyd's Rep 129, 137 and Royal & Sun Alliance Plc v MK Digital [2006] EWCA Civ 629, [2006] 2 Lloyd's Rep 110 [53] (Rix LJ) and applied eg in Mar-Train Heavy Haulage Ltd v Shipping. DK Chartering A/S (t/a Frank & Tobiesen A/S) [2014] EWHC 355 (Comm), [2014] 2 WLUK 635 [28 ff] and Granville Oil & Chemicals Ltd v Davies Turner & Co Ltd [2002] 10 WLUK 5 [58 ff] (reversed on appeal on other grounds). From other Common Law jurisdictions see eg from Hong Kong Vastfame Camera Ltd Birkhardt Globalistics [2005] 4 HKC 117; from Singapore Ocean Projects Inc v Ultratech Pte Ltd [1994] SGCA 64; from New Zealand EMI (New Zealand) Ltd v WM Holyman & Sons Pty Ltd [1976] 2 NZLR 566 (CA); and from Australia Comalco Aluminium Ltd v Mogal Freight Services Pty Ltd (The Ocean Trader) (1993) 113 ALR 677 (FCA) and Carrington Slipways Pty Ltd v Patrick Operations Pty Ltd (The Cape Comorin) (1991)

Fig: National law approaches to the capacity/role of the freight forwarder



2 CONTRACTUAL FRAMEWORK

As has been seen, all national laws accept that there are situations in which the freight forwarder^[37] is acting or is deemed to be acting as contracting carrier. Where there is scope, the country-specific forwarding conditions also provide for the possibility that the freight forwarder acts as contracting carrier and those that go into such detail as including the issuing of a transport document use this as clear indication that a carrier role is intended between the parties as set out in the transport document. Careful attention should therefore be given to the documents issued by the freight forwarder.

Thus, where the freight forwarder issues bills of lading as principal, whether unimodal or multimodal,^[38] he is deemed to be contracting as carrier and taking on a carrier role,^[39] whether or not he is indeed performing the transportation himself. Where he is simply passing on a document enshrining a relationship between his customer as shipper and another carrier, this is likely to be taken as indication that he may be acting as an intermediary only.^[40]

Sector Specific Documents and Mandatory Rules:

To facilitate the transactions of its members via the use of appropriate documentation, FIATA has developed a number of documents.^[41] These aim to a) demarcate the cornerstones of the freight forwarding contract and, where necessary, to act as a receipt for the goods, and b) to

incorporate appropriate STCs into the contract. The latter are usually based national Freight Forwarder's Standard Terms and Conditions, which, to a larger or lesser extent, have been informed by the FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services which advocate clarity as to the capacity^[42]. FIATA members can obtain the relevant documents from their country-specific freight forwarder organisations and electronic documents are also available.^[43]

Documents recommended for use by the forwarder are, inter alia, the:

- FIATA FCR (Forwarder's Certificate of Receipt)
- FIATA FCT (Forwarder's Certificate of Transport)
- FWR (FIATA Warehouse Receipt)
- FBL (negotiable FIATA Multimodal Transport Bill of Lading)
- FWB (non-negotiable FIATA Multimodal Transport Waybill)
- FFI (FIATA Forwarding Instructions).

Each of these documents works in conjunction with standard terms and conditions. Insofar as the transport documents of the FIATA FBL and FWB are concerned they have detailed (universal) standard terms and conditions printed on the reverse side, while the other documents, such as the FCT, FCR, FWR or FFI are to be used together with the relevant country specific standard terms and conditions issued by the forwarder's national freight forwarder organisation.^[44]

Already in 1971 FIATA introduced the FIATA Combined Transport Bill of Lading, the predecessor of the 1992 FBL, which incorporated carrier capacity explicitly in its terms. This was in

24 NSWLR 745. And see DA Glass, *Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts* (2nd edn, Informa 2012) para 2.67 ff; P Bugden and S Lamont-Black, *Goods in Transit* (4th edn, Sweet & Maxwell 2018) para 15-037; W Tetley, *Marine Cargo Claims* (4th edn, Les Editions Yvon Blais 2008) Ch 33, 1694, 1696 ff; and DJ Hill, *Freight Forwarding* (Stevens & Sons 1972) paras 66 ff. See also W Leung, 'The Dual Role of the Freight Forwarder: Vastframe Camera Ltd v Birkart Globistics Ltd, 2005 High Court of Hong Kong 117, Stone J, 5 October 2005; 2005 AMC 2864 (High Court of Hong Kong, 2005) 38 (2007) J Mar L & Com 97 ff (especially 99-101).

[9] See BIFA 2017, cl 4(A).

[10] See BIFA 2017, cl 6(B).

[11] See BIFA 2017, cls 4-6 (emphasis added):

4 (A) Subject to clauses 11 and 12 below, the Company shall be entitled to procure any or all of the services as an agent, or, to provide those services as a principal.

(B) The Company reserves to itself full liberty as to the means, route and procedure to be followed in the performance of any service provided in the course of business undertaken subject to these conditions.

5 When the Company contracts as a principal for any services, it shall have full liberty to perform such services itself, or, to subcontract on any terms whatsoever, the whole or any part of such services.

6 (A) When the Company acts as an agent on behalf of the Customer, the Company shall be entitled, and the Customer hereby expressly authorises the Company, to enter into all and any contracts on behalf of the Customer as may be necessary or desirable to fulfil the Customer's instructions, and whether such contracts are subject to the trading conditions of the parties with whom such contracts are made, or otherwise.

(B) The Company shall, within 14 days' notice given by the Customer, provide evidence of any contract entered into as agent for the Customer. Insofar as the Company may be in default of the obligation to provide such evidence, it shall be deemed to have contracted with the Customer as a principal for the performance of the Customer's instructions.

contrast to the then FIATA Receipt for Transport, which could be used to only accept receipt of the goods if an agency role was preferred. The forms were based on the developments at the time to create and harmonise rules for multimodal transport.^[45]

The documents of FBL and FWB make clear that these are documents issued by the freight forwarder as carrier, indeed as multimodal transport operator (MTO)^[46] and that he is undertaking the performance of the entire transport, taking responsibility for the goods from their taking over to their delivery.^[47]

In contrast, the FIATA FCT shows clearly that no carrier liability is accepted, but that the forwarder engages a carrier only as agent for the customer.^[48]

The FIATA FCR is only a receipt for the goods and sets out binary instructions to either hold the goods at the disposal of the consignee, or to forward them to the consignee. It states on its face that the forwarder has assumed control of the consignment in external apparent good order and condition (or as otherwise stated thereon). This document is usually used when the seller needs to show to the buyer, for example under an ex works contract, that the goods have been handed over to the forwarder and are thus at the disposal of the buyer. Furthermore, there is the FWR for use where the freight forwarder provides warehousing services as principal and the FFI to be completed by the customer to give relevant forwarding instructions, with the option to select the mode of carriage, give handling and delivery instructions and to select whether insurance is to be provided by the forwarder. The latter has the benefit of being aligned to the UN layout key for trade documents.

Conclusion

Each freight forwarding relationship must be analysed against the applicable national law with its mandatory rules and default provisions. However the freight forwarder can minimise the need for costly and potentially protracted litigation on the question of his capacity by taking care in achieving clarity as to the role he is undertaking. Appropriate standard form documentation tailored for the needs of the freight forwarder is available, which he can chose to apply in each transaction.

While this may be perceived by some forwarders, particularly those operating in common law jurisdictions, as to limiting their tactics and defences when casualties have arisen, legal certainty and predictability ought to be set off by reduced legal costs, clarity as to exposure incurred and the required insurance portfolio, better practices due to the clarity as to the duties undertaken and is thus also likely to increase customer satisfaction.

Separately, the Baltic and International Maritime Council (BIMCO)^[49] has also developed transport documents designed to facilitate first combined and later multimodal transport, both in negotiable and non-negotiable forms. The relevant bills of lading are the BIMCO's MULTIDOC (Multimodal Transport Bill of Lading) and BIMCO's COMBICONBILL (Combined Transport Bill of Lading).^[50] They are intended to be used by a carrier for combined^[51] or multimodal transport,^[52] and thus may be of interest to the freight forwarder wishing to contract in such a capacity.

Thus freight forwarders have tools at hand to carefully set out the contractual framework and to select the capacity in which they wish to engage, while at the same time ensuring to meet the mandatory requirements of the legal system against which they will be measured.^[53]

As for **mandatory rules**, care must be taken to consider the application of any mandatory domestic law or mandatory international carriage conventions and how these may apply to the particular transaction. The carriage documents recommended for use by FIATA and BIMCO aim to cater for these as much as possible.^[54]

The FIATA FBL (and FWB) and the BIMCO MULTIDOC Bill of Lading have been developed according to, and incorporate, the UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Bills of Lading of 1992 (ICC Publication 481). They are based on a presumed fault regime with a network system for liability limits.^[55] BIMCO's COMBICONBILL, by comparison, applies general liability of the carrier for the goods while in his care, from receipt until delivery of the goods and stands back where localised damage occurred in favour of any mandatory international carriage convention or mandatory domestic law.^[56]

[12] Drawn up by the Australian Federation of International Forwarders (AFIF) for its members; see cl 2.

[13] Where common law applies as amended by the Competition and Consumer Act (CCA) 2010 (formerly the Trade Practices Act (TPA) 1974) with its Sch 2 (as incorporated via s 131 of the 2010 Act) setting out the ACL. By the latter, Australian unfair terms legislation and certain guarantees under the ACL are applicable to certain business transactions (see ACL, ss 18, 20, 21, 23-28 and 60-68) and thus can be relevant for the business of freight forwarding, although transport contracts are usually excluded from such regulation (ACL, ss 28 and 63). Notably however, the prohibition not to engage in conduct which is misleading or deceptive, or which is unconscionable, applied to freight forwarders. For further detail on the Australian mandatory law and its effects see S Lamont-Black, 'Towards transparency and predictability in freight forwarding - the case for a Model Law', Ch 4 in J Chuah (ed), *Research Handbook on Maritime Law and Regulation* (Edward Elgar Publishing, 2019) para 4.1 b).

[14] Singapore Logistics Association (SLA) - STC 2004, cls 3-4 (emphasis added):

3. All Services are provided by the Company as agents except in one or more of the following circumstances where the Company acts as principal:

(a) where the Company performs any carriage, handling or storage of Goods but only to the extent that the carriage is performed by the Company itself or its servants and the Goods are in the actual custody and control of the Company or its servants;

(b) where the Company contracts with its Customers as a Multimodal Transport Operator; or

(c) to the extent that the Company expressly agrees in writing to act as a principal.

4. Without prejudice to the generality of Clause 3,

(a) the charging by the Company of an inclusive price for any Services shall not in itself determine that the Company is acting as an agent or a principal in respect of such Services;

(b) the supplying by the Company of their own or leased equipment and/or facilities, shall not in itself determine that the Company is acting as an agent or a principal in respect of such Services;

(c) the Company acts as an agent where the Company procures the issue of a bill of lading or other document evidencing a contract of carriage between a person, other than the Company, and the Customer or Owner; and

(d) the Company acts as an agent and never as a principal when providing Services in respect of or relating to customs requirements, taxes, licences, consular documents, certificates of origin, inspection, certificates and other services similar or incidental thereto.

[15] See the codification of the rules on the freight forwarding contract new Dutch Civil Code (DCC), arts 8:60–8:73.

[16] DCC, art 8:63. Note, the provisions imposing liability 'as a carrier' on the freight forwarder are mandatory.

[17] See FENEX 2018, Art 14, calls to the attention that while the basis is an agreement to organise transportation, there are mandatory rules, which these SCTs do not intend to affect.

[18] See DCC, arts 8:20–8:32 and 8:40–8:52.

[19] See I Bon-Garcin, M Bernadet and Y Reinhard, *Droit des Transports* (Daloz 2010) paras 331 and 739 ff.

[20] The general rule provides that a freight forwarder is obliged to arrange for the dispatch of the goods, usually in his own name, but for account of the customer, unless specifically authorised to act in the name of the customer. The freight forwarder chooses the route, means of transport, selects the performing enterprises and, where necessary, secures any claims for damages for his customer. See HGB (German Commercial Code), § 454: For an English translation of the German transport law provisions of the HGB see the website of the Deutsche Gesellschaft für Transportrecht, Hamburg (German Association for Transport Law): for 'freight business' see <<http://transportrecht.org/wp-content/uploads/HGB4Buch2013DGTren.pdf>>; and for the sections on 'maritime trade' see <https://transportrecht.org/wp-content/uploads/HGB_5_Buch_Uebersetzung_DGTR_2015_05_11.pdf> (both accessed 30.11.2019).

[21] More on this below at c).

[22] See Schmidt/Herber, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 7, §§ 407–619 *Transportrecht* (3rd edn, Verlag CH Beck 2014) § 458 HGB, para 3, § 459 HGB, para 1, § 460 HGB, para 4 (Bydliński).

[23] HGB, §§ 458–460.

[24] See D Neufang, H Valder, S Lamont-Black (trs) 'The German Freight Forwarder's Standard Terms and Conditions: Jointly recommended contract terms once more', Ch 15 in S Lamont-Black, D R Thomas (eds), *Current issues in freight forwarding* (n 4) 320, 328 and (2017) *IHT (Tijdschrift voor Internationale Handel en Transportrecht)* 318, 326.

[25] See HGB, §§ 458–460, 466, resulting in the German standard terms, the ADSp, cl 22.1 to only refer to the liability as per statute.

[26] See A Mikkelsen, L Lundsby Wessel, 'From Chameleon to Carrier, A Freight Forwarder's Journey over 50 Years from a Nordic Perspective' [2015] *ETL* 415, 439.

[27] See NSAB 2015, §3 B and C; and for the former version see NSAB 2000, §2 A.

[28] Nordic Countries (Denmark, Finland, Norway, Sweden) — NSAB 2015, § 3 (emphasis added):

B. The freight forwarder as contracting party

1) In accordance with §§ 2 and 15–21, the freight forwarder will be responsible as a contracting party for all services undertaken by the freight forwarder excluding instances under section 3 C below. The freight forwarder is furthermore responsible for other contracting parties that the freight forwarder has engaged to perform or carry the contract on behalf of the freight forwarder.

2) ...

C. The freight forwarder as intermediary

Notwithstanding article 3 B.1 above, the freight forwarder can in accordance with §§ 22 – 24 below, undertake services – or parts of services – as intermediary, if the freight forwarder does not undertake such services in his own name or on his own account and on the condition that the freight forwarder specifies to the customer that the services are undertaken solely as intermediary. As intermediary, the freight forwarder is not responsible for parties other

than his own employees.

[29] See Preamble to NSAB 2015 and NSAB 2000; and see H Th Jantzen, T Fomsgaard, 'The freight forwarder's legal position in the Nordic countries in light of the standard terms NSAB 2015', Ch 16 in S Lamont-Black, D R Thomas (eds), *Current issues in freight forwarding* (n 4) 331, 333.

[30] As seems to be the case in the UK with BIFA Terms.

[31] French Code des Transports, Annex to art.D1432-3 implementing the standard contract for commission de transport (hereafter CTD standard contract) by French Government Decree (Decree no. 2014-530 of 22 May 2014 with Annexe) by virtue of the power delegated by Code des Transports, art.L1432-12; in force since 28 May 2014. This new provision of the CTD is largely modelled on the former CTD provided for by French Government Decree of 5 April 2013 which has been repealed in the process.

[32] Thus allowing back-to-back recovery.

[33] Royal & Sun Alliance Plc v MK Digital [2006] EWCA Civ 629, [2006] 2 Lloyd's Rep 110 [32] (Rix LJ).

[34] In principle, this allows the commissionaire to contract out or reduce his liability as envisaged by the statutory form contract.

[35] See arts L133-1–L133-9 Code de Commerce and arts L1432-1–L1432-14 Code des Transports (generally on contracts for carriage of goods; and referring to the standard contracts established by decree and applicable in the absence of other provisions negotiated between the parties, yet not prejudicing mandatory provisions of international transport convention (L1432-5)). Relevant provision for the various modes of transport in the Code des Transports are set out, for example, in L3221-1 et seq. and the relevant Annexe to arts D3222-1 – D3222-7 for the standard contracts (road carriage), L4451-1 et seq. and the relevant Annexe to arts D4451-1 – D4451-4 for standard contracts (inland waterways) and L6422-1 et seq. (air carriage).

[36] See I Bon-Garcin, M Bernadet and Y Reinhard, *Droit des Transports* (Daloz 2010) para 419 and 697.

[37] And even the French the commissionaire de transport.

[38] And providing it is in a form of a bill of lading or transport

document in contrast to a mere receipt, which should not be called a bill of lading.

[39] See FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services 2019 (and 1996), cl 7.1; SLA-STC 2004, cl 3(b); NSAB 2000, §2A(1) and see the later NSAB 2015, § 3 B now going even further and assuming the role of a contracting party unless the intermediary role is clarified.

[40] See SLA-STC 2004, cl 4(c) for Singapore, but under English common law this is only one of the many criteria that needs to be interpreted along with the possibility that the freight forwarder may act as undisclosed principal.

[41] Such as the FIATA FCR (Forwarder's Certificate of Receipt), FIATA FCT (Forwarder's Certificate of Transport), FWR (FIATA Warehouse Receipt), FBL (negotiable FIATA Multimodal Transport Bill of Lading), FWB (non-negotiable FIATA Multimodal Transport Waybill) and FFI (FIATA Forwarding Instructions).

[42] See FIATA Model Rules for Freight Forwarding Services 2019 (and 1996), cl 7.1–7.2, available at <<https://fiata.com/media/documents-for-download.html>> (last accessed 30.11.2019).

[43] A list of the issuing country organisations is posted on the FIATA website via the link at <<https://fiata.com/about-fiata/fiata-documents.html>> (last accessed 30.11.2019).

[44] The British International Freight Association (BIFA) is the relevant freight forwarder organization in the UK — its standard terms and conditions are known as the BIFA STCs and their latest edition is from 2017. The Australian Federation of International Forwarders (AFIF) offers the AFIF 2018 (Model STCs) for its members and the Singapore Logistics Association the SLA STC 2004.

[45] See UNCTAD Secretariat Report of 25 June 2001 'Implementation of Multimodal Transport Rules', UNCTAD/SDTE/TLB/2, paras 16–40.

[46] See FBL, definition section.

[47] See FBL, cl 2.1a) and 6.1.

[48] See FCT, face therefore, lower third, stating:

1. The undersigned are authorized to enter into contracts with carriers and others involved in the execution of the transport subject to the latter's usual terms and conditions.

2. The undersigned do not act

as Carriers but as Forwarders. In consequence they are only responsible for the careful selection of third parties ...

[49] Registered in Denmark.

[50] Both in the initial 1995 and the revised 2016 form. See also the 1977 COMBIDOC, based on the previous ICC Rules for a Combined Transport Document 1975 (UNCTAD Secretariat Report of 25 June 2001 'Implementation of Multimodal Transport Rules', UNCTAD/SDTE/TLB/2, paras 29–30 and fn 20).

[51] Although they are also capable of being used for only one mode of transport.

[52] In which case the carrier is called the Multimodal Transport Operator, MULTIDOC, cl 2.

[53] More on this see the paper by C Legros in this edition. See also S Lamont-Black, 'Towards transparency and predictability in freight forwarding – the case for a Model Law', (n 13) paras 3.2 - 3.3.

[54] See the network systems

[55] The UNCTAD/ICC Rules for Multimodal Transport Documents, and so also the FIATA FBL and the BIMCO MULTIDOC, provide for liability based on presumed fault, although for sea carriage include the nautical fault and fire on board exclusions, as well as the other Hague-Visby Rules exclusions from liability. This is coupled with a network system for limitation of liability providing for sea limits in principle and for road limits if no sea or inland waterway transport was involved, but this system is overridden in case of localised damage by a mandatory transport convention or national law. On the UNCTAD/ICC Rules in the context of harmonisation see M Faghfour, 'International Regulation of Liability for Multimodal Transport – In search of Uniformity' (2006) 5 *WMU Journal of International Maritime Affairs* 95, 99–100.

[56] However, there are a number of defences for causes that originated outside the carriers' sphere of responsibility or could not be avoided. Furthermore, the liability system gives way to a greater degree than that of FBL or MULTIDOC where the loss or damage occurs during a carriage stage that would have been governed by a mandatory regime had a separate contract been made for the stage, referring not only to the monetary limits of liability, but to the full system of liability of this overriding mandatory regime.



Jérôme de Sentenac
Avocat au Barreau de Paris - Médiateur

Le statut des intermédiaires de transports européens

Introduction

Le statut des intermédiaires opérateurs de transports européens est extrêmement varié et diffère selon chaque pays, à l'exception des pays scandinaves (Danemark, Finlande, Norvège et Suède) qui ont su adopter des règles communes pour le « *speditorer* » par le biais de la Nordic Association of Freight Forwarders.

Si la France a su partager avec d'autres pays d'Europe continentale les règles du Code Civil de 1804, dit « *Code Napoléon* », cela n'est pas vrai de celles du Code de Commerce de 1807 dans lequel il est traité de la commission de transport. Cela peut vraisemblablement s'expliquer par le fait que les lois propres au commerce étaient des lois d'exception incomplètes qui recevaient nécessairement leur complément du Code Civil. Ainsi, le seul pays qui ait adopté la notion de commission de transport est la Belgique.

De façon générale, dans chaque pays de l'Union Européenne, le statut des intermédiaires de transports est rarement prévu par les seuls textes législatifs ou réglementaires. C'est le cas principalement en Allemagne pour le « *spediteur* » (Sections 453 à 466 du Code de Commerce GCC), en Espagne (Loi du 11 novembre 2009 sur les transports intérieurs LCT et du 24 juillet 2014 sur les transports maritimes LNM) et en Italie (Code Civil italien) pour le « *spedizionere* ».

Le plus souvent, le statut juridique des intermédiaires de transports est complété ou déterminé par des règles élaborées par des organisations professionnelles ou avec leur collaboration, qui constituent des contrats types supplétifs de la volonté des parties. C'est le cas dans les pays scandinaves avec les Conditions générales de la Nordic Association of Freight Forwarders (NSAB 2015), en Angleterre avec les Standard Conditions de la British International Freight Association (BIFA 2017), aux Pays-Bas avec les Dutch Forwarding Conditions (FENEX 2018), en Belgique avec les Conditions générales des Expéditeurs Belges et des opérateurs de Transport et, en France, avec le « *contrat type commission* » et les Conditions générales de l'Union des Entreprises de Transport et Logistique de France (TLF).

Il résulte de ces diverses sources du droit propres à chaque pays de l'Union Européenne une grande diversité de régimes obligatoires ou purement contractuels, le plus souvent, avec tous

les aléas et toutes les incertitudes que cela peut impliquer.

Pour autant, à l'analyse de ces différents régimes juridiques, on peut dégager deux tendances principales :

- les intermédiaires de transports qui ne sont responsables que de leurs fautes personnelles,
- et ceux qui endossent une double responsabilité en étant également garants de leurs substitués ou de la bonne exécution du transport.

Nous dresserons un panorama rapide de ces deux systèmes (I) et des difficultés que cela pose pour les praticiens, qui doivent composer avec la très grande diversité de régimes qui affecte les éléments essentiels des règles propres au transport (II). Pour tenter de faire face à ces difficultés, nous envisagerons les solutions pratiques qui pourraient être mises en place dans le cadre européen et/ou plus largement international (III).

1 DOUBLE RÉGIME DE RESPONSABILITÉS DES INTERMÉDIAIRES DE TRANSPORTS

De façon générale, il ressort de l'examen des différents régimes juridiques des intermédiaires de transports européens qu'ils peuvent être responsables de leurs fautes personnelles (a) et, éventuellement, des transporteurs qu'ils se sont substitués ou de la bonne exécution du transport (b).

■ A – Responsabilité personnelle des intermédiaires de transports

S'il existe bien des disparités de régimes juridiques entre les intermédiaires de transports européens, ils ont un point commun, c'est qu'ils sont toujours responsables de leurs fautes personnelles.

Cela s'explique par le fait que l'intermédiaire de transports est, a minima, assimilé à un mandataire ; c'est-à-dire à un professionnel des transports qui contracte pour le compte d'un mandant donneur d'ordres envers lequel il est responsable de la bonne exécution de son mandat.

On attend donc de l'intermédiaire, à défaut d'endosser la responsabilité pour la bonne réalisation du transport, de se comporter en bon professionnel de son organisation.

Ainsi, quel que soit le pays de l'Union Européenne concerné, on peut toujours rechercher la responsabilité de l'intermédiaire/organisateur pour toutes les fautes qu'il a pu commettre, notamment dans le choix des transporteurs avec lesquels il a contracté, mais également pour tout ce qui a trait au défaut d'instruction et de suivi du transport, ainsi que pour tous les mandats spécifiques qu'il a pu recevoir.

■ B – Responsabilité de la bonne exécution du transport

Cette question est essentielle et cela crée une grande insécurité juridique pour les intérêts marchandises. En effet, si tous les systèmes juridiques de l'Union Européenne prévoient que l'intermédiaire de transports puisse être également responsable de la bonne exécution du transport, c'est, le plus souvent, en application de faisceaux d'indices qui les assimilent à des commissionnaires de transport ou à des

transporteurs contractuels, et non dans le cadre d'un contrat explicite quant à leur qualité d'intervenant. Ainsi, c'est postérieurement à la survenance d'un sinistre qu'il faudra le plus souvent faire qualifier l'intermédiaire de transport, de façon à le rendre juridiquement responsable des dommages causés à la marchandise quand il n'a pas commis de faute personnelle.

Dans l'Union Européenne, sont garants de la bonne exécution du transport :

En Allemagne

Le « spediter » qui a contracté pour un montant forfaitaire ; ce qui est le plus souvent le cas (Section 459 GCC). Il est alors assimilé à un transporteur.

En Espagne

L'organisateur de transport qui est également assimilé à un transporteur (Art. 4 LCT et 278 LNM).

En Grande-Bretagne

Quand le « freight forwarder » est considéré comme Principal et non comme simple Agent.

Dans les pays scandinaves

Si le « speditorer » agit en son nom propre comme « contracting party ».

Aux Pays-Bas

Quand le « freight forwarder » contracte comme transporteur (en cas de doute sur sa qualité, il est présumé transporteur).

En Belgique

Quand « l'expéditeur » contracte en qualité de commissionnaire de transport et non commissionnaire-expéditeur. C'est-à-dire quand il exécute le contrat de transport en son nom et avec ses moyens, qu'il émet le document de transport en son nom ou quand il s'est engagé comme tel.

En Italie

Quand le « spedizionere » est qualifié de « Spedizionere-Vettore » qui est assimilé à un transporteur contractuel.

En France

Lorsque l'intermédiaire/organisateur est qualifié de commissionnaire de transport et non de transitaire, qui est un simple mandataire responsable de ses seules fautes personnelles. Le critère essentiel étant la liberté de choix des voies et moyens de transport.

2 DIVERSITÉS DES RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX INTERMÉDIAIRES DE TRANSPORTS

Dans la diversité des règles juridiques applicables aux intermédiaires de transport dans l'Union Européenne, les difficultés rencontrées par les praticiens touchent principalement : les prescriptions et les limitations de responsabilité.

■ A – Sur les prescriptions applicables

Les délais de prescription sont les guillotines des praticiens du transport et il est donc essentiel de pouvoir en maîtriser les délais.

Sans en faire un panorama exhaustif par pays de l'Union Européenne, il convient de relever ceux qui prévoient des délais abrégés ou allongés par rapport au délai d'un an généralement applicable en matière de transport.

1. Prescriptions abrégées

Les Conditions Générales Belges d'expéditeur prévoient la nécessité de présenter une réclamation écrite et motivée à « l'expéditeur » dans les 14 jours et d'agir à son encontre dans les 6 mois.

En Grande Bretagne, des réserves doivent être également adressées au « freight forwarder » dans les 14 jours et la prescription est de 9 mois à compter de l'événement.

Aux Pays-Bas, la prescription contre le « freight forwarder » est également de 9 mois et de 3 mois pour les actions récursoires.

Quand l'intermédiaire n'est pas qualifié de « freight forwarder » dans ces pays, la prescription applicable est celle propre au transport concerné.

2. Prescriptions allongées

La prescription des actions contre les intermédiaires de transport est d'un an en Allemagne et en Espagne, mais elle est de 3 ans en cas de « faute inexcusable » en Allemagne (section 439 GCC) et de 2 ans en droit espagnol si cette faute est démontrée.

En Italie, la prescription est de 18 mois en matière internationale.

En Angleterre, si les règles du BIFA ne s'appliquent pas, la prescription de droit commun est de 6 ans et au Danemark, elle est celle de droit commun

de 3 ans, si les règles NSAB ne jouent pas.

■ B – Sur les limitations de responsabilité applicables

En Allemagne

Application des limitations contractuelles prévues entre les parties et, à défaut, du mode de transport concerné si l'intermédiaire de transports est assimilé à un transporteur.

En Espagne

Même chose, sauf en transport routier interne, un tiers IPREM par Kg. IPREM = indice de référence utilisé pour calculer le montant de certaines prestations sociales (Indicador Publico de Renta de Efectos Múltiples). Il varie en fonction des années (IPREM en 2018 : 537,84 € par mois).

En Grande-Bretagne

2 DTS par Kg avec un maximum de 75.000 DTS pour faute personnelle. Sinon, application des limitations des transporteurs.

Pays scandinaves

8,33 DTS par Kg pour les dommages aux marchandises avec un plafond de 100.000 DTS si l'intermédiaire est « contracting party » et 50.000 DTS par envoi avec un maximum de 500.000 DTS par événement si le « speditorer » n'est qu'un simple intermédiaire.

Aux Pays-Bas

Application des limitations contractuelles prévues entre les parties ou de la FENEX qui sont de 4 DTS par Kg avec un maximum de 10.000 DTS par envoi.

En Belgique

Les limitations des Conditions Générales Belges sont de 5 € par kg, avec un maximum de 25.000 € par envoi.

En Italie

Il n'existe pas de limitation particulière pour le « spedizionere ».

En France

Le contrat de commission est soumis à la liberté contractuelle (Article 1103 du Code Civil).

En application du « contrat type commission », qui est supplétif de la volonté des parties, pour faute personnelle, la limitation de responsabilité du commissionnaire est de 20 € par kg, avec un maximum de 5.000 € par tonne, la plus faible devant s'appliquer.



En tant que garant de ses substitués, le commissionnaire bénéficie des limitations légales du transporteur concerné. En effet, il n'est pas plus responsable que celui-ci.

Si le substitué n'a pas de limitation légale de responsabilité, on applique les limitations pour faute personnelle du contrat type commission.

3 TENTATIVES D'HARMONISATION

Face à la diversité et aux incertitudes relatives aux régimes de responsabilité, il serait souhaitable de pouvoir parvenir à une harmonisation des régimes juridiques applicables aux intermédiaires de transports, tant pour des raisons de sécurité et d'égalité de traitement dans le cadre de commerce européen, que pour des besoins propres aux modalités d'assurances.

Ces solutions pourraient être de nature législative (a) ou venir de la pratique et des organismes professionnels (b).

■ A – Solutions législatives

1. Traités internationaux

Il n'existe pas de traité international relatif aux intermédiaires de transports. En revanche, il a été fait, à l'initiative des Nations Unies (UNCITRAL), des tentatives d'harmonisation en matière de transports multimodaux, l'intermédiaire de transports garant de la bonne exécution du transport étant généralement assimilé à un transporteur. Il en est ainsi de la Convention des Nations Unies sur le Transport multimodal international de marchandises (Genève 1980), et des Règles de Rotterdam (New-York 2008). Cependant, ces conventions ne sont pas en vigueur, n'ayant été signées que par très peu de pays, notamment de l'Union Européenne, et rarement ratifiées.

2. L'Union Européenne

Depuis l'ouverture du marché intérieur par la Directive très générale de 1992, la Commission Européenne s'est penchée sur les intermédiaires de transports dans le cadre d'une première étude ayant donné lieu à un « livre blanc » en 2001, intitulé : « feuille de route pour un espace européen unique des Transports ».

Cela a débouché sur l'adoption d'un plan d'action pour la logistique du transport de marchandises en 2007, concernant la politique générale à suivre,

d'où il ressort qu'il serait souhaitable d'adopter un instrument juridique unique permettant de couvrir tous les régimes de responsabilité sur toute la chaîne logistique multimodale qui empêchent l'achèvement du marché intérieur.

Une conférence rassemblant les représentants de l'industrie des transports et de la logistique s'est tenue en 2013, lors de laquelle il a été constaté qu'une tentative d'unification internationale avait déjà été faite avec les Règles de Rotterdam qu'il suffisait d'adopter et aucune décision n'a été prise.

Pour le moment, la seule initiative européenne qui pourrait être envisagée, compte tenu de ce contexte, serait de faire adopter, sous la pression du monde de l'industrie des transports, une Directive sur la base de cette Convention, avec des modifications éventuelles pour en faire une réglementation propre à l'Union Européenne.

■ B – Pratique des organismes professionnels

En pratique, il serait opportun de se tourner vers la Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés (FIATA), dont sont membres 40.000 transitaires dans 150 pays. En effet, un des objectifs majeurs de cet organisme est de promouvoir des documents uniformes pour ses membres, de façon à faciliter et rendre plus sûrs les échanges internationaux.

La FIATA a élaboré trois documents de transport régulièrement utilisés par ses membres :

- Le connaissement de transport combiné, qui est un titre négociable (FBL);
- Le connaissement de transport combiné non négociable (FWB);
- Le certificat de Transport du Transitaire (FCT), qui est négociable s'il est spécifié qu'il est « à ordre ».

Les documents FBL et FWB de la FIATA font de l'intermédiaire de transports un transporteur garant de la bonne exécution du transport. Ils prévoient l'application des limitations de responsabilité de la Convention de Bruxelles de 1924 amendée pour les parties maritimes et fluviales et de la Convention CMR pour les transports purement terrestres ; ce qui concerne la plupart des transports européens.

En revanche, la prescription applicable, qui est de 9 mois, n'est pas idéale, mais elle a été jugée valable par les tribunaux français.

Lorsque l'intermédiaire de transport ne veut pas être considéré comme transporteur, mais

comme un simple Transitaire / Freight Forwarder qui ne répond généralement que de ses fautes personnelles, il convient d'utiliser le document FIATA (FCT).

Les documents FIATA (FCT) portent au verso les conditions générales de l'organisation nationale, membre de la FIATA qui émet ces documents, et ils ne peuvent donc pas servir à unifier les régimes propres aux intermédiaires de transports.

Dans un souci d'uniformisation des règles applicables aux intermédiaires de transports, il serait donc souhaitable que la FIATA élabore un nouveau document qui comporterait des conditions générales uniques, comme pour ses connaissements de transport combiné.

Il pourrait s'agir d'un document de transport « direct » ou « combiné », au choix des co-contractants qui coqueraient la case appropriée ; qui aurait l'avantage de clarifier le statut juridique de l'intermédiaire émetteur,

sachant que dans ces documents, les limitations de responsabilité, les causes exonératoires et les prescriptions seraient identiques.

Il existe également un document FIATA FFI (*Freight Forwarding Instructions*) qui est un bordereau d'instructions données par le client au transitaire, mais ce n'est pas un document de transport. Cela pourrait toutefois être l'occasion pour l'expéditeur de préciser en quelle qualité il souhaite que l'intermédiaire contracte.

Les documents conçus par la FIATA ne peuvent cependant pas permettre une parfaite unification des régimes juridiques puisque leur utilisation est réservée aux membres de l'association. Ils constituent toutefois un bon support pour élaborer les règles propres aux intermédiaires de transports qui pourraient être adoptées dans l'espace européen.

Le statut des NOUVEAUX acteurs

Le commissionnaire 2.0 :
un OVNI dans le monde de
l'organisation du transport

Lucie YERESYAN

Doctorante - Université Paris Sorbonne - France

Introduction

La digitalisation n'échappe pas au monde du transport. Le métier de commissionnaire se trouve face à la standardisation, l'automatisation et la centralisation de ses process. Ce phénomène est porteur d'une nouvelle forme de concurrence qui est difficile de qualifier.

Le terme digitalisation est en lien avec les nouveaux usages des consommateurs de ces services avec les modèles d'entreprises et d'organisations actuelles. Ce phénomène s'applique à la transformation d'un marché ou d'un métier. En France, le secteur des transports de marchandises a connu la libéralisation, toutefois, ce domaine reste encore soumis à une forte réglementation^[1]. L'organisation du transport est définie par l'article 1411-1 du code des transports. Le

commissionnaire 2.0 tel que nous allons le présenter, se trouve être à l'entre deux des définitions suivantes :
« Commissionnaires de transport : les personnes qui organisent et font exécuter sous leur responsabilité et en leur propre nom, un transport de marchandises selon les modes de leur choix pour le compte d'un commettant. Les auxiliaires de transport : les personnes qui concourent à l'opération de transport sans toutefois l'exécuter ni fournir les moyens d'exécution ».

Ainsi, l'apparition des commissionnaires 2.0 appuie la définition de la digitalisation des processus et les méthodes de travail traditionnel des commissionnaires au travers des solutions digitales. La dimension « informatique », qui était jusque-là utilisée comme un outil devient incontournable dans l'exécution des tâches.

1 LE MÉTIER DE COMMISSIONNAIRE DE TRANSPORT RYTHMÉ PAR DES DISPOSITIONS STRUCTURÉES

L'accès à la fonction de professionnel de l'organisation du transport de marchandises est défini par trois textes réglementaires structurants. Le premier est le 2° de l'article R. 1422-4 du code des transports, qui affirme la nécessité d'avoir l'attestation de capacité professionnelle afin d'exercer la profession de commissionnaire de transport. Cette dernière est délivrée, par le préfet de région à la suite d'un examen qui porte sur un référentiel des connaissances du secteur. Le second texte est l'arrêté du 4 octobre 2007 relatif à l'inscription au registre des commissionnaires de transport.

Cette reconnaissance permet aux entreprises attestataires les activités suivantes :

- « 1° les opérations de groupage, par lesquelles des envois de marchandises en provenance de plusieurs expéditeurs ou à l'adresse de plusieurs destinataires sont réunis et constitués en un lot unique en vue de leur transport ;
- 2° Les opérations d'affrètement par lesquelles des envois sont confiés sans groupage préalable à des transporteurs publics ;
- 3° Les opérations de bureau de ville par lesquelles le commissionnaire prend en charge des colis ou expéditions de détail et les remet séparément soit à des transporteurs publics, soit à d'autres commissionnaires de transport ;
- 4° Les opérations d'organisation de transport par lesquelles le commissionnaire prend en charge des marchandises en provenance ou à destination du territoire national et en assure l'acheminement par les soins d'un ou plusieurs transporteurs publics par quelques voies que ce soit. »^[2].

Ainsi, la mission du commissionnaire est de trouver les transporteurs correspondants le plus avec le besoin client. Pour cela il engage, au même titre que son expertise, son nom, car le client du transporteur est la société organisatrice. Sa mission ne s'arrête pas là, l'exécution finale de la prestation de transport est elle aussi encadrée par l'organisateur. C'est pour cela que le marché des commissionnaires est perçu comme opaque dans le détail des opérations effectuées. Le chargeur ne maîtrise pas le choix des transporteurs car il transmet la responsabilité

à la société de commission qui facture en son nom. Le chargeur a une connaissance réduite de l'état d'avancement de ces flux. C'est une nouvelle fois le commissionnaire qui filtre et diffuse les informations, en général, au travers de coup de téléphone ou de mail. Peu de commissionnaires traditionnels utilisent une technologie de tracking. Ce détail met en avant le caractère humain et individualisé du service.

2 LE COMMISSIONNAIRE 2.0, UNE MARKETPLACE AVEC UN SERVICE D'ORGANISATION CLÉ EN MAIN

Il existe à l'heure actuelle près de 200 plateformes digitales^[3] ayant pour activité l'organisation du transport de marchandises en Europe. Il en est dénombré une vingtaine de sociétés françaises. La valeur ajoutée qui est portée dans la majorité de ces sociétés est l'optimisation des opérations dites chronophages. Cette optimisation est faite par le biais de la digitalisation. Nous les avons classées en trois étapes.

La première étape est la standardisation de la demande du chargeur. Le devis est établi en quelques minutes sur la plateforme en fonction de caractéristiques indispensables qui sont : le poids, les dimensions... La seconde étape est l'automatisation de ce que nous appelons le « tour de rôle ». Normalement effectué par le commissionnaire, le chargeur reprend indirectement possession du choix du transporteur. L'argument de vente de certains commissionnaires 2.0 est la mise à disposition d'une « flotte » de transporteurs. Ainsi, pour attribuer une course, il existe plusieurs variantes, soit le transporteur est choisi par le chargeur, soit le transporteur remporte la course qu'il veut prendre en charge. Lorsque le transporteur choisi le fret, nous remarquons que la négociation du prix est définitivement gommée. Les transporteurs ont directement accès à une « offre type » ayant son prix fixé qui ne supporte pas de modifications. Enfin la troisième étape, celle de la centralisation, correspond au fonctionnement même de la plateforme. Le devis, l'attribution des courses, le suivi, la facturation, toutes les informations sont disponibles immédiatement au même endroit.

Le processus de digitalisation ainsi que la nature des relations décrites entre transporteurs et

[1] « La déréglementation des transports routier de marchandises : l'expérience française » - Michel Violland

[2] Article R1411-1

[3] AUTF (Association des Utilisateurs de Transport de Fret) et BP2r

[4] D'après une sélection d'entreprises identifiées comme commissionnaire 2.0 sur le site Infogreffe.

[5] « Art. 1er. - En application du 1° de l'article 38 du décret du 14 mars 1986 modifié susvisé, le montant des opérations de transport public routier de marchandises pouvant être sous-traitées, dans le cadre de contrats de transport, par une entreprise inscrite au registre des transporteurs et des loueurs à une autre entreprise de transport public routier de marchandises ne peut excéder 15 % du chiffre d'affaires annuel de l'activité de transport public routier de marchandises de l'entreprise donneur d'ordres. »

[6] Course spot : mouvement de marchandises d'un point A à un point B sans redondance.

[7] Menée par AUTF et BP2r en Avril 2019

commissionnaires 2.0 soulèvent la question de savoir si ce dernier est réellement organisateur de transport. Les avantages de cette offre s'appuient sur la capacité de suivre la marchandise en temps réel et d'anticiper les répercussions des aléas qui interviennent au cours du transport. La gestion digitale automatisée fait la promesse aux chargeurs d'une meilleure réaction aux demandes mais aussi en cas de problème. Enfin la transparence maîtrisée du réseau partenaire, suggère une intégration de ceux-ci au réseau propre des chargeurs. On remarque alors un aspect collaboratif des différents acteurs concernés. Cette optimisation est donc pensée pour que les intervenants se concentrent uniquement sur des tâches dites à forte valeur ajoutée.

3 L'ACTIVITÉ PRINCIPALE TOURNÉE VERS LE DIGITAL SÈME LE DOUTE

L'optimisation est la source de valeur ajoutée portée par les commissionnaires 2.0, dans le but d'améliorer les méthodes traditionnelles. Effectivement, les premières actions d'optimisation ont lieu sur les plans d'approvisionnement, distribution mais aussi sur l'organisation du transport inter-dépôt. Maintenant, il s'agit d'en réduire leur coût de mise en place pour les organisateurs de transports et de les rendre plus efficaces. Ce constat nous amène à requalifier le statut des commissionnaires 2.0, non plus comme des organisateurs de transports mais plutôt comme des facilitateurs à l'optimisation des flux traités par les commissionnaires traditionnels. L'Activité Principale Exercée (APE) nous appuie et donne une indication sur la nature de l'activité principale des commissionnaires 2.0. Ce code permet à l'INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques) de tenir un inventaire de toutes les activités professionnelles exercées en France. Ces données sont ensuite utilisées pour établir des baromètres par activité de la santé et potentialité économique de ces secteurs. Ainsi, un code APE doit être le plus proche de la réalité de l'entreprise. Le code APE est défini en fonction de l'objet social. Il est généralement conseillé de rédiger un objet social suffisamment large, notamment pour ne pas limiter les possibles évolutions de l'activité. Ainsi, l'étendue de celui-ci rend par extension le pouvoir des dirigeants plus important. Or celle des commissionnaires 2.0 est liée à la programmation informatique (ou similaire). Les codes récurrents sont le 6201Z :

Programmation informatique, le 5829C : Edition de logiciels applicatifs, le 6312Z : Portails internet et 6311Z : Traitement de données, hébergement et activités connexes^[4].

Nous nous confrontons à un paradoxe, une partie des sociétés ayant ces codes APE, sont inscrites au registre des commissionnaires. Cette adaptation d'activité est motivée par les évolutions du marché, qui ont constitué une opportunité pour les commissionnaires 2.0. Une question similaire s'est posée lorsque des entreprises de transports routiers prenaient le statut de commissionnaire en vue de sous-traiter une partie de leur activité^[5]. Effectivement, la loi interdit la sous-traitance à plus de 15% du chiffre d'affaire et la solution était pour les transporteurs routiers de s'inscrire au registre des commissionnaires.

Les ambiguïtés existantes autour de la fonction de commissionnaire ne datent donc pas de la digitalisation mais elles ont été accentuées par l'avènement de celles-ci.

4 SAVOIR TRANCHER ENTRE OPTIMISATION DE L'EXISTANT OU CRÉATION D'UN NOUVEL ACTEUR : LE MARCHÉ COMME JUGE DE PAIX

Bien que le commissionnaire 2.0 aille au-delà de la mise en relation du chargeur avec le transporteur, notamment en proposant un suivi et un accompagnement administratif, ces caractéristiques s'adaptent à un segment de marché bien précis : celui de la course spot^[6]. Si les commissionnaires 2.0 ont réussi à intégrer le secteur, c'est justement lié au manque de la plus-value d'un organisateur de transport traditionnel sur ce type de transport en particulier.

L'enquête chargeur d'avril 2019^[7], nous apprend que les chargeurs sont attirés par la rapidité de réponse principalement sur les demandes spots. La disponibilité quasiment immédiate des capacités de transport en est le principal facteur. Nous comprenons alors que les attentes des clients de ces plateformes sont des solutions aux manquements des commissionnaires traditionnels. C'est dans cette dynamique que les commissionnaires 2.0, originellement tournés vers la simplification de l'intermédiation, se tourne vers le rôle d'organisateur de transports. Toutefois, les commissionnaires 2.0 n'arrivent

pas à évincer complètement les prestataires fournissant un service à la hauteur des attentes des chargeurs. La question de la valeur ajoutée reste prépondérante : la vitesse d'action n'est pas la clé de la réussite d'un commissionnaire, mais plutôt la qualité des interactions.

La force des commissionnaires traditionnels provient donc de leur dimension humaine. Les outils des plateformes, bien qu'elles soient pensées pour être intuitives, se heurtent à des difficultés techniques, à la question de la sécurisation des informations et aux problèmes d'intégration de ces nouvelles méthodes auprès des exécutifs. Effectivement pour que les données soient en temps réel, il faut un déclenchement humain qui n'est pas automatisé dans les mœurs. Ainsi, la pression faite sur les transporteurs pour intégrer cette nouvelle conception du plan de transport est contre-productif. L'anticipation des flux même spot n'est pas suffisante pour un organisateur de transport, c'est la gestion de l'aléa qui est impératif pour une bonne performance de la chaîne.

5 LE STATUT D'AUXILIAIRE DE TRANSPORT COMME COMPROMIS

La loi doit donc saisir l'opportunité d'évoluer dans le sens d'une requalification des commissionnaires 2.0 afin d'encadrer au mieux ces nouvelles pratiques. Cela est possible en captant le caractère hybride de leur activité : une alliance entre la capacité de développer des solutions

digitales et celle d'organisateur de transport optimisé. Nous avons remarqué une évolution entre les premières plateformes digitales qui se contentaient de mettre en relation les différents acteurs du transport et les formes actuelles qui intègrent de plus en plus de fonctions telles que le tracking ou l'accompagnement administratif. Toutefois, de plus en plus de commissionnaires de grandes tailles développent leur propre plateforme et pallient à leur propre manquement. De fait, le secteur ne se développe pas de manière significative pour le moment. Cependant, la mise en place d'un cadre juridique permettrait aussi bien de rendre parfaitement lisible l'activité de ces acteurs auprès de leurs clients et de leurs fournisseurs. Mais aussi de mettre en place des organismes de contrôle saisissant parfaitement les enjeux. Le statut d'auxiliaire de transport est donc le bon compromis.

Toutefois, nous ne pouvons pas ignorer une possible évolution de ce nouveau type de service. Par exemple, si les commissionnaires 2.0 deviennent multimodal et non plus monomodal, ils se saisiraient du principal manquement des commissionnaires traditionnels mais aussi de l'essence de l'organisateur du transport, c'est-à-dire du choix du mode le plus optimal. Dans le cas où ce scénario se confirmerait, nous pouvons imaginer une nouvelle catégorie juridique à part entière d'organisateur de transport 2.0. Les enjeux de cette nouvelle catégorisation seraient la protection des fournisseurs de capacité, le contrôle de la concurrence avec les autres organisateurs et la dimension informatique de l'activité, notamment au travers de la sécurisation des données.



Isabelle BON-GARCIN

Professeure de Droit privé - Lyon 2 - France -

Directrice du Master 2 Droit des transports et de la logistique - Directrice de l'EA DCT

Les plateformes numériques de mise en relation dans le transport de marchandises : Quel statut juridique ?

Introduction

À titre liminaire, je me suis interrogée sur l'utilisation du terme plateforme pour désigner ce modèle de relations économiques, plus précisément ce terme est-il adapté pour décrire ce phénomène ?

On pourrait penser, comme c'est souvent le cas, qu'il s'agit seulement d'une traduction du terme anglais « platform » qui est en réalité une importation directe du vieux français « platte fourme » qui désignait la disposition d'un édifice avec une structure plane, souvent surélevée, servant de support, de base. Ce terme a, par la suite, été utilisé aussi bien dans le langage militaire (ouvrage de terre relevé et uni sur lequel on met les canons) que dans les transports, plateforme de quai, plancher de certaine partie du navire, plate-forme de forage, plate-forme spatiale etc...Ramené à l'objet de notre étude, le choix de ce terme nous semble finalement assez judicieux, en désignant une forme d'édifice à partir de laquelle les utilisateurs construisent leurs relations, la neutralité des plateformes en tant que simples supports est ainsi parfaitement soulignée.

Mais lorsqu'il s'agit d'examiner leur statut juridique, une des difficultés tient à la diversité du fonctionnement de ces dernières. Au-delà de la distinction transport de personnes et transport de marchandises, certaines plateformes mettent en relation des professionnels (BtoB), d'autres des particuliers et des professionnels (CtoB) ou certaines des

particuliers uniquement (CtoC). Par ailleurs, le rôle qu'elles s'attribuent est très variable, tout comme leur rémunération ou leur prétendue absence.

Cette diversité des modèles de plateforme se traduit par la variété des approches typologiques et des catégorisations, comme le rappelle le Conseil d'État dans une étude de 2017 intitulée « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner « l'ubérisation ». Ainsi, du point de vue économique, « une plateforme numérique peut être définie par ses infrastructures, par les services qu'elle fournit, les modèles d'affaire qu'elle supporte, ou par les écosystèmes qu'elle structure »^[1]. La Commission européenne, quant à elle, considère que les plateformes entrent pour la plupart dans la catégorie des « services de la société de l'information » au sens de la directive dite « e-commerce »^[2] du 8 juin 2000, elle retient deux critères de qualification. Le premier est celui de l'intensité du contrôle réalisé par la plateforme sur le « service sous-jacent », le second est celui du caractère professionnel ou non de l'exercice de l'activité, qui détermine l'application des législations consuméristes.

En France, le législateur est intervenu pour imposer certaines obligations aux plateformes, pour autant il ne précise pas si elles relèvent ou non de la notion de prestataire de services de la société de l'information telle que prévue par la directive mentionnée précédemment. Or, la question de savoir si la plateforme offre seulement un service électronique d'intermédiation ou aussi le service sous-jacent a des conséquences directes sur les conditions d'accès au marché de ladite plateforme.

A ce sujet, les décisions rendues par la CJUE à propos de l'activité d'Uber vont nous éclairer, ce d'autant que leur portée peut aller, nous semble-t-il, au-delà du transport de personnes (I). Par ailleurs, la lecture des Conditions générales d'utilisation (CGU) des plateformes fournit parfois des exemples de volonté de désengagement de ces dernières qui prétendent être des tiers à la relation qui se noue entre les utilisateurs. Or, il nous semble qu'elles ne peuvent pas, en tant que pivot, rester totalement étrangères aux relations entre usagers, il est donc nécessaire de se demander quelle qualification juridique donner à leur immixtion (II).

1 QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'ACTIVITÉ DE MISE EN RELATION AU REGARD DES DÉCISIONS RENDUES PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Nous verrons dans un premier temps que la CJUE a analysé avec minutie le fonctionnement des plateformes en cause (A) pour mesurer la portée de ces arrêts (B).

■ A – Focus sur l'organisation des échanges économiques réalisés sur la plateforme

Dans les arrêts de la CJUE du 20 déc. 2017 (aff. C-434/15)^[3] et du 10 avr. 2018 (aff. C-320/16)^[4], le litige opposait des associations professionnelles de Taxi à Uber au sujet de la fourniture par celle-ci, via une application Uberpop, d'un service rémunéré de mise en relation de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes souhaitant effectuer des déplacements urbains, sans disposer de licences et autorisations administratives. Même si les questions posées n'étaient pas tout à fait les mêmes, il s'agissait dans les deux cas de savoir si la prestation Uber est seulement l'exploitation d'une plateforme numérique jouant le rôle d'intermédiaire entre particuliers et chauffeurs ou si elle doit être assimilée à une prestation de transport, et dans ce cas toute la réglementation inhérente à cette activité doit s'appliquer.

La Cour a répondu dans les deux cas que le service d'intermédiation proposé par Uber doit être considéré comme indissociablement lié à un service de transport relevant, dès lors, de la qualification de « service dans le domaine des transports » au sens du droit de l'Union. Pour ce faire, elle a relevé que le service d'intermédiation d'Uber crée une offre de service de transport en permettant l'accès au marché à des chauffeurs non professionnels qui à défaut ne proposeraient pas leur service et à des clients qui n'y auraient pas recours. Elle ajoute ensuite qu'Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs, notamment en établissant le prix maximum de la course qu'elle collecte auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de

ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion. La CJUE a ainsi conclu que « Ce service d'intermédiation doit donc être considéré comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport et, partant, comme répondant à la qualification non pas de « service de la société de l'information », au sens de l'article 1er, point 2, de la directive 98/34, auquel renvoie l'article 2, sous a), de la directive 2000/31, mais de « service dans le domaine des transports », au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2006/123 ». De ce fait « le service d'intermédiation en cause relève non pas de l'article 56 TFUE, relatif à la libre prestation des services en général, mais de l'article 58, paragraphe 1, TFUE, disposition spécifique aux termes de laquelle « [l]a libre circulation des services, en matière de transports, est régie par les dispositions du titre relatif aux transports ». Mais dans la mesure où les services de transport urbain non collectif ainsi que les services d'intermédiation qui leur sont liés n'ont pas donné lieu à l'adoption par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne de règles communes ou d'autres mesures, chaque État membre peut réglementer les conditions de prestation des services d'intermédiation tel que celui en cause. Dans ces conditions, une réglementation nationale, comme la législation française, qui subordonne, dans un tel système, le transport de clients dans des véhicules de moins de dix places à une habilitation est valable et doit être sanctionner pénalement le fait de ne pas en disposer^[5].

■ B – La portée des arrêts Uber

Les concepts consacrés dans ces affaires dépassent, nous semble-t-il, potentiellement le seul secteur relatif au transport urbain de passagers^[6]. Dans la mesure où le critère de l'organisation des échanges économiques réalisés sur la plateforme permet de déterminer l'application à cette dernière des droits sectoriels issus de l'économie physique, plusieurs cas de figures peuvent alors se présenter. Si la plateforme offre seulement un service électronique, elle peut alors commencer son activité sans autorisation préalable conformément à la directive « commerce électronique » (art. 4, 1), ce qui ne sera pas le cas si elle est impliquée dans la prestation de service sous-jacente mais elle pourra alors voir son accès au marché facilité par la directive « services » (la très fameuse directive dite « Bolkenstein^[7]), à moins que le service sous-jacent relève d'une des nombreuses exceptions et exclusions de la directive, ce qui est le cas du transport, en particulier de marchandises.

[1] W. Maxwell et T. Pénard, La régulation des plateformes numériques en Europe, Livre blanc, 10 décembre 2015

[2] Directive 2000/31/CE (« directive sur le commerce électronique »), JOCE 17/7/2000, L. 178/1, V. l'article 2, point a) qui définit de tels services comme des services rendus « normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

[3] RTD eur. 2018.147, obs. L. Gard, JCP E 2018.1111, note T. Douville.

[4] D. 2018.934, note N. Balat.

[5] La loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur (VTC), qui a été prise afin d'essayer de mettre un terme au conflit existant alors entre les premiers et les seconds, a entrepris non seulement de limiter la concurrence des VTC, mais aussi de réprimer pénalement toute mise en relation des clients avec des particuliers qui effectuent des transports routiers « à titre onéreux ». Saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par les sociétés Uber France SAS et Uber BV sur cette disposition (Cass. com., 23 juin 2015, n°15-40.012 QPC : JurisData n° 2015-015350), le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution (Cons. Const. 22 sept. 2015, n° 2015-484, QPC : D. 2016.1398, obs. Kenfack ; JCP E 2016, n° 39, p. 39, obs. L. De Graëve). Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà pu dire que l'activité d'UberPOP qui offre une mise en relation de clients avec de simples particuliers assurant le service de transport avec leur propre véhicule n'est pas du covoiturage défini comme « l'utilisation en commun d'un véhicule terrestre à moteur par un conducteur et un ou plusieurs passagers, effectuée à titre non onéreux, excepté le partage des frais, dans le cadre d'un déplacement que le conducteur effectue pour son propre compte » (Code des transports, art. L. 3132-1). En effet, UberPop impose une tarification et par ailleurs la destination est

Enfin, sans doute plus rarement, il se peut que l'activité poursuivie échappe entièrement au droit européen, comme c'est le cas, nous l'avons dit du transport urbain non collectif de passagers, auquel cas, la plateforme demeure soumise au pouvoir réglementaire de chaque État membre.

Par ailleurs, la mise en avant du contrôle à la fois sur les éléments essentiels à la formation du contrat (prix, conditions d'accomplissement du service du transport) et sur son exécution effective n'est pas sans nous rappeler le contrôle exercé par un employeur, en instaurant une forme de subordination juridique de type hiérarchique. Il est intéressant de relever à cet égard que la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un contrat de travail entre une plateforme et en l'espèce un coursier chargé d'apporter des repas, lorsque les conditions d'exercice de la prestation permettent de faire ressortir un pouvoir de direction et de contrôle de cet exercice, caractérisant un lien de subordination^[8]. Notons par ailleurs que dans ce cas, c'est-à-dire lorsque la plateforme quitte le statut avantageux de simple intermédiaire, elle devient le contractant direct de celui qui recourt à elle pour l'obtention d'un service. On pourrait aussi la considérer comme un entrepreneur principal qui sous-traite l'accomplissement du transport auprès de chauffeurs indépendants, propriétaires de leurs véhicules ? Ou enfin la voir comme un intermédiaire d'une nouvelle catégorie ? À cette question l'avocat général Szpunar dans le premier arrêt, laisse l'alternative ouverte entre la qualification d'employeur ayant recours à des salariés et celle d'entrepreneur principal ayant recours à des sous-traitants, alors que la Cour de justice de l'Union Européenne envisage l'opérateur de plateforme plutôt comme un intermédiaire d'un nouveau genre. Elle précise en effet que « la notion de "service dans le domaine des transports" englobe non seulement les services de transport pris en tant que tels, mais également tout service intrinsèquement lié à un acte physique de déplacement de personnes ou de marchandises d'un endroit à un autre grâce à un moyen de transport [...]»^[9].

Enfin, ces arrêts nous apprennent qu'il faut prendre en compte le degré d'autonomie du commerce électronique avec l'activité qui n'est pas fournie en ligne et avec laquelle il est combiné. Si celle-ci est plus importante que l'activité d'intermédiation, elle l'absorbera et on appliquera à l'opération globale le régime de l'activité concernée. Ce raisonnement nous rappelle la théorie de l'accessoire qui loin d'être nouvelle, a le mérite d'éviter un « dépeçage » du service proposé et donc l'enchevêtrement de

régimes différents qui n'est jamais un gage de sécurité juridique pour les utilisateurs. Cependant ce critère peut être susceptible d'interprétation et oblige à une comparaison des prestations pas toujours très simple à mettre en œuvre en pratique. De plus cette jurisprudence laisse en suspens un certain nombre de questions en particulier celle de la responsabilité de l'opérateur de la plateforme en cas de dysfonctionnement du service de transport, car il est d'une chose d'être un intermédiaire de transport, il en est une autre d'être un transporteur.

2 QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'ENTREMISE DES PLATEFORMES DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES ENTRE LES UTILISATEURS AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS

Si l'on s'en tient aux figures juridiques classiques et connues du droit civil et commercial et à l'analyse des CGU de certaines plateformes, deux qualifications peuvent être retenues : principalement le courtage (A) et dans une moindre mesure la commission de transport (B).

■ A – Proximité très forte avec le courtage

Le courtier met en relation des personnes en vue de la conclusion d'un contrat, et bien que la référence au courtage soit rare dans les CGU, cette idée peut se retrouver dans les quelques textes du droit français relatifs aux plateformes. Ainsi l'article L.111-7 du code de la consommation, selon lequel est « qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

2° ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ». Dans le cadre de cette activité d'intermédiation, le texte met à la charge de l'opérateur numérique

choisie seule par le destinataire. Consécutivement la Cour a admis que ce service était assimilable matériellement aux activités de taxis ou de VTC et se trouvaient dès lors soumis à une autorisation administrative dont l'absence entraîne l'illegalité d'un tel service (Cass. crim., 31 janv. 2017, n° 15-87770, JT 2017, p. 11, n° 196, obs. X. Delpéché).

[6] V. « La première prise de position de la Cour en matière d'économie collaborative », RT europ. 2018.273, com. V. Hatzopoulos.

[7] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, relative aux services dans le marché intérieur, JOUE 27/12/2006.

[8] Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079, FP-P+B+R+I, Rev. Trav. 2018.812, comm. C. Courcol Bouchard ; RDC 2019, n°03, p. 40, obs. J. Huet. La chambre sociale a été en l'occurrence attentive à la circonstance que l'application des livreurs à vélo était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la plateforme de la position des coursiers et la comptabilisation du nombre de kilomètres parcourus. La société exploitant la plateforme disposait, dans ces conditions, d'un pouvoir de contrôle doublé, d'après l'arrêt, d'un pouvoir de sanction à l'égard des coursiers sous la forme d'un système de bonus et de malus. Cette décision est à rapprocher d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris qui avait admis que les personnes effectuant le transport de clients pour la plateforme Uber sont des salariés (CA Paris, 10 janv. 2019, Comm.com.électr. 2019, p. 35, n° 17, comm. G. Loiseau).

[9] V. en ce sens, arrêt du 15 octobre 2015, Grupo Itevelesa e.a., C-168/14, EU:C:2015:685, points 45 et 46, dans cette affaire, la prestation en cause concernait des opérateurs espagnols assurant le contrôle technique des véhicules

[10] Cass. 1er civ., 19 févr. 2013, n° 11-23287, FS-P+B+I, Contrats, conc., consom. 2013, comm. 108, note L. Leveleur

[11] Cass. com., 19 juin 2019, n° 18-12.292, CCC. 2019, com. 53, G. Loiseau.

une obligation de délivrer une information loyale, claire et transparente sur les conditions générales d'utilisation du service ainsi que sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des offres mises en ligne. S'agissant du transport de personnes, la même idée se retrouve à l'article L.3141-1 du code des transports selon lequel « Le présent titre est applicable aux professionnels qui mettent en relation des conducteurs ou des entreprises de transport et des passagers pour la réalisation de déplacements ». Consécutivement, ces plateformes doivent déclarer leur activité à l'autorité administrative et justifier de l'existence d'un contrat d'assurance couvrant leur responsabilité. Elles doivent s'assurer que les conducteurs qu'elles mettent en relation avec le passager disposent de certains documents (permis de conduire, justificatif de l'assurance du véhicule et justificatif de l'assurance de responsabilité civile requise pour l'activité pratiquée, ainsi que le cas échéant la carte professionnelle requise pour l'activité pratiquée). Par ailleurs, selon l'article L.3142-3 du code des transports « la centrale de réservation est responsable de plein droit à l'égard du client de la bonne exécution des obligations résultant du contrat de transport, que ce contrat ait été conclu à distance ou non et que ces obligations soient à exécuter par la centrale elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice du droit de recours de la centrale contre ceux-ci ». Cependant que cette dernière obligation qui fait peser sur la plateforme une responsabilité du fait d'autrui l'éloigne de la figure du courtier.

La qualification de courtage a par ailleurs été retenue par la Cour de cassation dans au moins deux arrêts. Dans le premier rendu le 19 février 2013^[10], elle a considéré que « la [plate-forme] était un intermédiaire qui mettait en relation vendeurs et acheteurs de véhicules d'occasion et définissait une procédure pour parvenir à la vente sans pour autant la conclure, et que son rôle restait donc celui d'un courtier ». Dans le second^[11], où une plateforme intervenait dans un processus de vente de produits pharmaceutiques, la cour d'appel avait considéré qu'elle était un simple intermédiaire technique dont la neutralité excluait l'illicéité de son concours à l'opération contractuelle. L'arrêt est cassé aux motifs que dès lors que la plateforme avait un rôle d'intermédiaire, elle participait de la sorte au commerce électronique de vente de médicaments bien que n'étant pas pharmacien, il fallait donc en déduire que son activité était illicite au regard de l'article L.4222-1 du code de la santé publique^[12]. Ces deux décisions confirment par ailleurs que l'opérateur de plateforme est lui-même partie à l'opération, étant lié aux deux

catégories d'utilisateurs, son rôle consistant à rapprocher les parties, sa rémunération correspondant souvent au prix de son entremise. Les conséquences de cette qualification de courtage sont de plusieurs ordres. S'agissant d'un acte de commerce, le courtage à titre habituel oblige à une immatriculation au RCS et s'agissant de sa responsabilité, le courtier est d'une façon générale tenu par une obligation de moyens. Il a ainsi l'obligation de garantir à chacun de ses clients l'identité de l'autre et commettrait une faute s'il ne vérifie pas les renseignements les plus élémentaires des utilisateurs (les bourses de fret doivent donc vérifier que les transporteurs sont par exemple bien inscrits au registre des transporteurs et ne sont pas des « fake carrier »), il doit aussi informer des principales caractéristiques du contrat, il a une obligation de rendre compte.

S'agissant des activités pour lesquelles l'entremise d'un courtier est interdite ou réglementée (tel est le cas du courtier de fret fluvial^[13]), leur exercice par une plateforme en ligne est illicite si elle ne respecte pas les exigences de la réglementation. Or, en matière de transport routier de marchandises et au regard du droit français, cette activité ne nécessite pas d'autorisation particulière. Ce qui n'a pas toujours été le cas. Ainsi selon un décret du 30 juin 1961 relatif aux professions auxiliaires de transport, il fallait être muni d'une licence délivrée par le préfet pour pouvoir exercer l'activité de courtier de fret (art. 4) définit comme « toute personne physique ou morale qui, sans faire acte de commissionnaire de transport, met en rapport un expéditeur et un transporteur public routier, en vue de la conclusion entre ces derniers d'un contrat de transport » (art. 3). Il devait par ailleurs contrôler l'identité du transporteur (art.8), tenir un registre des opérations, et pouvait percevoir une commission qui ne pouvait être supérieure à 5% du prix payé au transporteur (art.12.III). Il a été abrogé par un décret du 5 mars 1990 relatif à la profession de commissionnaire de transport et n'a pas été suivi de l'adoption d'un nouveau texte.

Par ailleurs, si le modèle du courtage nous semble pertinent, il ne faut pas écarter trop rapidement le mandat. Il peut en être ainsi chaque fois que les plateformes proposent de procéder au recouvrement du prix de la prestation due par exemple au transporteur. On peut d'ailleurs remarquer que les plateformes de réservation hôtelière en ligne doivent conclure avec les hôteliers un contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et ss. du code civil^[14].

[12] Cette disposition interdit en effet la vente au public de tous médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L. 4211-1 du Code de la santé publique par l'intermédiaire de personnes non titulaires d'un diplôme de pharmacien, il est par ailleurs interdit aux pharmaciens de recevoir des commandes de ces mêmes produits par l'entremise habituelle de courtiers ou d'intermédiaires.

[13] L'article L. 4441-1 du code des transports définit le courtier de fret fluvial comme « la personne physique ou morale qui est mandatée pour mettre en rapport des donneurs d'ordre et des transporteurs publics de marchandises par bateau en vue de la conclusion entre eux d'un contrat de transport ». L'exercice de la profession est subordonné à des conditions énumérées aux articles R. 4441-1 à R. 4441-10 dudit code.

[14] C. tourisme, art. L. 311-5-1, rééd. L. n° 2015-990 du 6 août 2015.

[15] TGI, ord. Réf., 12 mai 2016, Com. com. électronique. 2016, com. 61, G. Loiseau

[16] Selon le code des transports, le commissionnaire est « celui qui organise et fait exécuter sous sa responsabilité et en son propre nom le transport de marchandise selon les modes de son choix pour le compte d'un commettant » (art. L. 1411-1-1°).

[17] L'article L.1411-1-2° du code des transports définit ce qu'il faut entendre par auxiliaire de transport. Il s'agit de « personnes qui concourent à l'opération de transport sans toutefois l'exécuter, ni fournir les moyens d'exécution ».

[18] V. M. Tilche, BTL n° 3675

[19] V. J-Ch. Roda, « Sale temps pour les plateformes », Gaz. Pal. 2019, n° 31, p. 3,

[20] JOUE 11/7/2019

[21] Op. cit., Rapport 2017 « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner « l'ubérisation ».

[22] V. R. Boffa « Brèves réflexions sur l'ubérisation du contrat », in « Un droit en perpétuel mouvement », M&L offerts à G. Pignarre, LGD, 2018, p. 147



Si les techniques du droit civil permettent pour certaines d'entre elles de qualifier et de régir les relations entre les différents intervenants et plus particulièrement les relations avec les plateformes, en revanche, elles ne satisfont pas les professionnels du transport en ce que, comme nous l'avons souligné, ces activités de courtage, voir même de mandat n'imposent pas de se soumettre à une quelconque autorisation ou condition d'exercice de l'activité. On comprend mieux alors pourquoi ils appellent de leurs vœux une clarification et soutiennent, en particulier, la qualité de commissionnaire à l'égard de certaines plateformes, qui affichent parfois elles-mêmes cette qualité.

■ B- Possible qualification de commissionnaire de transport

Dans une affaire qui opposait une plateforme de mise en relation en ligne d'expéditeurs et de coursiers pour le transport de colis ou de colis, à vélo ou en véhicule motorisé, au syndicat national des transporteurs légers qui avait demandé, par voie de référé, qu'il lui soit fait interdiction de proposer les services de son application mobile, se livrant à une concurrence déloyale en exerçant une activité de commissionnaire de transport sans être inscrit au registre des commissionnaires, le tribunal a estimé que, en raison de la nouveauté de cette activité qui ne s'insère pas de manière évidente dans aucune des catégories professionnelles existantes, il n'est pas en mesure de lui donner une qualification certaine^[15]. Cependant cette décision n'est pas sans intérêt. Ainsi le tribunal de grande instance de Paris a relevé que « l'absence d'indication du nom du coursier et du mode de transport n'implique pas que ceux-ci soient choisis par GoGo RunRun, le choix se faisant sur le terrain en fonction du positionnement des coursiers par rapport au besoin exprimé en termes de lieu de départ et d'arrivée, de trajet et d'objet à transporter ». La liberté dans le choix des modes de transports et des coursiers, et l'intervention en nom pour le compte d'un donneur d'ordres, qui sont les critères essentiels de qualification du commissionnaire, mis en avant par le SNTL, n'apparaissent donc pas comme des caractéristiques évidentes de l'activité de GoGo RunRun. Également, les CGU de la plateforme indiquent expressément que le prix de la course est payé directement par l'expéditeur à l'opérateur de plateforme agissant au nom et pour le compte du coursier. Mandataire des coursiers, la situation de l'opérateur de plateforme paraît dès lors incompatible avec celle d'un commissionnaire qui est personnellement

engagé, par son intervention^[16]. Cependant, comme le relève également le tribunal, « l'assertion de GoGo RunRun, selon laquelle elle serait totalement étrangère au lien contractuel, apparaît peu sérieuse, dès lors que la relation entre coursier et expéditeur ne peut se lier que par son intermédiaire, et que sa bonne fin – paiement, règlement des litiges – est, de même, subordonnée à son intervention ». Si la plateforme n'est pas l'exécutante de l'opération de transport, sa prétention à n'être pas non plus le fournisseur des moyens de son exécution, qui est la condition nécessaire pour pouvoir la qualifier de simple auxiliaire de transport^[17], est contraire à la réalité de son intervention dans le processus qui aboutit à la réalisation de la prestation.

Faudrait-il alors imaginer, comme le suggère un auteur, de proposer à côté de la définition classique du commissionnaire telle que la propose le code des transports, une définition du commissionnaire digital, dont les missions seraient quelque peu différentes du premier ?^[18] Quant au projet de loi LOM qui a été votée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 17 septembre dernier, l'article 17. Il autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures afin de définir les conditions d'exercice de l'activité des plateformes d'intermédiation numérique entre clients détenteurs de fret et transporteurs de marchandises « en prévoyant notamment l'obligation pour l'opérateur de la plateforme de vérifier le respect, par les entreprises de transport, des conditions légales relatives à l'exercice de leur activité, ainsi que le dispositif de contrôle et de sanction qui leur est applicable ». Le texte fait donc bien état de la nécessité d'encadrer juridiquement les plateformes d'intermédiation mais reste encore à savoir de quelle nature elle sera.

Notons enfin que l'article 17.1 interroge également les professionnels du transport. Il s'agit du cotransportage de colis défini comme l'utilisation en commun, à titre privé, d'un véhicule terrestre à moteur effectuée à titre non onéreux, excepté le partage des frais, pour transporter des colis dans le cadre d'un déplacement qu'un conducteur effectue pour son propre compte (mêmes caractéristiques que le co-voiturage). Étant précisé que la mise en relation, à cette fin, du conducteur et de la ou des personnes qui lui confient leur colis peut être effectuée à titre onéreux et n'entre pas dans le champ des professions définies à l'article L.1411-1, à savoir la commission et les auxiliaires de transport et que par ailleurs cette activité de cotransportage n'entre pas dans le champ des professions de

transporteur public routier de marchandises mentionnées à l'article L.3211-1, à moins que le montant des contributions financières reçues

par un conducteur au titre du partage des frais excède un plafond annuel qui sera fixé par arrêté du ministre chargé des transports.

Conclusion

Le temps est-il à l'orage pour les entités qui organisent des services d'intermédiation en ligne^[19], alors que le tribunal de commerce de Paris a condamné le 2 septembre dernier, deux entreprises du groupe Amazon à modifier sous six mois, et sous astreinte, plusieurs clauses des CGU de sa place de marché et à payer une amende de 4 millions d'euros. On peut également signaler le règlement n° 2019/1150 du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019^[20], promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne et qui est entré en vigueur le 31 juillet dernier. Alors que la croissance des transactions par ce biais conduit à une dépendance accrue des entreprises utilisatrices, en particulier des « PME », les fournisseurs de ces services disposent souvent d'un pouvoir de négociation supérieur qui leur permet, dans la pratique, d'agir unilatéralement d'une façon qui n'est pas toujours équitable. Désormais les plateformes sont tenues, entre autre, d'une obligation de transparence quant à leurs conditions générales qu'elles pourront modifier mais seulement après l'expiration d'un délai de préavis raisonnable. La restriction comme la suspension de la fourniture de ses services sont soumises à motivation et au respect d'un délai de préavis de trente jours.

Cet intérêt grandissant des législateurs tant français qu'européens à l'égard des plateformes, sans doute louables et souhaitables pour éviter des abus tant à l'encontre des particuliers que des entreprises, ne doit cependant pas faire oublier que l'économie des plateformes n'est pas un nouveau secteur économique mais une nouvelle manière d'exercer des activités qui existaient déjà, aussi est-ce bien nécessaire d'ajouter des règles à celles déjà connues et susceptibles de régler certaines difficultés, créant une complexité juridique inutile. Ne faudrait-il pas mieux, comme a d'ailleurs pu le dire le Conseil d'État^[21] revoir l'ensemble de nos systèmes juridiques pour y amener plus de simplicité et de lisibilité ? Par exemple, le critère du contrôle du processus de conclusion et d'exécution du contrat par la plateforme pourrait être utilisé pour rendre responsable cette dernière de son exécution. Comme le suggère un auteur, il s'agirait d'instituer la garde du contrat comme un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui ?^[22] Et alors que la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit une responsabilité de plein droit de la bonne exécution du contrat, même si les obligations résultant de ce dernier ont été exécutées par d'autres prestataires, à l'égard de la personne qui propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou services. Certes cette disposition semble viser l'acheteur, mais une partie de la doctrine considère que c'est une erreur de plume et que l'on pourrait l'étendre à la prestation de service.

The collaborative economy in the transport sector and the EU law



Francesca PELLEGRINO

Professor of transport law and EU law, University Messina - Italy

1 THE «COLLABORATIVE ECONOMY»: A SINGLE CATEGORY WITH MANY FACES

The «collaborative economy», also known as the «sharing economy»^[1], «gig economy», «peer-to-peer economy» or «access economy», is a growing part of the modern economy.

The «collaborative economy» in all its forms is normally based on the shared use of motor vehicles that enables users to gain short-term access to transportation modes on an on-demand basis or to benefit from a bicycle home delivery service, using “apps” for mobile devices (such as smartphone). Given the involvement of a means of transport in this operation, it is necessary to ensure that both cars (bicycles or other means of transport) and drivers are safe.

While the expression «collaborative/sharing economy» has certainly become popular in the mass media and the number of scientific publications on this topic has increased significantly, it is difficult to define it, due to the very different types of situations that come under it.

In fact, although these expressions are interchangeable, there are differences between, for example, «collaborative/sharing economy» and «gig economy».

In the «sharing economy» models, an information platform serves as a mere intermediary between demand and supply. It creates horizontal and direct relationships among members in a virtual community. It is often the case that a means of transport is shared with other users.

On the contrary, in the «gig economy», the digital platform provides directly the service,

coordinating occasional workers and distributing odd jobs.

In the latter case, vertical and hierarchical relationships are established between digital platforms and workers, who normally use their own means of transport to provide the services. In addition, the gig workers’ employment normally is occasional, spotty, without contract, lasted a few minutes or some hours. On the contrary, the sharing economy’ employment may be more stable.

All forms of «collaborative economy» involve three categories of stakeholders: service providers, service users and intermediaries (id est, platforms that connect – via online – providers and users).

In any case, the relationship between supply and demand is built by using web-based platforms and algorithms.

In fact, activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of means of transport or services, provided by private individuals to other individuals («peer-to-peer economy»)^[2].

This new economy provides new opportunities for people to offer services on a temporary/part-time basis, new opportunities for entrepreneurs to offer additional services to a larger group of potential customers and new benefits to users in terms of lower prices and greater choice.

2 THE EUROPEAN UNION’S LEGISLATIVE FRAMEWORK

Having regard to the vastness of this new phenomenon, it has become necessary to establish a legislative framework to govern it at European level.

[1] G. Muscolo, A. Minuto Rizzo, *Sharing Economy: a Multifaceted Phenomenon*, in *Italian Antitrust Review*, 2018, 17.

[2] Those offered over peer-to-peer networks are services provided by a private individual to another private individual, which differ from «peer-to-business» that are services provided by a private individual to a business unit.

[3] COM(2016)356 final: “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions”, Brussels, 2/6/2016.

[4] Par. 1, 3, COM(2016)356 final, supra cit.

[5] Par. 2.1, 4, COM(2016)356 final, supra cit.

[6] On 17 November 2017, European heads of state and government met in Gothenburg, Sweden, for a “Social Summit for Fair Jobs and Growth”, dedicated to social Europe. At the Summit, the European Pillar of Social Rights that was proposed by the European Commission in April, has been proclaimed by the European Parliament, the Council and the European Commission. See S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali* (Some Reflections on the European Pillar of Social Rights and the Juncker Commission), in *Quaderni costituzionali*, 2017, 953 ss.; Id., *L’insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali* (The Unbearable Lightness of the European Pillar

The EU Communication on «A European Agenda for the collaborative economy» of 2 June 2016^[3] provides rules and policy recommendations to help citizens, businesses and countries to benefit from the new business models and promote the balanced development of the collaborative economy.

For the purposes of this Communication, the term «collaborative economy» refers to «business models where activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of goods or services, often provided by private individuals»^[4]. This Communication says that «Absolute bans and quantitative restrictions of an activity normally constitute a measure of last resort [...] They should in general only be applied if and where no less restrictive requirements to attain a legitimate public interest objective can be used»^[5].

The reason for this approach is that the collaborative economy have a significant potential to contribute to competitiveness and growth.

This new business model creates new opportunities for consumers and entrepreneurs and makes an important contribution to increased employment and growth and better social integration in the European Union, if encouraged and developed in a responsible manner. This means that it is necessary to avoid the risk of an unregulated «grey economy» without rules.

According to Article 3 TEU, the aims of the Union are inter alia to promote the well-being of its peoples and to work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment.

Pursuant to Article 9 TFEU, «in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, an adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health».

In order to achieve these objectives, «The European Pillar of Social Rights» (EPSR) was signed on 17 November 2017 in Gothenburg (Sweden)^[6].

Although its political and non-legally binding nature makes it a soft law instrument, it sets out twenty key principles and new and more effective rights to support fair and well-functioning labour markets and welfare systems.

It aims to serve as a guide towards efficient employment and social outcomes, ensuring a

strong social dimension in the future of the EU in terms of equal access opportunities to the labour market, fair working conditions, social protection and inclusion^[7].

In particular, the fifth principle of the EPSR on secure and adaptable employment is the following: «Regardless of the type and duration of the employment relationship, workers have the right to fair and equal treatment regarding working conditions, access to social protection and training. The transition towards open-ended forms of employment shall be fostered»^[8].

In other words, all workers have the right to equal opportunity and to just and favourable conditions of work.

This document was followed and completed by two European Parliament resolutions: the first is on a European Pillar of Social Rights^[9] and the second deals with working conditions and precarious employment^[10].

The EPSR Resolution aims to «respond swiftly and visibly to increasing frustration and worry among many people about uncertain life prospects, unemployment, growing inequalities and lack of opportunities, in particular for young people»^[11] by means of a new framework directive on decent working conditions.

The working condition Resolution, in turn, reads as follows: «whereas non-standard, atypical forms of employment have been emerging; whereas the number of workers with fixed-term and part-time contracts has increased in the EU over the past 15 years [...] whereas the new forms of employment that are emerging, particularly in the context of digitalisation and the new technologies, are blurring the boundary between dependent employment and self-employment»^[12]. This Resolution also proposes a revision of the applicable European legislation^[13].

Therefore, a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union has been submitted^[14] in order to ensure minimum rights for all workers in the face of the new forms of employment that are emerging.

Interestingly, both the articles and the recitals of this proposal refers expressly to the Parties of the EPSR.

According to this proposal, «worker» means a «natural person who for a certain period of time performs services for and under the direction of another person in return for remuneration».

This definition is consistent with the concept of employee, developed in the case-law of the European Court of Justice^[15]. The latter is based on three objective elements: a) services actually and personally provided; b) submission to the managerial and organizational power of the

of Social Rights), in *Politica del diritto*, 2018, 557 ss. M. Bell, *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Giornale diritto lavoro e relazioni industriali*, 2018, 783 ss.; G. Guiglia, *Considerazioni sulle relazioni e le sinergie tra il diritto dell’Unione europea e la Carta sociale europea* (Reflections on the Relationships and Synergies between the European Union Law and the European Social Charter), in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, 691 ss.; C. Kilpatrick, *Social Europe via EMU: Sovereign Debt, the European Semester and the European Pillar of Social Rights*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 737 ss.

[7] These goals correspond to the titles of the three chapters of the EPSR.

[8] Chapter II: Fair Working Conditions, fifth principle: Secure and Adaptable Employment.

[9] European Parliament resolution of 19 January 2017 on a European Pillar of Social Rights (2016/2095(INI)) (2018/C 242/05) (O.J. C 242 of 10 July 2018).

[10] European Parliament resolution of 4 July 2017 on working conditions and precarious employment (2016/2221(INI)) (2018/C 334/09) (O.J. C 334 of 19 September 2018).

[11] Resolution 2016/2095(INI), cit., lett. A.

[12] Letters A and D of Resolution 2016/2221(INI), cit.

[13] T. Rodriguez De Las Heras Ballell, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 28 ff.

[14] COM(2017) 797 final: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, Bruxelles, 21 December 2017, 2017/0355 (COD).

[15] See inter alia the following judgments of the ECJ 3 July 1986, C-66/85, Lawrie-Blum; 31 May 1989, C-344/87, Bettray; 14 December 1989, C-3/87, Regina; 8 June 1999, C-337/97, Meuseux; 23 March 2004, C-138/02, Collins (L. Ratti, *Intorno al-i*

employer; c) salary or consideration for services rendered.

And even though the European Court refers to all these conditions (personal performance, relationship of subordination and burdensome nature of the work performance), the really relevant element, able to distinguish between employment and self-employment, is the subordination of the worker to the employer's power.

This proposal has been adopted as Directive (EU) 2019/1152^[16] on transparent and predictable working conditions in the European Union.

Any reference to the definition of worker has been deleted in the text of this Directive. In fact, it creates new minimum standards to ensure that all workers, including those with atypical contracts (for instance, on-demand workers), benefit from more predictability and clarity as regards their working conditions. Directive 2019/1152, which is a follow-up to the «European Pillar of Social Rights», updates and replaces the so-called «Written Statement Directive»^[17].

The latter Directive outlines a compulsory list of the minimum information that all employer must provide for their employees, within the first two months, in order to guarantee transparent and predictable working conditions.

The list includes elements such as the identity of the parties, the place and type of work, the expected duration of the employment, the starting salary, etc.

3 THE UBER CASE

Recent regulatory changes at European level has been influenced and driven by the well-known «Uber case law»^[18].

Uber^[19] is a Californian multinational transportation network company which provides services such as car-sharing, bike-sharing, peer-to-peer ridesharing, food delivery, using a simple standard smartphone app. It became an economic model^[20].

On 20 December 2017, the European Court of Justice^[21] has ruled that Uber is not a simple standard smartphone app^[22], but is a transport service^[23] company that uses digital instruments. In particular, the Luxembourg Court stated that the service provided by Uber, connecting individuals (who wish to make urban journeys) with non-professional drivers, is a transport service and has to be classified as a service in the field of transport.

Consequently, it is excluded from the scope of the freedom to provide services. Therefore, both the

«E-Commerce Directive»^[24] and the «Bolkestein Directive»^[25] are not applicable to it.

The Court argues that Member States can therefore regulate the conditions under which services are provided.

On 10 November 2017, the Employment Appeal Tribunal of the United Kingdom has held in the same way, confirming the first instance decision from the Employment Tribunal.

Consequently, in this ruling the Uber drivers working in London have been classified as «workers» and not as self-employed because they are included in the company organization and can not negotiate directly with the users.

Also the Italian Jurisprudence took over the «Uber case».

In the judgment N°8135/2015^[26], the «Giudice di Pace» of Genoa has held that services offered by «Uber Pop» have to be qualified as car rental (with driver) services, and not as taxi services, recalling the above mentioned jurisprudence of the EU Court of Justice (C-454/12 e C-455/12).

«Uber Pop» service is described as a car-sharing solution for urban areas, which allows non-professional drivers^[27] to become chauffeurs-for-hire at rates far lower than normal taxi riders.

The order of 25 May 2015^[28] of the Court of First Instance (Tribunal) of Milan has stated that «Uber Pop» is illegal as it puts in place anti-competitive practices in terms of undue advantage to the detriment of the taxi drivers. Therefore it has been banned.

In the judgment N°1553/2017^[29] the Tribunal of Turin, consistent with the Court of Justice position, reaffirmed that «Uber Pop» falls within the transport services category. It is neither a mere electronic application (app), nor an IT service^[30].

4 THE FOODORA CASE

The Italian jurisprudence also took over the «Foodora drivers case».

Foodora is an online food delivery brand, originally based in Berlin, which offers – via an app – meals from selected restaurants, delivered to your doorstep by its riders.

The judgment of the Court of Appeal of Turin No 26/2019^[31] has applied the Italian Legislative Decree No. 81/2015^[32], a comprehensive set of rules governing the employment contracts and relative working duties, to the Foodora riders.

The latter requested recognition of their work as dependent employment, since the First Instance judgment^[33] had rejected their requests.

The Court of Appeal of Turin ruled that the Foodora riders are not dependent workers ex art.

concepto-i di datore di lavoro. A proposito di «The Concept of the Employer» di Jeremias Prassl, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, 381; 4 December 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, parr. 34-36; 21 February 2013, C-46/12, L.N. c. Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte; 10 September 2014, C-270/13, Iraklis Haralambidis.

[16] Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union (O.J. L 186, 11 July 2019, p. 105 ff.).

[17] Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship (O.J. L 288, 18 October 1991, 32 ff.). See A. Corrado, *La direttiva ha l'obiettivo di tutelare i diritti dei dipendenti subordinati*, in *Guida al diritto*, 2009, 102 ff.

[18] E.C. Raffiotta, *Trasporti pubblici locali non di linea e nuove tecnologie: il caso «Uber» nel diritto comparato*, in *Munus*, 2016, 75 ss.

[19] See V. Turchini, *Il caso «Uber» tra libera prestazione di servizi, vincoli interni e spinte corporative*, in *Munus*, 2016, 115 ff.

[20] V. Zeno-Zencovich, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 4.

[21] Judgment of the Court (Grand Chamber) of 20 December 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain*. See F. Becchis, S. Valerio, *Il servizio di Uber tra «asset» dormienti e valore digitale. Quale regolazione?*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 5; M. Carpagnano, *The ECJ's Ruling on Uber: a New Room for Regulating Sharing Platforms?*, in *Italian Antitrust Review*, 2018, 13; M. Colangelo, M. Maggiolino, *Uber and the challenges for antitrust law and regulation*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 13; M. Delfino, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in *Diretti lavori mercati*, 2018, 337

2094 of the Italian Civil Code, but they are self-employed workers^[34], considering that they are not subject to the power of the employer.

In fact, they are free to decide if and when to get home delivery, thanks to a flexible working organization. It is not mandatory for them to provide services. The employer, in turn, can not impose them the fixed rotation.

Foodora organizes the execution of the work and establishes the time and place of delivery.

The Court also questioned whether this new form of work is conceptually and legally independent of the subordinate work referred to in Article 2094 of the Civil Code and the non-fixed term work, pursuant to art. 409 of the Code of Civil Procedures.

To answer the question, the Court stressed that Article 2 of the above mentioned Legislative Decree introduces a tertium genus of working relationship, midway between (dependent) employment and self-employment: the «hetero-organized collaboration»^[35].

In fact, according to this Article, from January 2016, the discipline of the employment relationship is also applied to collaborations characterized by exclusively personal and continuous work and in which execution modalities are organized by the employer, also with reference to the time and place of work and also using digital platforms.

Therefore, hetero-organized workers «are those who realize a performance that is entirely personal, continuous and organized by the employer also with reference to the time and place of the work activity»^[36].

Verily, the Italian doctrine^[37] asked about the extension of the law on hetero-organization to gig workers and, in particular, to riders. The element of the continuity of the performance is present, considering the frequent utilization of the Foodora app by the workers, but it is difficult to argue that performances are realized by their exclusively personal activity^[38].

In conclusion, according to this Court, despite the riders are self-employed workers and not employees, the Legislative Decree N° 81/2015 on working conditions and duties must be applied to them, with particular reference to security and insurance rules.

It is desirable that this broad interpretation, adopted by the Court of Appeal of Turin, will be also confirmed by the Court of Cassation.

5 THE EVOLUTION OF THE ITALIAN LEGISLATION

In light of these uncertainties encountered in applying current legislation to gig/on demand workers, the Italian Transport Regulation Authority (ART) stressed the need to appropriately regulate this new category of workers.

Therefore, on 27 January 2016^[39], a new legislative proposal on the «sharing economy» has been adopted.

It has defined the «sharing economy» as follows: «the economy generated by the optimized and shared allocation of space, time, goods and services, through digital platforms. Digital platforms operators act as facilitators (the users contact each other) and can offer value-added services».

The Authority competent to monitor regularly these platforms activity is the Italian Competition Authority (AGCM).

Within this framework, a national electronic register of web platforms has been provided for. In recent years, other specific measures have been taken in Italy.

In 2017, amendments to the competition legislation have been introduced to give the Italian Government the power to adopt a legislative decree governing non-scheduled passenger transportation by road that uses digital platforms to connect supply and demand. According to this delegation, the Italian Government has been obliged to comply with principles and directive criteria aimed to ensure that these services are complementary and supplementary to the public transport and to impose effective sanctions in case of abuse and infringement of competition rules.

Finally, Article 1, para. 179, of the Market and Competition Law N° 124/2017^[40] gave the Government the power to adopt a legislative decree on the review of the regime of non-scheduled passenger transportation by road, now regulated by Law No. 21 of 15 January 1992^[41].

According to Law N° 21/1992, both taxi and limousine service (car rental with driver or NCC^[42]) fall within the broad category of non scheduled passenger transportation by road.

There are differences between these two categories of services. The taxi service, provided on the basis of licences, has the nature of a public service. Therefore it is offered to anyone who requests it and taxi fares are fixed, while the car rental (with driver) service is provided under an agreement and rates are negotiable.

The Italian doctrine asked about the applicability of this regime to the transportation service

ff.; E. Marasà, O. Pollicino, *EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and «digital» judicial insulation*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 6; A. Previato, *Il caso «Uber» al vaglio della Corte di Giustizia europea: una sentenza che ridefinisce i termini della «sharing economy»*, in *Diritto pubblico europeo* *Rassegna online*, 2018, 27; D. Rossano, *La Corte di giustizia UE si esprime sul caso Uber*, in *Rivista trimestrale diritto dell'economia*, 2018, 10.

[22] G.M. Ruotolo, D. Vairà, *Il caso «Uber» nel mercato unico digitale*, in *La Comunità internazionale*, 2018, 429 ss.

[23] D. Tega, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da «Uber»*, in *federalismi.it*, 2018, 13; M. Turci, *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 1088 ff.

[24] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market («Directive on electronic commerce») (O.J. L 178, 17 July 2000, 1). See M. Bassini, O. Pollicino, *Reconciling right to be forgotten and freedom of information in the digital age. Past and future of personal data protection in the EU. Conciliare diritto all'oblio e la libertà di informazione nell'era digitale. Passato e futuro della protezione dei dati personali nell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, 640 ff.

[25] Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market (O.J. L 376 of 27 December 2006). See F. Becchis, S. Valerio, *Il servizio di Uber tra «asset» dormienti e valore digitale. Quale regolazione?*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 5.

[26] «Giudice di Pace» of Genova, 16 February 2015, n. 8135, in *Foro italiano*, 2015, 5, I, 1845. See N. Rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Diritto dell'informazione e*

provided by Uber^[43] or, in other words, if the latter can be assimilated to the NCC service. Regulatory amendments have been recently introduced with reference to the latter service.

In fact, according to Decree Law N° 135/2018^[44], reservations of car rental (with driver) services may be also made through «technological tools»^[45] (new Article 11, para. 4, of Law N° 21/1992).

Conclusions

The «collaborative economy» involves significant job opportunities, particularly for the young people and the most vulnerable, and produces many benefits for society in term of social cohesion, inclusiveness and increase in the quality of life.

This aspect is particularly significant, considering the large amount of goods that are unused by their owners, which can be shared with other users.

At the same time, this new economy raises many legal problems.

Qualification matter of the working relationship as autonomous or subordinated (or otherwise) has been addressed by the case law on a case-by-case basis.

For instance, drivers of «UberPop» have been considered by the jurisprudence as «workers» (dependent employees), while the Foodora riders have been qualified as «self-employed» or rather «hetero-organized» workers.

That was because a very narrow dividing line between dependent employment and self-employment characterizes these new forms of work.

An adequate and specific legislation, both at European and national level, is requested to ensure, on the one hand, greater protection to gig, smart or on demand workers, in terms of proper employment and social security and, on the other hand, to guarantee fair competition to all operators concerned.

dell'informatica, 2015, 957 ff.; A. Palmieri, «Uber Pop»: fine delle corse in (mezza) Europa?, in *Foro italiano*, 2018, 95 ff., pt. 4; A. Previato, Il caso «Uber» al vaglio della Corte di Giustizia europea: una sentenza che ridefinisce i termini della «sharing economy», in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2018, 27.

[27] Instead, drivers of the «Uber Black» are professional.

[28] A. Di Amato, Uber and the Sharing Economy, in *The Italian Law Journal*, 2016, 14; S. Serafini, La concorrenza sleale per violazione della normativa pubblicistica del trasporto urbano non di linea: il caso Uber, in *Corriere giuridico*, 2016, 368 ss.

[29] Judgment of Tribunal of Turin 24 March 2017, No 1553. See G. RESTA, Uber di fronte alle Corti europee, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 330 ff.

[30] See also order of the First Instance Court (Tribunal) of Rome of 7 April 2017, section IX civil. G. Resta, Uber di fronte alle Corti europee, supra cit., 330 ff.

[31] Court of Appeal of Turin No 26 of 4 February 2019.

[43] M. Massavelli, Il servizio di trasporto c.d. Uber: qualificazione giuridica e sanzioni applicabili, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2016, 35 ff.

[44] Decree Law 14 December 2018, No. 135, converted with amendments into Law 11 February 2019, No. 12 (G.U. No. 36 of 12 February 2019). See E. Caruso, Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber, in *Diritto dell'economia*, 2018, 42). Article 11 of Law No 21/1992 has been modified as follows: «4. Transport reservations for the rental service with driver are carried out at the garage or office, also through the use of technological tools». See D. Ponte, Ncc: cade l'obbligo di rientro in rimessa dopo ogni servizio (D.L. 14 dicembre 2018 n. 135 coordinato con le modifiche introdotte dalla legge di conversione 11 febbraio 2019 n. 12), in *Guida al Diritto*, 2019, 64 ff.

[45] G. Pizzanelli, Innovazione tecnologica e regolazione incompiuta: il caso dei servizi di trasporto non di linea, in *Munus*, 2016, 97 ff.

[32] Legislative Decree 15 June 2015, No 81, so-called «Jobs Act», laying down systematic rules to govern the employment contracts and revision of the legislation concerning working duties (G.U. n. 144, 24 June 2015). See R. Santucci, Il contratto di lavoro «part-time» tra «Jobs Act» (decreto legislativo n. 81/2015) e diritto giurisprudenziale, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, 1 ff.; A. Maresca, Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2018, 1012 ff., pt. 1.

[33] Tribunal of Turin

[34] In contrast to Spanish law. See G. Pacella, Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di «Deliveroo», in *Labour & Law Issues*, 2018, 32 ff.

[35] M. Marazza, «Jobs Act» e prestazioni d'opera organizzate, in *Giustizia civile*, 2016, 215 ff.; G. Santoro Passarelli, Lavoro eterodiretto, eterorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c., in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*,

2016, pt. 1, 91 ff.; R. Sciotti, Il lavoro parasubordinato eterorganizzato e il suo inquadramento giuridico, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2016, pt. 1, 327 ff.; L.C. Ubertazzi, L'eterointegrazione dei contratti su proprietà intellettuale e concorrenza, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, 653 ff.

[36] J. Kenner, I. Florczak, M. Otto (eds.), *Precarious Work: The Challenge for Labour Law in Europe*, Cheltenham, 2019, 194.

[37] M. Pallini, Dalla etero direzione alla eterorganizzazione: una nuova nozione di su subordinazione, in *Rivista giuridica lavoro e previdenza sociale*, 2016, 65 ff.; A. Perulli, Le nuove frontiere del diritto del lavoro, in *Rivista giuridica lavoro e previdenza sociale*, in *Rivista giuridica lavoro e previdenza sociale*, 2016, 11 ff.; N. Frasca, Le collaborazioni eterorganizzate e la crisi del tipo lavoro subordinato, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2018, 431 ff.

[38] J. Kenner, I. Florczak, M. Otto (eds.), *Precarious Work: The Challenge for Labour Law in Europe*, cit., 194

[39] Camera dei Deputati legislative

proposal No 3564 of 27 January 2016 on the legal discipline to regulate digital platforms for sharing goods and services and rules to promote the sharing economy

[40] Market and Competition Law No. 124 of 4 August 2017 (G.U. No. 189 of 14 August 2017). See R. Cavalli, La legge sulla Concorrenza n. 124/2017: le novità nel settore farmaceutico, in *Sanità pubblica e privata*, 2019, 58 ff.

[41] Law 15 gennaio 1992, N° 21 C. Manzari, Il trasporto pubblico non di linea nell'esperienza degli enti locali, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1999, 206 ff.; N. Canzian, Il legislatore tentennante sul servizio di noleggio con conducente: l'incertezza ricostruttiva fra reviviscenza e assenza di una disciplina positiva, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 15. With reference to the «Uber case», see A. Boitani, S. Colombo, Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 61 ff.

[42] NCC is the acronym of car rental with driver.

L'évolution du statut des travailleurs des plateformes numériques

Mathilde CARON

Maitre de conférences - Université Lille - France

Introduction

Les plateformes numériques de mise en relation d'une offre et d'une demande sont désormais connues de tous tant elles facilitent les rencontres et simplifient le service pour les utilisateurs. Derrière une façade de communication bien travaillée se cachent pourtant des aspects juridiques complexes. L'un d'eux concerne le statut du travailleur.

La notion de travailleur est entendue ici comme englobant à la fois le travail salarié et le travail indépendant. Ces deux catégories de travail n'engendrent pas les mêmes droits et les mêmes obligations. Certains travailleurs se trouvent à la frontière entre les deux. En son temps, le portage salarial, né en dehors de toute législation propre, en fût un exemple. Aujourd'hui se sont les travailleurs des plateformes qui posent question. Sont-ils des travailleurs salariés ou indépendants ? Dispose(rou)nt-ils d'un statut hybride ?

Ces travailleurs effectuent une prestation pour un opérateur de plateforme en ligne^[1] qui, selon l'article L.111-7 du Code de la consommation est une personne physique ou morale qui propose, à titre professionnel et de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne.

En droit français, les prémices de la législation sur cette nouvelle forme de travail ou d'emploi sont récentes, elles remontent à 2008. En effet, la loi de modernisation de l'économie du 4 août a rendu propice le développement des plateformes numériques^[2] en créant un régime de travail indépendant spécial, celui de la micro-entreprise. Selon M^{me} LARRAZET, « l'objectif social affiché (...) était la création d'emplois, dont la responsabilité incombe au travailleur lui-même, et l'obtention d'un complément de revenu. ^[3]» Le système de l'intermittence entre travail salarié et travail indépendant ou entre périodes d'activité et d'inactivité est alors facilitée.

Force est de constater que la pratique se développant en dehors de toute protection particulière, un déséquilibre contractuel a pu être constaté dans un certain nombre de cas, amenant le développement inévitable d'un contentieux. Les juges, mais aussi le

législateur, sont en charge de résoudre ces difficultés et de rééquilibrer cette situation particulière de travail. La présente publication tentera de questionner la construction d'un statut du travailleur des plateformes numériques dites d'emploi^[4] tout en s'intéressant à l'activité exercée et ses conséquences pour et sur le travailleur.

Dire qu'un statut du travailleur des plateformes numériques est en construction signifie que soit les juges, soit la législation, ont créé une catégorie à part entière pour ce travailleur, qui s'inspirerait de l'existant ou au contraire s'en démarquerait complètement. Tel n'est pas le cas concernant les travailleurs des plateformes, tant sur le plan jurisprudentiel (I) que législatif (II) puisque les catégories juridiques actuelles de salarié et d'indépendant restent celles de rattachement. Des évolutions sont toutefois perceptibles.

1 LE STATUT DES TRAVAILLEURS DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES SUR LE PLAN JURISPRUDENTIEL

Les conseils des prud'hommes, les cours d'appel et la Cour de cassation ont tous été mobilisés pour connaître du contentieux relatif au régime contractuel qui lie un travailleur à une plateforme numérique. Entre salariat et entrepreneuriat, point de fixation avant le prononcé par la Cour de cassation dans l'affaire Take Eat Easy (A). Les critères de la requalification du contrat de prestation de service, contrat commercial, en contrat de travail ont été clairement appliqués par la Haute juridiction. Le contentieux n'est toutefois pas éteint, tant les travailleurs et les plateformes sont nombreux, ce qui questionne sur les perspectives à venir (B).

A – La reconnaissance jurisprudentielle du lien de subordination juridique

Les juridictions du travail ont eu à connaître d'une situation qui pourrait sembler hybride^[5] et qui n'entre pas dans les catégories actuelles du droit du travail, à savoir soit l'entrepreneuriat qui exclut tout lien de subordination, soit le salariat qui repose sur celui-ci. Aussi, au regard du faisceau d'indices habituel^[6], ont-ils décidé de requalifier ou non des situations entrepreneuriales en salariat.

Quatre arrêts de la cour d'appel de Paris datant de 2017 traitent des travailleurs des plateformes. Seul l'un d'entre eux reconnaît la requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail^[7], les trois autres non^[8]. Le critère décisif dans ces affaires est celui de l'autonomie plus ou moins importante du travailleur de la plateforme^[9]. Ces analyses ont toutefois été remises en cause par la Cour de cassation^[10], notamment pour l'affaire Take Eat Easy qui a cassé et annulé l'arrêt rendu le 20 avril 2017 par la Cour d'appel de Paris. L'arrêt du 28 novembre 2018 reproche à l'arrêt d'appel d'avoir violé l'article L. 8221-6 II du Code du travail « alors qu'elle constatait, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètre parcourus par celle-ci et, d'autre part, que la société Take Eat Easy disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier ». Selon la Cour de

cassation, il résulte de ce qui précède l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination^[11].

Sa décision est conforme à la jurisprudence Société Générale du 13 novembre 1996 sur la caractérisation du lien de subordination. La présomption de non-salariat posée à l'article L. 8221-6 II du Code du travail tombe. Bien que les parties aient nommé ce contrat de prestation de service, la preuve des critères du contrat de travail peut être apportée et remettre en cause la qualification choisie initialement. La sanction et le contrôle sont ici essentiels et déterminants.

La Cour de cassation n'a donc pas créé de statut intermédiaire, elle a composé avec les catégories qu'elle connaît^[12]. Les juridictions du fond suivent actuellement cette jurisprudence, le CJUE pourrait toutefois être saisi et entraîner quelques modifications.

B – Les perspectives jurisprudentielles sur la reconnaissance du statut salarié

Depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2018, un conseil de prud'homme a rendu une décision qui concerne la plateforme de repas Take Eat Easy. Dans cette affaire datée du 27 juin 2019 et dans la lignée de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le CPH requalifie le statut d'autoentrepreneur de quatre anciens coursiers en salariat^[13].

Concernant cette fois les chauffeurs Uber, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée le 10 janvier 2019 sur la requalification refusée par le CPH. En l'espèce, le chauffeur demande à ce que soit jugé qu'il fournissait des services de transport pour le compte d'Uber dans des conditions le plaçant le temps de l'exécution de chaque service de transport dans un lien de subordination juridique à l'égard des sociétés Uber, et que l'accomplissement par intermittence de 2032 services de transports du 12 octobre 2016 au 7 avril 2017 constituent une succession de 2032 CDD devant être requalifiés en un CDI dont la rupture devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les juges reprennent classiquement les critères du contrat de travail qu'ils vérifient^[14]. La présomption de non-salariat posée par l'article L. 8221-6 du Code du travail tombe. Le point de départ du raisonnement de la cour est l'absence d'activité indépendante qui repose notamment sur l'absence de clientèle propre mais aussi sur la « contrainte » de rester à disposition de la plateforme, plus largement

[1] C. COURCOL-BOUCHARD, Le livreur, la plateforme et la qualification du contrat, RDT, 2018, p. 812

[2] C. LARRAZET, Régime des plateformes numériques, du non-salariat au projet de charte sociale, Dr. Soc., 2019, p. 167

[3] C. LARRAZET op.cit.

[4] IGAS, Rapp. op. cit., p. 52

[5] F. CALINAUD et A. VERAN, En questions : les plateformes d'intermédiation sont-elles créatrices de salariés ?, JCP éd. S., n° 7, 20 février 2018, Actu 41

[6] Cf. infra : arrêt Société Générale du 13 novembre 1996

[7] CA Paris, 13 décembre 2017, n° 17/00351

[8] CA Paris, 16 novembre 2017, n° 16/09647 ; CA Paris, 9 novembre 2017, n° 16/12875 ; CA Paris, 20 avril 2017, n° 17/00511 Take Eat Easy ; CA Paris, 14 décembre 2017, n° 17/04607

[9] F. CALINAUD et A. VERAN, op.cit.

[10] Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20079, FP-P+B+R+I, JCP éd. E, n° 3, 17 janvier 2019, note 1031 B. BOSSU ; RDT, 2019, p. 36, note M. PEYRONNET ; BJT, n° 1, Janvier 2019, p. 7, note S. MSADAK ; D., 2019, p. 326, Chron. F. SALOMON et A. DAVID ; JCP éd. S, n° 5, 5 février 2019, note 1026 N. ANCIAUX ; JCP éd. G., n° 3, 21 janvier 2019, note 46 V. ROCHE ; D., 2019, p. 963, note P. LOKIEC

[11] Cass. soc., 28 novembre 2018, n° 17-20079, op.cit.

[12] Quelles suites à donner à l'interprétation faite par la Cour de cassation dans l'arrêt Take Eat Easy ? Propos recueillis par F. CHAMPEAUX, Interviews de Jean-Guy HUGLO, Doyen de la Cour de cassation, SSL, n° 1842-1843, 24 décembre 2018

[13] Liaisons sociales quotidien, n°17847 du 2 juillet 2019

[14] CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, JSL n° 470, 25 février 2019, note J.-P. LHERNOULD

[15] CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, BJT, n°2, Février 2019, p. 8, note B. KRIF

[16] CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, SSL, n° 1845, 21 janvier 2019, note Th. PASQUIER ; P. LOKIEC, Droit du travail-Relations individuelles, D., 2019, Chron. p. 963

« la contrainte dans l'exécution de la prestation » ainsi que dans « la fixation des tarifs »^[15]. Ne s'agissant pas des mêmes plateformes (Take Eat Easy/Uber), quelles pourraient être les suites de cette décision. S'il y a de fortes chances à ce que la Cour de cassation suive l'avis des juges du fond, elle pourrait également poser une question préjudicielle à la CJUE. Si la CJUE reconnaissait aux chauffeurs la qualité de travailleur au sens de la directive européenne n° 2003/88 du 4 novembre 2003 sur le temps de travail, alors les règles relatives au temps de travail devraient être appliquées par les plateformes^[16].

Par ailleurs, la multiplication du contentieux est bien présente car actuellement une action de groupe est en cours de constitution. En effet, les livreurs de la plateforme Uber Eats sont appelés à se rassembler pour agir en demande de requalification de leur statut en qualité de salarié. Les livreurs ont jusqu'au 30 octobre 2019 pour s'inscrire et si les 500 inscrits ne sont pas atteints alors il n'y aura pas d'action de groupe^[17].

Enfin, au regard du guide^[18] que le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social met à disposition, la création d'un statut hybride ne semble pas prochaine. Ce guide remet en effet uniquement en évidence les deux catégories existantes, entrepreneur ou salarié, en laissant au juge le soin de requalifier le cas échéant. Cette tendance se retrouve également sur le plan législatif.

2 LE STATUT DU TRAVAILLEUR DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES SUR LE PLAN LÉGISLATIF

Le législateur est attendu sur la création d'un statut spécifique au travailleur des plateformes numériques. Alors qu'il avait créé en 2016 une responsabilité sociale des plateformes, afin de garantir un minimum de droits et d'obligations sur cette relation de travail nouvelle (A), il poursuit dans cette démarche en 2019, sans créer le statut hybride en question, ni de présomption de salariat (B).

A – La reconnaissance d'une responsabilité sociale des plateformes

La loi dite Travail du 8 août 2016^[19] a créé une responsabilité sociale des plateformes qui

déterminent les caractéristiques de la prestation fournie ou du bien vendu et notamment son prix. Cette responsabilité sociale vise à garantir des droits sociaux spécifiques qui sont : la protection contre les accidents du travail^[20], l'accès à la formation professionnelle^[21], la reconnaissance du refus concerté de fournir le service^[22] et la liberté syndicale^[23]. Suite à cette loi, les plateformes ont souscrit à des assurances accident du travail. Cela n'est pas sans poser problème car les cotisations versées couvrent les accidents sur un périmètre donné. La géolocalisation, sur laquelle repose alors la mise en œuvre de l'assurance, ne peut être retirée. Les plateformes doivent toutefois être vigilantes sur l'usage qu'elles en font. Comme l'ont indiqué les juges, dès lors que celle-ci sert à comptabiliser des kilomètres et à contrôler, les indices du salariat seront présents^[24].

Selon Mme Salomon, qui souligne la disparité doctrinale^[25], « Par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, le législateur a esquissé une responsabilité sociale des plateformes numériques en insérant les articles L.7341-1 à L.7341-6 dans le code du travail prévoyant des garanties minimales pour protéger cette nouvelle catégorie des travailleurs. Il ne s'est toutefois pas prononcé sur leur statut juridique et n'a pas édicté de présomption de non-salariat.^[26] »

La loi du 8 août 2016 crée une responsabilité sociale mais ne se prononce pas sur le statut des travailleurs. Les attentes de législation à ce propos sont nombreuses et le législateur est parfois dit « frileux » à cet égard^[27]. Si les indices de salariat sont nombreux, certains auteurs souhaitent qu'un statut intermédiaire soit créé, qu'une nouvelle catégorie de travailleur émerge qui serait « aussi bien indépendante que subordonnée^[28] ». L'indépendance serait ainsi liée au choix des jours et heures de travail mais la subordination serait présente par la contrainte posée au sein des conditions générales par la plateforme. Par ailleurs, dès lors que la contrainte serait inscrite dans la loi, il ne pourrait plus y avoir de salariat, mais il y aurait en revanche protection. Cela n'est pour l'heure pas prévu, le projet de loi mobilité s'orientant davantage vers l'élaboration d'une charte et la présomption de non-salariat.

B – L'extension de la responsabilité sociale sans présomption de salariat

Une proposition de charte était déjà contenue dans la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel n°2018-771 du 5 septembre 2018 mais le Conseil constitutionnel a écarté cet amendement le 4 septembre 2018 (Décision n° 2018-769)^[29].

[17] Liaisons sociales quotidien, n° 17864 du 25 juillet 2019, p. 5

[18] Ce guide présente un état du droit sur la qualification des travailleurs des plateformes de mises en relation, basé sur l'analyse de la jurisprudence.

[19] et son décret d'application D. n° 2017-774 du 4 mai 2017

[20] C. trav., art. L. 7342-2

[21] C. trav., art. L. 7342-3

[22] C. trav., art. L. 7342-5

[23] C. trav., art. L. 7342-6

[24] V. ROCHE, Travailleurs indépendants et plateformes numériques : l'union impossible ? Le cas de Take Eat Easy, JCP éd. E., n° 3, 21 janvier 2019, note 46, p. 103

[25] Rapport du Conseiller à la Cour de cassation, Mme SALOMON, p. 9 : « La doctrine est partagée sur le statut de "l'autoentrepreneur 2.0" : si certains auteurs sont en faveur d'une requalification des contrats d'entreprise en contrats de travail avec une actualisation des critères, d'autres proposent de créer un statut de travailleur économiquement dépendant, dans le but de sécuriser la situation juridique des travailleurs juridiquement autonomes mais fortement liés aux entreprises clientes (rapport de MM. Antonmatt et Sciberras), voire un décloisonnement des statuts salarié/indépendant en rapprochant leur niveau de protection sociale (rapport Terrasse ou rapport de l'IGAS). E. Dockès propose quant à lui de "réévaluer" le critère de la dépendance économique au côté de celui de la subordination et C. Radé de substituer au lien de subordination le critère de l'intégration économique. Appliquant cette proposition à l'arrêt Formacad, T. Pasquier estime que c'est parce qu'ils étaient en réalité intégrés dans l'entreprise d'autrui que les formateurs devaient recevoir la qualité de salarié. »

[26] Rapport du Conseiller à la Cour de cassation, Mme SALOMON, op. cit.

[27] CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, BJT, n°2, Février 2019, p. 8, note B. KRIF

[28] CA Paris, 10 janvier 2019, n° RG 18/08357, BJT, n°2, Février 2019, p. 8, note B. KRIF

[29] K. VAN DEN BERGH, Plateformes numériques de mise

Le projet de loi d'orientation des mobilités l'a reprise et dote les plateformes numériques d'une charte de responsabilité sociale^[30]. Celle-ci viserait à rendre le modèle des plateformes plus responsable, sécurisant et transparent. Une obligation de transparence pèserait sur les plateformes qui devront informer les coursiers du prix minimal garanti ainsi que de la distance couverte par la course. Des garanties sur la rupture du contrat de prestation de service seront également apportées lorsque les coursiers refuseront certaines courses^[31].

De plus, le projet de loi, malgré l'avis contraire du CESE^[32], renforce la présomption de non-salariat en indiquant que l'établissement d'une charte ne peut caractériser l'existence d'un lien de subordination. FO a réagi à ce propos

Conclusion

Il n'existe pour l'heure pas de statut spécifique aux travailleurs des plateformes numériques, la voie ne semble pas ouverte à ce qu'il s'en crée un, en revanche, une volonté de protection se fait jour afin de mieux sécuriser cette relation de travail indépendante.

et considère que les chartes ne garantiront aucun droit concret pour les travailleurs et sont susceptibles d'être un outil marketing pour les plateformes. Ils préconisent davantage la mise en place d'une négociation nationale en vue d'un accord sectoriel^[33]. Le syndicat CFDT s'oppose également à ce système de charte qui pourrait être considéré comme « un rempart contre cette requalification en salariés^[34] ».

A l'inverse, l'étude d'impact relève que la présomption de non-salariat aura un meilleur impact sur la santé des salariés qui pourront par le biais des chartes, bénéficier de pratiques qui n'ont pas ou peu lieu à cause d'une crainte de requalification^[35].

au travail : mettre en perspective le particularisme français, RDT, 2019, p. 101

[30] Elles sont élaborées à titre facultatif et définissent les conditions d'exercice de leur responsabilité sociale. Le projet précise bien qu'elles ne caractérisent pas l'existence d'un lien de subordination. Il n'y a donc pas de présomption de salariat.

[31] Liaisons sociales quotidien, n° 17841 du 24 juin 2019

[32] Le CESE qui a rendu un avis le 14 novembre 2018 y voit un lien de subordination

[33] Liaisons sociales quotidien, n° 17837 du 18 juin 2019

[34] Liaisons sociales quotidien, n° 17819, du 20 mai 2019

[35] L'étude d'impact (p.195) précise que « Actuellement, les politiques de responsabilité sociale développées par certaines plateformes ne sont encadrées par aucun texte (hors des dispositions prévues aux articles L. 7342-2 à L. 7342-6). En conséquence, les initiatives prises afin de prévenir certains risques professionnels (accident routier par exemple), de favoriser la montée en compétences et la qualification des travailleurs ou d'offrir ou de proposer des garanties sociales supplémentaires sont paradoxalement découragées car certaines plateformes craignent que ces mesures volontaristes soient utilisées devant des juridictions aux fins de requalification de la relation de travail en relation de salariat. Pour développer et sécuriser la responsabilité sociale des plateformes, il est donc nécessaire d'encadrer, par la loi, les potentiels effets juridiques d'une charte de responsabilité sociale prise par la plateforme et des engagements qu'elle contient sur la relation de travail, et d'écarter la possibilité d'invoquer l'existence et le contenu d'une telle charte aux fins de caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique. Les autres dispositions du présent article visent à modifier l'actuel article L. 7342-3 de manière à préciser les règles d'alimentation du compte personnel de formation, et l'article L. 7342-4, de manière à élargir le champ d'application de l'article L. 7342-3 en ce qui concerne la responsabilité des plateformes en matière de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience »

Dématérialisation et Transport



Francisco SANCHEZ-GAMBORINO

Avocat à la Cour Madrid - Espagne - Membre correspondant de l'IDIT - Conseil juridique de l'ASTIC

La lettre de voiture électronique CMR : Obstacles à une utilisation plus étendue de la e-CMR

Introduction

Tout d'abord je voudrais féliciter l'IDIT pour son cinquantième anniversaire. Centre d'études de référence mondiale dans le droit des transports, j'ai eu l'honneur et le plaisir d'en être membre correspondant depuis 1982, soit trente-sept ans.

Mes félicitations aussi aux organisateurs de ce Colloque pour avoir choisi un sujet si intéressant et actuel. Merci à eux de m'avoir invité à y participer, et même de m'avoir fait le privilège de m'inclure dans leur Comité scientifique.

Je vais vous parler de la lettre de voiture électronique -e-CMR-. Mais pas en général, même pas sous tous ses aspects juridiques. Je parlerai seulement d'une question très concrète, qui m'a été posée par l'IDIT: quels sont les obstacles qui empêchent que ce système technique

ne soit pas encore universellement adopté. Les identifier et voir s'ils ont une solution, selon ce que je connais grâce à ma collaboration permanente avec l'association espagnole des transporteurs routiers membre de l'IRU: l'ASTIC, qui édite en Espagne l'e-CMR, système TransFollow.

Est bien connu le Protocole additionnel du 20 février 2008 à la Convention CMR, qui donne validité juridique à la lettre de voiture électronique. Ce nouveau moyen technique présente de nombreux

avantages -rapidité, économie, sécurité, facilité à stocker, traçabilité, respect de l'environnement, etc., tant pour les transporteurs que pour les chargeurs. Il a, d'ailleurs, déjà commencé à être utilisé: depuis 2017 -premier voyage, purement routier: Espagne-France, avec 100 % de réussite et en 2019 en transport routier avec un transport intermédiaire par mer (art. 2 CMR) entre l'Espagne et l'Italie. Même si l'Italie n'est pas (encore) partie à ce Protocole.

1 LES PRINCIPAUX OBSTACLES

Alors pourquoi au bout de plus de dix ans du Protocole l'emploi de l'e-CMR n'est toujours pas très répandu ? Voici les principales difficultés rencontrées dans la pratique:

■ Prix élevé

Le coût de chaque lettre de voiture e-CMR (environ 0,35 €/voyage) apparaît légèrement plus élevé que celui de sa formule papier (environ 0,10 €/voyage).

Il s'avère pourtant inférieur si l'on tient compte des économies réalisées (70 % environ) en temps, en argent, etc., et les autres avantages du système. Pas besoin d'achats ni d'autres dépenses. Il suffit, en effet, d'incorporer le système dans le logiciel de gestion de chaque entreprise.

■ L'utilisation de la e-CMR aussi en tant que «document de contrôle» n'est pas encore clair dans les esprits

Il semble un peu étonnant qu'une grande partie des obstacles qui ont été mis par beaucoup d'entreprises concernent l'utilisation de la lettre de voiture aussi comme document de contrôle. Comme on le sait, le document de contrôle est un document de droit public (administratif) dont la finalité est de permettre aux autorités de transport de vérifier que chaque voyage routier de marchandises se conforme aux lois et réglementations de transports, et, dans la négative, d'imposer des sanctions.

En France, comme document de contrôle par les pouvoirs publics il y a le «document de suivi»^[13], et dans d'autres pays des documents équivalents sont prévus, ou bien la lettre de voiture est d'utilisation obligatoire, doit être présente à bord du camion (dans certains cas, aussi conservée dans le bureau des compagnies aux fins d'inspection), et son contenu parfois même son modèle est imposé par le Ministère de transports: l'Allemagne^[14], le Portugal^[15], les Pays-Bas^[16], la Belgique^[17], la Lituanie^[18], etc.

En Espagne, comme d'ailleurs, l'émission de ce document de contrôle est obligatoire^[19], et il doit être présent à bord du camion pour chaque voyage^[20], de façon que son absence est par elle-même une infraction grave^[21], et peut être sévèrement punie^[22], de même que la non-conservation au siège social pendant une année après chaque voyage^[23]. De plus, chaque contrat de transport

doit être constaté dans une lettre de voiture, ce qui n'est pas obligatoire pour la validité du contrat^[24], mais très recommandé et dans la pratique toujours émise, au moins pour l'international (CMR).

État donné ce caractère contraignant du document de contrôle et l'émission habituelle de la lettre de voiture, les transporteurs ainsi que les chargeurs sont très intéressés à simplifier leur bureaucratie, en utilisant un seul document pour remplir les deux fonctions, l'une de droit administratif, l'autre de droit commercial. Cela bien sûr pour des raisons pratiques : porter à bord du camion -et après, garder- un document unique par voyage, et pas deux.

Vraiment même si on ne pouvait pas unifier les versions électroniques du document de contrôle et de la lettre de voiture, cela n'en réduirait pas, pour autant, les avantages de la e-CMR et ne devrait pas être un motif de rejet.

En tout cas, cette possibilité d'unifier les deux documents en un seul semble créer des doutes surtout lorsque ces documents sont électroniques. Les opérateurs ont peur que si en cours de route le camion est arrêté par un gendarme, et que le conducteur ne lui montre pas un morceau de papier, on va leur infliger une amende.

Mais cette unification documentaire, même en la version électronique, est devenue tout à fait possible. Déjà en 2012 le Ministère des Transports^[25] espagnol dans sa décision^[26] concernant le document de contrôle, avait prévu que la lettre de voiture puisse servir de document de contrôle^[27]. Malgré l'existence à cette date du Protocole à la CMR de 2008, et même de la loi espagnole régissant le transport national, de 2009^[28], qui expressément permet la lettre de voiture électronique^[29], les moyens électroniques n'étaient presque pas utilisés à cette époque; le Ministère se référait donc dans cette décision surtout au papier.

Quid sur sa version électronique ? La question semble résolue, car la version actuelle du Règlement des transports espagnol (Décret royal 70/2019) dans son art. 222, sur le document de contrôle, autorise expressément ce procédé électronique.

D'autres questions à cet égard

- Les données à mentionner selon cette décision espagnole^[30] dans le document de contrôle ne sont pas identiques à celles prévues par la Convention CMR^[31]. Mais elles sont compatibles ! En fait, la plupart de ces données sont les mêmes.

[1] L'auteur souhaite remercier publiquement pour leur aide précieuse et les informations détaillées sur leur régime juridique national respectif : M. le Professeur Achim Puetz (pour l'Allemagne), M. le Professeur Jacques Putzeys (pour la Belgique), Mme. la Professeure C. Ingratoci (pour l'Italie), M. Dr. Justinas Usonis (pour la Lituanie), Mme. Dr. Daphne Smaling - TLN (pour les Pays-Bas), et Mme. Dr. Ana Souta - ANTRAM (pour le Portugal).

[2] Acronyme de « Asociación del Transporte Internacional por Carretera ».

[3] Au moment de la rédaction de ces pages, les pays parties à ce Protocole (par ratification ou par accession) sont 23: le Belarus, la Bulgarie, la Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Fédération Russe, la Finlande, la France, l'Iran, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Moldavie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, l'Slovénie, la Suisse, le Tadjikistan, la Tchèque et la Turquie.

[4] Rapidité: gain de temps; l'envoi électronique -soit par téléphone- est énormément plus rapide, presque instantané, que l'envoi physique par la poste ou d'une autre manière (favorise aussi le transporteur qui a besoin d'une preuve de la livraison, qui peut ainsi facturer son client plus tôt).

[5] Économie d'argent; l'envoi électronique -soit par téléphone- est beaucoup moins cher que l'envoi physique par la poste (enveloppes et leur en-tête avec logo, timbres d'affranchissement) ou autre. Des économies sont également réalisées sur les imprimantes, le papier, l'encre, etc.

[6] Sécurité: réduit la possibilité d'erreurs, de fraudes et de falsifications, même dans la signature, qui ne sera plus manuelle mais électronique; chaque entreprise désigne et identifie parmi ses employés une ou plusieurs personnes spécifiques, qui sont les seules autorisées à utiliser ce système; étant une blockchain, toute modification dans le document est facile à détecter: qui l'a fait et quand.

[7] Facilité à stocker: le stockage des enregistrements électroniques est beaucoup plus confortable, simple et pratique; il n'occupe pas l'espace physique nécessaire pour le stockage du papier, qui doit en outre être détruit au bout de quelques années (coût supplémentaire).

Et pour les autres^[32] il est bien facile d'ajouter les unes aux autres jusqu'à les avoir toutes réunies dans le seul document électronique. La capacité d'un fichier électronique est presque illimitée...

Il en va de même pour les mentions du nom et des données des transporteurs sous-traités.

- Absence d'expérience ? Il suffit de commencer un jour...

- Crainte d'amendes ? Il suffit d'introduire un recours. Très simple. De débutant: avec la seule mention de cet article 222.

Ce ne sont pas des motifs sérieux.

■ Freins psychologiques

Toute procédure nouvelle doit vaincre l'inertie qui s'est installée. Dans le cas de la e-CMR cette résistance apparaît sous plusieurs formes.

a - Crainte que les clients ne l'acceptent pas

Mais, pourquoi un chargeur ne voudrait-il pas de ce système électronique ? Les avantages de l'e-CMR sont pour tous, même pour l'usager. L'ASTIC vend d'ailleurs plus d'e-CMR à des chargeurs (60%) qu'à des transporteurs (40%).

Des démonstrations peuvent être réalisées -en fait elles le sont souvent- en présence de chargeurs. Des simulateurs en ligne matérialisent les effets de son utilisation.

Il faut seulement connaître son fonctionnement pratique. Parler de ce qu'on ne connaît pas, c'est notre sport national !

Conclusions

1. L'e-CMR souffre d'une simple «maladie de jeunesse» comme toute nouveauté technique (que ce soit dans le transport ou dans un autre domaine). La première fois qu'un transporteur a installé un GPS dans ses camions, tous ses autres collègues lui ont demandé pourquoi il avait fait cet investissement -d'argent et de temps- inutile. Aujourd'hui aucun camion ne roule sans GPS!
2. Il n'existe pas d'obstacles réels à son implantation. Aucun transporteur, aucun utilisateur ayant testé ce système ne l'a regretté.
3. Le transporteur ou le chargeur qui n'emploie pas cette e-CMR sera finalement écarté du marché par ses concurrents.
4. C'est pourquoi elle sera finalement adoptée par tous.

Voici donc un message d'optimisme.

b - Crainte que les conducteurs ne sachent pas les utiliser

Mais c'est tout le contraire chez les jeunes conducteurs: ils sont emballés par tout ce qui est électronique. Les smartphones font partie de leur vie quotidienne - on dirait presque de leur corps ! Et même pour les plus âgés, le système TransFollow n'est pas de tout difficile. Pas plus qu'utiliser un téléphone portable.

Pas besoin de suivre une formation pour apprendre. Une petite explication suffit: l'emploi de l'e-CMR est très intuitif. Les créateurs du programme ont tenu le plus grand compte de ce besoin.

c - Pas le temps d'étudier ce nouveau procédé

Ce n'est pas vrai non plus. Les transporteurs ont du temps. Ils le prennent pour plusieurs activités: pour comparer les divers modèles de camions avant d'en acheter, pour étudier les compétences de leurs futurs employés avant de les embaucher, etc.

Le temps est le même pour tout le monde: 24 heures par jour, libre à chacun de l'organiser comme bon lui semble.

[8] Traçabilité: en plus de mentionner les données du contrat de transport -de chaque voyage singulier- par cette voie électronique pourront désormais être faites toutes demandes de service, déclarations, instructions, réserves en cas d'incident (à l'origine ou/et à destination), instructions du chargeur (en cas d'empêchement pendant le voyage ou à l'arrivée, exercice du droit de disposition pour changer le destinataire en cours de voyage, etc.), etc. et en général toute autre communication entre les entreprises impliquées dans le contrat de transport et son exécution, afin qu'il serve à "suivre" en temps réel le développement de l'opération: savoir où sont le véhicule et sa marchandise à tout moment, et dans quelles conditions, préparer les employés qui doivent charger/décharger le véhicule sans perdre de temps, constater immédiatement tout incident et à donner des instructions immédiates pour le résoudre, et bien d'autres situations.

[9] Respect de l'environnement: moins de dépenses en papier, moins d'abattage des arbres pour sa fabrication; etc.

[10] Plus précisément, les 19 et 20 janvier 2017, sous les auspices de l'IRU, au moyen d'un accord entre l'ASTIC et son homologue français, la Fédération Nationale du Transport Routier (FNTR). Un camion chargé de fruits partant de Cartaya (Huelva, Espagne), et arrivé à Perpignan (France).

[11] Concrètement, un véhicule articulé était chargé de bobines de papier à Fuenlabrada (Madrid, Espagne), allait par route jusqu'au port de Valencia, où la semi-remorque (un «véhicule» au sens de l'art. 1.2 de la CMR -selon la définition contenue à l'art. 4 de la Convention sur la circulation routière de 19 septembre 1949) avec sa marchandise était dételée du tracteur et mise à bord du navire, qui l'avait déplacée par mer jusqu'au port italien de Livorno, pour être là à nouveau accrochée à un deuxième tracteur et ainsi continuer son voyage par route jusqu'à sa destination intérieure à Verona (Italie).

[12] L'Italie n'ayant pas ratifié le Protocole de 2008, on voit comment cette non-ratification n'empêche pas d'utiliser une eCMR pour les transports avec son origine ou sa destination -même si elle n'était pas du tout partie à la Convention (art. 1.1)-.

Bibliographie

BRUNNER, R.: "Electronic transport documents and shipping practice not yet a married couple", *European Transport Law*, Vol. XLIII N° 2-2008; pp. 123-168.

ECHEBARRIA SÁENZ, J. A.: "La carta de porte emitida electrónicamente", in *VV.AA., Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010; pp. 185-211.

ESCUIN IBÁÑEZ, I.: "La carta de porte electrónica en el transporte terrestre de mercancías tras la aprobación del Protocolo adicional al CMR de 28 de mayo de 2008 (BOE de 14 de Junio de 2011)", *Revista de Derecho del Transporte* n° 11-2013; pp. 55-80.

GUERRERO LEBRÓN, M. J.: "La carta de porte: requisitos de emisión y funciones", *Revista de Derecho del Transporte* n° 6-2010; pp. 81-97.

ILLESCAS ORTIZ, R.: "El transporte terrestre de mercancías: internacionalización y electrificación", *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1997; pp. 105-142.

JUAN Y MATEU, F.: "Los impedimentos para la entrega en el transporte de mercancías por carretera, Comares-CEDIT, Granada, 2005.

MARTÍN CASTRO, M. P.: "La documentación electrónica del contrato de transporte, Alternativas legales y prácticas al empleo de soportes materiales para la documentación de las operaciones de transporte", in *VV.AA.: Régimen jurídico de Internet*, Madrid, 2002; pp. 607-654.

MARTIUS, H.: "The use of electronic means of communication under the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road", *European Transport Law*, Vol. XLII, n° 3-2007; pp. 297-323.

RECALDE CASTELLS, A.: "La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera (C.M.R.)". *Revista General de Derecho*, n° 606, March 1995; pp. 2229-2244.

– "Comercio y Contratación Electrónica". *Informática y Derecho. Revista iberoamericana de derecho informático*, n° 30-31 (número monográfico consagrado a l'établissement des contrats électroniques et Internet); pp. 39-88.

– "El derecho de disposición en el transporte internacional de mercancías por carretera", *InDret*, n° 349, abril de 2006.

VAN BOOM, W. H.: "Certain legal aspects of electronic bills of lading", *European Transport Law*, Vol. XXXL, n° 1-1997; pp. 9-24.

VAN DER ZIEL, G. J.: "Main Legal Issues Related to the Implementation of Electronic Transport Documentation", *European Transport Law*, Vol. XXXL, n° 6-1997; pp. 715-721.

[13] Pour le transport national. Établi par la loi n° 95-96 du 1er février 1995 (JO 2 févr. 1995), arts. 24-26, aujourd'hui codifiée dans le Code des Transports, complétée par l'arrêté du 9 novembre 1999 sur les documents de transport, modifiée en 2017 pour permettre les lettres de voiture dématérialisées - dans ce cas, le transporteur doit être en mesure de transférer les mentions par smartphone, tablette ou autre. Le document de suivi est toujours obligatoire; il s'agit de mentions sur les dates et heures d'arrivée et de départ du camion aux lieux de chargement et de déchargement, etc. Ces mentions sont intégrées à la lettre de voiture. On doit ajouter que depuis l'ordonnance de 2016 (n° 2016-131) l'article 1366 du Code civil français dispose que : "L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

[14] La Loi allemande sur le transport routier de marchandises (Güterkraftverkehrsgesetz - GüKG) de 22 Junio 1998 (BGBl I, p. 1485), dans son paragraphe (§) 7, alinéa 1.3 exige un document de suivi (Begletpapier ou sonstiger Nachweis) dans lequel soit mentionné la nature de la marchandise transportée, les lieux de chargement et déchargement et l'identité du chargeur; la lettre de voiture (Frachtbrief) sert également à cet effet à condition qu'elle contienne ces données obligatoires. Le manquement de l'obligation de porter ce document constitue une infraction administrative (§ 19, alinéa 1.3, GüKG), sanctionnée avec une amende pouvant aller jusqu'à 5.000 euros (§ 19.7 GüKG).

[15] Au Portugal, la lettre de voiture (guia de transporte), faisant expressément référence à toutes les données de chaque voyage, doit être obligatoirement émis et doit accompagner à bord du camion les marchandises transportées - art. 19.1 du décret-loi n° 257/2007 du 16 juillet (Journal Officiel «Diário da República» n° 135, du 16 juillet 2007); - ce document sert, non seulement aux transporteurs et à leurs clients comme preuve du contrat de transport, à des fins commerciales, mais aussi à l'Administration publique, pour contrôler le respect de la réglementation des transports -Decisión («despacho») n° 21 994/99 de la Direction générale de

Transports terrestres (Journal Officiel «Diário da República» n° 267, du 16 novembre 1999)-, qui établit les données exactes à introduire (art. 4). C'est pour cela que le document est de nature impérative (caractère imperativo): l'absence de ce document sera puni d'une amende allant jusqu'à 750 euros (art. 30 de ce décret-loi).

[16] Aux Pays-Bas, la Loi nationale sur le transport routier de marchandises -Wet wegvoer goederen- numéro 30896, du 30 octobre 2008 (Journal Officiel -Staatsblad- Stb. 2008, 492), dans son article. 2.13, sous-1 impose comme obligatoire la lettre de voiture. Le même article, sous-3, prévoit que le Ministère des transports établira des règles sur son utilisation et son contenu; ainsi l'a-t-il fait: dans l'art. 15.1 du Règlement relatif au transport de marchandises par route -Regeling wegvoervoer goederen- numéro IENM/BSK-2016/311749, du 17 mars 2017 (Journal du Gouvernement -Staatscourant- Stcrt. 2017, 15087); de son côté, le paragraphe 2 dudit art. 15 exige que la lettre de voiture soit portée à bord du véhicule, à défaut, une amende de 180 euros peut être imposée, pour violation de cet art. 2.13 de ladite Wet wegvoer goederen. Ceci est régit par l'Appendix 1 de la Directrice pour la procédure de sanction applicable à la Wet wegvoer goederen (Richtlijn voor Strafvordering Wet wegvoervoer goederen) nr. 2018R02, du 1 janvier (sic) 2019 (Journal du Gouvernement -Staatscourant- Stcrt.2019, 67910). Par conséquent, aux Pays-Bas la lettre de voiture agit également comme un document de droit public.

[17] En Belgique, la lettre de voiture est obligatoire. L'art. 29 de la Loi du 15 juillet 2013 relative au transport de marchandises par route (Journal Officiel -Moniteur Belge- du 18 février 2014) prescrit l'établissement d'une lettre de voiture pour tout envoi. Dans le même sens, selon l'arrêté ministériel du 23 mai 2014 (Journal Officiel -Moniteur Belge- du 15 juillet 2014), les lettres de voiture «doivent se trouver à bord du véhicule et accompagner la marchandise; ils doivent être présentés à toute réquisition des agents chargés du contrôle. Ils doivent être conservés par l'entreprise, au moins pendant les cinq ans qui suivent la date du transport et classés par ordre chronologique, d'une manière permettant un contrôle aisé par les agents chargés de la recherche et de la constatation des infractions

à la loi et à ses arrêtés d'exécution; cet exemplaire peut être conservé sur tout autre support d'information pour autant que la visualisation et l'impression de ce document puissent être facilement opérées.» (art. 35, § 2, al. 4). Ladite Loi du 15 juillet 2013 prévoit des amendes pour ceux qui enfreignent cette obligation d'émettre la lettre de voiture (art. 41, § 1er, al. 4), aussi pour le chargeur (art. 43, § 1er, al. 2); leur montant peut atteindre 1250 euros (art. 46, § 1er, al. 1, d).

[18] Le Code de transport routier de la Lituanie -Loi n° 1-1628 du 19 novembre 1996 (Journal Officiel n° 119-2772 du 11 décembre 1996)- dans son art. 29 prévoit que la lettre de voiture -Važtaraštis- peut être émise sur papier ou en version électronique, mais en tout cas son émission est impérative ainsi que sa présence abord du camion, pour contrôler par les autorités -art. 14 idem-; dans la négative, le transporteur risque d'être sanctionné conformément au Code des infractions administratives -Loi n° XII-1860 du 25 juin 2015-, arts. 214 et 450.

[19] Loi 16/1987 du 30 juillet 1987 (Journal Officiel du 31, plusieurs fois modifiée), de coordination («Ordenación») des Transports terrestres -en acronyme «LOTT»-, art. 147.

[20] LOTT art. 147.1.

[21] LOTT art. 141.17.

[22] Amende jusqu'à 600 euros. LOTT art. 143.1, d).

[23] LOTT art. 147.2.

[24] CMR art. 4; Loi espagnole 15/2009 du 11 novembre, art. 13.1).

[25] Dit «Ministerio de Fomento» («Fomento» = développement)

[26] Orden 13 Diciembre 2012 n° FOM/2861/2012 (Journal Officiel -"BOE" du 5 janvier 2013).

[27] Art. 2.2.

[28] Loi 15/2009 du 11 novembre (Journal Officiel -«Boletín Oficial del Estado», BOE- du 12 novembre 2009).

[29] Art. 15.

[30] Art. 6.

[31] Art. 6 et autres.

[32] Numéro TVA du chargeur et du transporteur, plaque d'enregistrement du véhicule, le cas échéant données de l'autorisation pour circuler en tant que véhicule de longueur ou marchandises de poids ou dimensions extraordinaires.



Nikoleta RADIONOV
Professor University of Zagreb School of Law - Croatia

Written form of the contract of carriage by road in Croatia Why and at what cost ?

Introduction

Croatia, the youngest EU member state^[1], is positioned on two TEN-T Transport Corridors (Mediterranean and Rhine-Danube)^[2], as well as two Pan-European Corridors: Vb/c and Xa^[3].

Being part of the single market of transport services with such favorable transport positioning on the vital North-South and East-West transport axes, Croatia has a vivid road transport industry which in 2018 transported almost 74 million tons of cargo and 47,7 million passengers by coach and bus.^[4] Following the liberalization of the road transport services market in Croatia and its integration into the single market,

many Community carriers now operate in the Croatian transport market either through subsidiaries or as non-resident carriers, entering daily into various contracts of carriage by road. In the event of legal proceedings following a breach of contract, Croatian law will be applicable in many cases. It is for that reason that every major change in the fundamental national regulation of this contract is of paramount importance

to the transport industry. Recently, Croatia radically changed its provisions regarding the essential elements of the contract of carriage by road. This paper focuses on the content and impact of the new legal regime, with the hope that it will clarify the possible implications of this change for the industry and point towards necessary future amendments to the pertinent legal framework.

1 CONTRACT OF CARRIAGE BY ROAD IN CROATIA: A DYNAMIC LEGAL FRAMEWORK

In 2018 the new Road Transport Carriage Act (hereinafter: RTCA 2018) was enacted^[5]. Chapter XII titled "Contracts of carriage in road transport" contains only one article (Article 97), in which - for the first time in the history of Croatian transport law - a mandatory written form for all contracts of carriage by road is prescribed, without distinction as to the object, vehicle or type of transport service provided, making it a precondition for the validity of the contract.^[6] Moreover, such contracts have to be kept by the carrier in his business premises (for an unspecified period) and available for inspection

at any time, with (considerable) penalties for infringement.^[7] The minimum required elements of the contract are also prescribed, making a written contract valid only if it contains at least the name of the consignor and the carrier, the route on which carriage is to be performed, the charges/fare, and the payment due date.^[8] However, it is questionable to what extent the existing dynamic and often informal practice of contracting transport services is able to respond to the need of the written form of the contract with the minimum elements prescribed by the law.

The two basic principles governing Croatian law of obligations necessary for understanding the problem at hand are 1) the principle of monism and 2) the fact that a special law derogates the provisions of a more general law (lat. lex specialis derogat legi generali). According to the

[1] Croatia joined the EU on July 1st, 2013, as the 28th member state.

[2] For more on TEN-T Transport Corridors as an EU transport project see: Mobility and Transport: Infrastructure-TEN-T-Connecting Europe: Corridors at <https://ec.europa.eu/transport/node/2443> (21.9.2019)

[3] Corridor V is an East-West transport corridor from Venice-Trieste/Koper-Ljubljana-Budapest- Kiev, with branch Vb from Budapest-Zagreb-Rijeka, and branch Vc from Budapest-Osijek-Sarajevo-Plöče. Corridor X connects Salzburg-Ljubljana-Zagreb-Beograd-Niš-Skopje-Thessaloniki with branch Xa Graz-Maribor-Zagreb. For more see: Ilić, M.-Orešić, D.: Pan-European Transport Corridors

principle of monism, all typical contracts^[9] are regulated by one basic normative act, the Civil Obligations Act (COA), and this includes both civil and commercial contracts.^[10] It is for this theoretical reason that the contract of carriage is regulated in the COA as the general law, but containing only very basic provisions common to contracts in all modes of transport, free of any specificities inherent to transport by a particular mode, thus being of little practical use. So, this legislative model relies on the existence of a second legislative tier – a network of special laws regulating in detail the contract of domestic carriage of passengers and freight in particular transport modes, as well as international conventions for the contracts of international carriage of freight and passengers.^[11] With such a network in place, according to the principle *lex specialis derogat legi generali*, the provisions of the special law regulating the contract of carriage in a particular mode of transport apply instead of the general provisions of the COA. Although such a normative structure existed in ex-Yugoslavia, after Croatian independence in 1991 and the subsequent taking over of a major part of ex-Yugoslavian legislation, a legal gap in the field of the contract of carriage by road emerged. The gap was created when all transport laws were taken over from ex-Yugoslavia except the ones regulating road transport, including the law on the contract of carriage by road.

^[12] The network of special transport laws was disrupted, and a dangerous legal gap in the field of the contract of carriage by road was created, which persisted – almost uninterrupted^[13] – until 2018 and the enactment of the RTCA 2018. It was during this period of over 25 years that, due to a lack of a special regulation, the vague provisions of the COA on the contract of carriage were implemented in legal practice creating an (erroneous) belief in judicial practice that the COA was indeed the only source of road transport law when it comes to contracts of carriage by road. In Croatia, the contract of carriage by road was traditionally (before RTCA 2018) a consensual and informal contract, where only consent of both parties on the essential elements of the contract was enough to make a valid contract.^[14] With respect to the carriage of goods, the COA explicitly states that the consignment note as a transport document has to be issued, but the existence and validity of the contract of carriage of goods are independent from the existence of the consignment note^[15]. The interpretation of this provision is indeed pivotal for this debate, as will be elaborated infra. It was expected from RTCA 2018 to finally fill the legal gap and provide a new, all-encompassing and modern legal framework for the contract of carriage by road,

including detailed provisions on the liability of the carrier. It was therefore a great surprise to see that the legislator decided to regulate this complex matter in only one (?) article, with no accompanying elaboration or explanation. The most important consequences of this provision can be summarized in four points:

- 1- They apply to all contracts of carriage by road, including taxi services, public passenger transport, freight transport etc.^[16]
- 2- To be valid, all those contracts must be concluded in written form, while the essential elements necessary for a valid contract of carriage are prescribed by RTCA 2018. The contracts must be kept in the carrier's premises for an indefinite period, and an infringement of those provisions entails high fines for the operators.
- 3- In freight transport, a consignment note cannot be considered a contract, but only proof of a pre-existing contract. In passenger transport, a ticket can be considered a written contract if it contains all the essential elements prescribed by the law.
- 4- Everything not regulated by RTCA 2018 is subject to the provisions of the COA.^[17] Due to the succinct provision of Art. 97 RTCA 2018, most of the questions related to the contract of carriage by road will continue to be governed by the COA provisions on the contract of carriage, together with the general provisions of the COA applicable to all contracts.

Both provisions of the RTCA and the COA related to formality of the contract are of a mandatory nature and cannot be derogated from by stipulation of the parties agreeing otherwise. According to Slakoper-Gorenc "... the coercive character of the provision is usually expressed by the verb "shall", or a phrase suggesting coerciveness by way of linguistic and legal interpretation, and sometimes by a phrase expressing a prohibition."^[18] Formulation of both provisions suggests that this precondition is indeed met.^[19]

2 CONTRACT OF CARRIAGE BY ROAD AS A FORMAL CONTRACT: THE CONSEQUENCES

Contracts for which a specific form is prescribed by law are null and void if they are not entered into in this form.^[20] It is, therefore, clear that after the enactment of RTCA 2018, all contracts

and Transport System of Croatia, Hrvatski geografski glasnik 66/2, 2004, p. 6-8.

[4] Croatian Bureau of Statistics, Table 5.3.1. „Transport“, www.dzs.hr (21.9.2019).

[5] Zakon o prijevozu u cestovnom prometu, Narodne novine (Official Journal of the Republic of Croatia; hereinafter: NN) no. 41/18, in force since May 12th, 2018.

[6] Par. 3 and 6 Art. 97 RTCA 2018. The imperative of a written form is repeated twice in this regulation, leaving no room for doubt as to the written form being a precondition for the validity of the contracts.

[7] Lack of written form of contract is considered a serious misdemeanor punishable with fines from HRK 15,000-50,000 (approx EUR 2-7,000) for operators and HRK 7-15,000 (approx. 1-2,000 EUR) for THE responsible person in the operator-legal person. Art. 113 par. 2-4 in conjunction with Art. 113 par. 1 al. 32 RTCA 2018.

[8] Art. 97. par. 4. RTCA 2018.

[9] Cro: nominatni ugovori.

[10] The Civil Obligations Act in force today was enacted in 2005 and amended several times since; Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18. The contract of carriage is regulated in Art. 661-698 COA. Contrary to the principle of monism is principle of dualism accepted in e.g. Germany and France, where different legislative provisions exist for civil and commercial contracts.

[11] In international carriage of goods by road, Croatia is party to the Convention on the Contracts for the International Carriage of Goods by Road (CMR 1956) since 1992, and to the CMR-SDR Protocol 1978 only since 2016, which has created great problems in practice in the past. More on this problem see: Radionov, N.: „Limitation of liability right in road freight carriage in Croatia: an extinct institute“, Uniform Law Review, Vol. 21, N°4, p. 457-468. International carriage of passengers is governed by the Convention on the Contracts for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road 1973 (CVR), to which Croatia became state party by succession in 1992, and the Convention entered into force only in 1994.

of carriage of passengers and goods by road, national or international, to which Croatian law applies will be valid only if there is a proper written document to that effect. Moreover, according to the general provisions of the COA on the form of the contract, if the form of the contract is prescribed by law, the offeror and the offeree are bound by the contract only if both the offer and its acceptance were made in this form, i.e. in writing.^[21] What can be taken as a written document representing a contract of carriage by road? It is dubious how that condition would be met in passenger transport and whether a passenger ticket containing all the essential elements of the contract, including names of both passenger and carrier could be taken as a written contract of carriage in domestic and international carriage with all its legal consequences. It is also unclear which details identifying both contracting parties should be included (f.e. OIB – personal ID number) and whether the contract (i.e. a simple bus ticket) should be physically signed by both parties, as is required in other cases of formal/written contracts. It suffices to say that implementation of this prerequisite in practice might prove quite challenging. The e-signature, stamp and other data contained in an e-ticket issued digitally via platforms would be acceptable as court evidence due to the effects of Regulation 910/2014 on electronic identification^[22]. The equity of the paper and electronic form applies therefore also to freight transport, where e-documentation is ever more used in international transport, although not so much in the Croatian hauling industry.^[23] The main issue regarding formality of the contract in freight transport relates to the legal nature of the consignment note: can it be considered a contract of carriage? As for the national law, as mentioned supra, there is an express provision in the COA that explicitly separates the legal existence of the contract of carriage from that of the consignment note, stating that the existence and content of the contract are separate from the existence of the consignment note.^[24] So, the contract will exist if no consignment note is issued. Can it be otherwise? Can the contract exist if it must be written to be valid and no other document has been issued but the consignment note? There are two possible interpretations of this provision. According to one, the contract must be entered into beforehand in the way and form prescribed by law, and only if this condition is met and a valid contract exists, the proof of the existence and content of this contract can be issued in the form of a transport document. The second interpretation is more pragmatic: the conclusion of the contract and issuing of the proof are simultaneous, i.e. at the very moment in which

the contracting wills of the parties meet, the transport document is issued as its proof, in which case we might accept the transport document as a valid written contract. In the practice of contracting transport services, several calls, text or e-mail messages are exchanged between the consignor, freight forwarder/logistician and/or the carrier, where every one of them contains some, but not all elements of the final contract of carriage. When the final will of the parties is established, the carrier takes over the cargo and only then issues the consignment note. Only too often does the consignment note not contain all the elements agreed between the parties, the signatures of both parties, or it may happen that the signatures do not belong to the persons entitled to represent the contracting parties. Can such a document be considered a valid written contract of carriage? According to the COA, the whole content (especially the essential elements) of formal contracts must be contained in one single document and signed by both parties, and the content of the contract must be identical to the content of the document itself.^[25] The additional informally (orally) agreed content of the contract will be valid under the following conditions: (1) if it does not refer to essential elements, (2) if it is not contrary to the formally agreed content, (3) if it is not contrary to the purpose for which the written form is prescribed, (4) if the obligations of one or both parties agreed informally become fewer or easier to meet, and (5) if the written form is prescribed only in the interest of parties to the contract.^[26] So, if the consignment note is the only written document issued with respect to a certain carriage, contains all the essential elements prescribed by law for the contract of carriage of goods and is signed by both parties, it can be considered a written contract which would then, in turn, fulfill the precondition of formality and be valid. Another important thing to be considered is the fact that the practice of transport litigation in Croatia proves that the consignment note is the most important document according to which the judge will decide on the existence of the contract of carriage by road and its content. It is likely that such a practice might largely contribute to the factual acceptance of the consignment note as the written contract of carriage under the new legal framework.

The issue of the form of the contract must be clearly separated from that of its nature^[27], which can be either consensual (entered into by the will of the parties) or real (entered into when the carrier takes over the goods).^[28] The road transport industry in Croatia continues to be deeply rooted in the concept of the consensual

Today, with only 9 states parties, its importance in practice is only marginal.

[12] Zakon o preuzimanju saveznih zakona iz oblasti prometa i veza, koji se u Republici Hrvatskoj primjenjuju kao republički zakoni, NN 53/91. There was no explanation as to this omission, which existed until 1998.

[13] In the period between 1998-2002 alone the contract of carriage by road was regulated by special provisions contained in Zakon o prijevozu u cestovnom prometu (Road Transport Act), Art. 93-172, NN 36/98. In 2002 those provisions were abolished by amendments to this law, creating a legal gap.

[14] "The contract is entered into when contracting parties have agreed on the essential elements of the contract.", Art. 247 COA.

[15] Art. 668 par. 1 and Art. 669 COA.

[16] Par. 1 Art. 97 RTCA 2018.

[17] Par. 2 Art. 97 RTCA 2018.

[18] Slakoper, Z.-Gorenc, V.: „Obvezno pravo – opći dio“, Novi Informator, Zagreb 2009, p. 317.

[19] „Contracts from Par. 1 of this Article are concluded in written form, have to be kept in the business premises of parties to the contract and given for inspection to the road transport inspector at his request“. Art. 97 Par. 3 RTCA. „Contract which has not been entered into in the prescribed form shall have no legal effect, except if the purpose for which the form has been prescribed suggests otherwise. Art. 290 par. 1 COA.

[20] Par. 1 Art. 290 in conjunction with Par. 1 Art. 286 COA.

[21] Art. 259 COA.

[22] REGULATION (EU) No 910/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, OJ L 257 of 28.8.2014, p. 73.

[23] The e-consignment note is internationally regulated by the Additional Protocol to the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods By Road (CMR) Concerning the Electronic Consignment Note (2008 E-CMR Protocol), UN Treaty Series, vol. 2762, p. 23. Croatia is not yet party to this

contract of carriage, with no written form needed for the validity of the contract. Contracting procedures in road freight transport require fast and flexible procedures, which usually involves sending (e.g. by e-mail) a loading disposition from the consignor or his freight forwarder to the carrier, containing details on the transport service needed. If the carrier replies (usually also by e-mail or an automated on-line platform) that he accepts the disposition, there is consent of the parties to the contract, and an informal contract is – under the previous legislation – at that moment perfected, only to be proved subsequently by the issuing of a transport document (consignment note) once the cargo is taken over. After the enactment of the RTCA 2018, the contract remains consensual, but for it to be valid, have legal effect and be enforceable it also needs to be concluded in the written form. Should an interested party succeed in proving that the contract lacks a written form for any of the possible reasons, the contract of carriage of goods or passengers will be null and void. Is there a remedy? Yes. A contract which is originally null and void is considered to be valid (i.e. can become valid, Lat. *convalidatio*) if the contracting parties have fulfilled, if full or in major part, the duties arising therefrom, except if the purpose for which the form has been prescribed suggests otherwise.^[29] So, if the goods have reached the destination in good condition and the carrier has been paid off, the contract will become valid. In those cases, however, there would be no dispute, nor would legal action be needed. On the contrary, should the goods be damaged or lost during transit, in most cases the carrier will not be paid. In that case, none of the parties are considered to have performed the contract, and the contract, lacking formality, cannot become valid. The contract of carriage (of passengers or goods) being null and void, the passenger or the consignor of goods (or the party entitled to the goods) can only sue for damages in tort. In that case, the carrier is not entitled to any of the rights under the contract, e.g. exonerated, excepted perils, limitation of liability, short limitation period. Should that be the case, the provisions of the COA on liability for damage in tort would apply, meaning that full restitution for all damages would be due (Lat. *restitutio in integrum*). If damage is caused by a dangerous activity/device, the liability is strict. As motor vehicles are unequivocally deemed as such in legal practice, there is a strong possibility that under the new legal regime the carrier might be liable in tort, strictly, for the full extent of the damage incurred.

Does the new national regime of written form of the contract apply also to contracts for the international carriage of goods and passengers

by road, and can the new regime established by the RTCA affect in any way the legal regime established by the CMR and CVR^[30] conventions, ratified by Croatia?

3 NATIONAL VS. INTERNATIONAL REGULATION: IMPACT OF RTCA 2018 ON THE CONTRACT FOR INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS AND PASSENGERS BY ROAD

According to the CVR, the carrier must issue an individual or collective ticket for the carriage of passengers, but its absence, irregularity or loss do not affect the existence or the validity of the contract of carriage. The ticket is *prima facie* evidence of the particulars shown on it.^[31] As for the CMR, the wording is similar. In its Art. 4, the CMR states that "...The contract of carriage shall be confirmed by the making out of a consignment note. The absence, irregularity or loss of the consignment note shall not affect the existence or the validity of the contract of carriage which shall remain subject to the provisions of this Convention." In Art. 9 par. 1 CMR the Convention is even clearer in separating the contract from the consignment note, stating that "...The consignment note shall be *prima facie* evidence of the making of the contract of carriage, the conditions of the contract and the receipt of the goods by the carrier." Can we conclude from this wording that the consignment note can represent the contract itself, as we did in the case of Croatian national law? First, we must establish that the scope of application of the CMR is not the actual international transport of goods by road, but a contract for such carriage.^[32] Does the CMR define the nature of the contract and the preconditions for its validity, or does it leave to national law to define the moment at which a valid contract is made, with the CMR only applying subsequently? According to Clarke "...the CMR is (...) silent on the question of the formation of the contract of carriage; this is governed by the appropriate national law."^[33] The CMR presupposes that a valid contract of carriage has been made and starts from that point with the application of its provisions. However, in the long history of over 60 years of application of the CMR the doctrine is unanimous in interpreting the wording of the CMR on the nature of the contract. Indeed, the CMR does not state explicitly how

protocol. See more: Radionov, N.- Mišković Aguilar, M.: "EDI-CMR Protocol 2008: A Step in the Right Direction", *Comparative Maritime Law/Poredbeno Pomorsko Pravo*, Vol.55 (2016) 170, p. 49-68.

[24] Art. 669 COA.

[25] Art. 291 par. 1 COA.

[26] Art. 291. par. 2-3 COA.

[27] According to the continental legal regimes based on Roman law and the terminology used in them.

[28] According to Slakoper-Gorenc, consensual contract is not to be confused with informal contract, due to different criteria for the classification of legal transactions. Slakoper, Z.- Gorenc, V., op. cit. 18, p. 269.

[29] Art. 294. COA.

[30] Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road (CVR), of 1 March 1973, United Nations, Treaty Series, vol. 1774, p. 109. CVR Convention entered into force on April 12th, 1994, in accordance with article 25 (1), and Croatia is party to it from August 3rd, 1992. See https://www.unece.org/trans/conventn/legalinst_28_OLIRT_CVR.html (9.11.2019.).

[31] Art. 5-6 CVR.

[32] Messent, A.-Glass, D.: "Hill&Messent: CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road", 3rd edition, LLP, 2000., p. 15.

[33] Clarke, M.A.: „International Carriage of Goods by Road: CMR“, Stevens and Sons, London 1982, p. 9.

[34] Thume, K.H. (Ed.): "Kommentar zur CMR", Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1995, p. 183.

[35] Koller, I.: „Transportrecht, Kommentar zu Spedition und Gütertransport“, C.H. Beck Verlag, München 2000, p. 944.

[36] Pesce, A.: „The Contract and Carriage Under the CMR (Arts 1,41)“ in: Theunis, J.: „International Carriage of Goods by Road (CMR)“, LLP, 1987, p.4. See also Koller, *ibid.*, p. 945.

[37] Koller, *ibid.*

[38] Thume, op. cit. 34, p. 178.; Koller, *ibid.* P. 945.; Putzeys, J.: "Le contrat de transport routier des marchandises", Bruxelles, Bruylant, 1981. p. 301.; Djoric, A.: "Le

the contract is to be entered into, but from the wording of Art. 4 par. 2 CMR it can be concluded that the contract of carriage of goods according to the CMR is not a formal (written) contract.^[34] Art. 9 suggests that it is not a real contract either (Ger. *Realvertrag*), since the consignment note is only proof of the making of the contract and of the taking over of the goods, and this wording presupposes that those two moments do not happen at the same time.^[35] According to Pesce, "...taking (...) together the provisions of Articles 4 and 9 of the CMR, the conclusion must accordingly be reached that the consignment note is not the contract (of carriage) but simply evidence of its existence and of its content."^[36] The issuing of the consignment note is therefore not constitutive for the formation of the contract^[37]. The two are clearly separated by the wording of the Convention, and the CMR contract of carriage is clearly a consensual and informal contract.^[38] We can conclude that the CMR has no explicit provisions on the making of a valid contract and its nature, whereas Croatian national law does. However, the traditional uniform interpretation of the CMR takes contract for the international carriage of goods by road to be a consensual and informal (non-written) contract. According to the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaty, "...a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."^[39] International treaties have to be interpreted *per se* in a uniform way across the territory of their application in order to accomplish the primary goal of international unification of laws, and not according to the interpretation of a particular national law of the court seized of the case. We can safely conclude that the uniform interpretation of the CMR provisions on the nature of the contract of international carriage of goods considers such contract to be consensual and informal (non-written). On the

Conclusion

On May 12th, 2018 a new legislative act came into force in Croatia, making the contract of carriage by road a formal (written) contract, where the form became a condition for validity of an otherwise consensual contract. Unlike contracts of carriage in any other mode of transport, the contract of carriage by (probably) the fastest and most flexible mode of transport has – with no explanation whatsoever – become formal and to that respect equal with contracts of, for example, sale of real estate. The problem lies in the fact that procedures of contracting transport services for passengers and freight in road transport have been well established in Croatia for decades, with strong customs within the industry regarding the ways in which parties communicate the terms of the contract. The contract of carriage by road was traditionally an informal (non-written) consensual contract, where only the will of the parties expressed in any way (impliedly by entering the vehicle, sending a loading declaration and accepting it by e-mail, phone etc.) formed a valid contract of carriage.

Contrat de transport international terrestre des marchandises", Beograd 2005, p.23.

[39] Art. 31 par. 1, 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaty, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

[40] Radionov, N.: "New Road Carriers' Liability Regime in Croatia and Lessons from the Old Normative Anomalies for the Neighbouring Countries" in: „Current issues in freight forwarding: law and logistics“, Rhidian, T.; Lamont-Black, Simone (Edt), Oxon: Lawtext Publishing Ltd., 2017, p. 298-319.



A transport document – passenger ticket or consignment note – was only proof of the contract and prima facie evidence of its terms. Now, as the contract of carriage of passengers, luggage and goods has become formal, all those procedures can easily lead to a great number of void contracts due to a lack of a prescribed form of the contract, with highly detrimental consequences for the industry, which is mostly unaware of this small yet essential legal modification. In domestic and international carriage of passengers and luggage, it is questionable whether the ticket, often issued in electronic form, can be considered a valid written contract. First, the electronic form is to be considered equal to a paper document. Second, if the ticket contains all the essential elements of a contract and the identification of the contracting parties, it could be taken as a valid written document, which calls for alterations of the existing platforms, applications or systems of issuing bus tickets in public and free carriage of passengers.

A possible serious problem might be posed by the fact that formal contracts must contain signatures of both parties. In this case, we believe the system of identification of the customer/passenger through on-line application (creation of a personal account, login etc.) suffices for this precondition to be fulfilled, provided that the issued ticket contains the name and other elements of identification of the passenger.

A contract on carriage of goods by road in domestic transport (intra-Croatian transport) is valid only if there is a valid written document containing all the essential elements from Art. 97 par. 4 RTCA 2018. From the analysis of the wording of the COA as the general law applicable in this case, a consignment note can be taken as a written contract of carriage if those essential elements are contained therein, and it is signed and/or stamped by both contracting parties. If there is another underlying written document issued before the consignment note, the latter would only be prima facie evidence of the existence and content of the contract. However, should the consignment note not fulfill the prerequisites for a valid written contract under the present law, the contract would be null and void and the claimant could sue in tort, claiming the full extent of damages sustained, with no institutes of road transport law applicable. This is particularly dangerous with respect to possible damages occurring due to a delay in delivery (loss of profit etc.), not normally recoverable under transport law. The position of the carrier's liability insurer might also drastically change, depending on the wording of the terms and conditions of the contract of liability insurance.

A void contract can only become valid under the COA if both parties have performed the contract in full or in major part, which would never occur if there was loss or damage to cargo and/or if due freight was not paid. This change in the nature of the contract of carriage by road might also easily affect the contracts on international carriage by road to which the CVR and CMR conventions apply. There is no existing case-law in Croatia where the CVR was applied, and the convention is widely unknown to the relevant public. It can be expected that in cases involving international carriage of passengers, the RTCA and the COA would be (erroneously) applied as national law, possibly to be challenged in the second instance with a highly uncertain outcome. With respect to the contract on international carriage of goods by road, the CMR convention has no provisions on the making of a valid contract, so this question has to be resolved within the pertinent national law. However, the common interpretation of the CMR provisions on the nature of the contract in the 60 years of its existence is unison in claiming that the contract is consensual and informal (non-written), with the consignment note being only prima facie proof of the existence and content of the contract.

According to the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties, the provisions of international treaties have to be interpreted per se in a uniform way, in order for the aim of international unification to be achieved, and not through the provisions of national laws. We believe this situation most certainly warrants enforcement of this international rule. Should the Croatian courts, strongly rooted in the (erroneous) practice of applying Croatian law to contracts of international carriage of goods by road decide otherwise, it might potentially be very dangerous for the hauling industry operating in the region. A considerable number of contracts might be found to be null and void with dangerous financial implications for the carriers.

Proclaiming the CMR contracts formal (written) under Croatian law would seriously hinder the achieved high level of unification of law according to the CMR throughout the scope of its application. However, one must bear in mind the presently insufficient understanding of the CMR within the national case-law in Croatia, and the tendency of first instance courts to stick to the (erroneous) application of national transport law, leading to long and costly litigations. We believe that this unfortunate and quite unprecedented move of the Croatian legislator in the road transport sector should not be a signal for the

harmonization of the rules on the nature and form of the contract of transport by road at the EU level in order to remedy such problems at national level within the Member states, but rather a sad chapter in Croatian transport law that will hopefully end as soon as possible. In the meantime, professionals offering transport services in Croatia, as well as their liability insurers, should take this legal situation seriously and take precautions by altering their contracting practices to avoid possible – financially quite painful – consequences.

Blockchain et transport

La technologie blockchain et le commissionnaire de transport

Patrick BARBAN

Professeur Université Le Havre - France

Directeur du Centre de recherche sur les mutations du droit et les mutations sociales (CERMUD)

1. Émergence de la blockchain

La crise financière de 2008 a eu des conséquences importantes en matière de régulation financière. Elle a aussi favorisé l'émergence et le déploiement d'un nouveau type de protocole informatique reposant sur des chaînes de blocs appelées « blockchain »^[1]. La philosophie derrière cette technologie est essentiellement libertarienne et mûrie de notions anarchistes et Cypherpunk telle qu'on la retrouve dans la déclaration d'indépendance du cyber-espace de John Perry Barlow^[2]. En particulier, la finalité du Bitcoin et d'autres blockchains est le remplacement des intermédiaires. Si ce sont essentiellement les intermédiaires bancaires et financiers qui sont visés derrière le discours, il peut être intéressant de transposer cette idée à un autre domaine reposant sur l'intermédiation, à savoir le droit des transports. Parmi les différents intermédiaires du transport, le rôle du commissionnaire doit être analysé puisque c'est ce dernier qui est, bien souvent, central à l'opération de transport et qualifié par certains de « chef d'orchestre »^[3] du transport de marchandises.

2. Concept de blockchain

Avant toute chose, il faut s'intéresser à cet objet d'étude particulier qu'est la blockchain. Une blockchain, encore appelée « Technologie

de registre distribué » ou, en droit français, « Dispositif d'enregistrement électronique partagé »^[4] (ou « DEEP »), est en substance un registre informatique protégé par cryptographie. Ce registre fonctionne grâce à des ordinateurs, appelés « nœuds » qui assurent le partage d'information ainsi que la circulation de jetons, c'est-à-dire d'inscriptions numériques pouvant être rattachés à un utilisateur et représentant diverses valeurs ou droits. L'échange de ces données conduit à une disparition de leur titularité chez le cédant et son transfert au cessionnaire^[5], ce qui permet d'éviter les contestations sur leur « propriété »^[6].

3. Évolution de la blockchain

On constate donc que depuis la création de la blockchain Bitcoin par Satoshi Nakamoto en 2009, la technologie a su évoluer pour permettre désormais des opérations qui vont au-delà du simple échange de valeurs. En particulier, Ethereum permet aujourd'hui non seulement l'échange de jetons, comme le Bitcoin, mais également la mise en place de Smart Contracts ou encore « contrats intelligents ». Ces « contrats » ne sont pas assimilables à la notion juridique de contrat, au sens d'accord de volontés en vue de créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations^[7] et consistent en des programmes

informatiques permettant d'accomplir certaines tâches dès lors que des conditions sont remplies. Les Smart Contracts fonctionnent ainsi sur le fondement « If [that happens], Then [that will happen] »^[8]. Ils permettent ainsi d'automatiser l'exécution de certains contrats en prévoyant par exemple, en cas de contrat de transport de marchandises, le versement du prix du transport dès lors que les marchandises arrivent en lieu et en heure conformément au contrat. Couplés à l'utilisation des jetons, ces Smart Contracts peuvent ainsi être mis en œuvres par le biais de jetons pour permettre la mise en place d'organisations complexes et de votes dématérialisés et décentralisés^[9]. Le potentiel de la technologie est important et a été souligné dans divers rapports récents, dont celui des députés de la Raudière et Mis^[10]. La transposition de la blockchain au droit des transports questionne légitimement^[11].

4. Reconnaissance juridique limitée

Néanmoins, pour le juriste, la blockchain est un concept encore fuyant et un objet d'étude difficile. Si elle permet la facilitation de la conclusion de contrats ou une exécution automatique du contrat rapide et sans recours au juge, il n'en reste pas moins qu'à défaut de reconnaissance juridique, la blockchain reste soumise au droit commun des contrats et des incertitudes demeurent quant aux règles de preuve ou de propriété^[12]. Néanmoins, cette reconnaissance juridique se fait progressivement, la France étant sur ce point en amont du processus d'intégration des blockchains dans un système juridique, essentiellement en matière financière^[13]. Le droit français dispose désormais d'une définition de la blockchain comme DEEP, d'une définition des jetons et de règles de reconnaissance des titres financiers non cotés inscrits sur blockchain^[14]. Néanmoins, en matière de preuve et de signature, la blockchain reste soumise aux règles restrictives de la certification de signatures et à celles de reconnaissance de l'écrit électronique^[15]. En matière commerciale, comme l'activité de transport, la preuve est toutefois libre en droit français^[16]. Une transposition future dans d'autres domaines n'est pas à exclure. En dehors du système juridique français, le commerce international a démontré ses facultés d'adaptation et d'innovation, par la création d'outils pratiques intégrés par la suite au corpus juridique^[17]. Cela signifie donc que la blockchain est d'ores et déjà déployée et utilisée dans divers domaines. Par ailleurs, les systèmes étrangers se saisissent de la question et l'avenir des blockchains paraît, à plusieurs points de vue, s'éclaircir^[18].

5. Fonctions de la blockchain

Disposant donc d'une reconnaissance limitée, la blockchain est un objet d'étude essentiellement prospectif. La technologie remplit en effet trois fonctions^[19]. En premier lieu, la blockchain dispose d'une fonction de registre, qui correspond également sa nature. Dans le modèle Bitcoin ou Ethereum, ce registre est transparent, c'est-à-dire accessible à tous, inaltérable^[20] et tous les enregistrements sont librement consultables. La blockchain sert aussi à l'échange. Cette fonction échange va porter sur des valeurs, correspondant à des transcriptions sur le registre, qui prennent la forme de « jetons » ou de « tokens ». Chaque protocole blockchain dispose ainsi de son propre jeton : Bitcoin, Ether, XRP... Ce jeton est relié à un titulaire, au travers d'un compte d'identification et il permet de représenter diverses valeurs ou prérogatives. On classe ainsi les jetons en trois catégories^[21] : jeton monétaire représentant une valeur, jeton qualifié de titre financier^[22] ou encore jeton d'usage offrant différentes prérogatives à son titulaire^[23]. Cet échange peut être réalisé à l'occasion d'une opération ponctuelle ou bien programmé et raffiné au travers de l'usage des Smart Contracts. Par ailleurs, les blockchains les plus récentes permettent aussi, grâce à ces Smart Contracts, de remplir une fonction d'organisation, entendue comme regroupement d'une communauté humaine fonctionnant sur la base de statuts et d'un processus décisionnel^[24].

6. Modèles de blockchain

Si la technologie repose sur des caractères communs, elle peut adopter des formes diverses qui altèrent fondamentalement ses ambitions et ses caractéristiques. Il existe aujourd'hui, selon le rapport de La Raudière et Mis^[25], quatre modalités de fonctionnement des blockchains. Ces différents modes altèrent fondamentalement la gouvernance. Sans entrer dans les détails^[26], les blockchains fonctionnent soit en un réseau distribué de nœuds ouvert à tous ou au moins accessible à tous (Blockchain publique ou semi-publique), soit en un protocole étroitement gouverné par une personne ou un groupe restreint de personnes (respectivement, blockchain privée ou blockchain de consortium). On le constate, la technologie offre des fonctions diverses selon plusieurs modalités, lesquelles peuvent faciliter un grand nombre d'opérations juridiques dans un nombre important de domaines. C'est en particulier le cas du droit des transports.

de manière générale, sur les interactions entre blockchain et droit des sociétés, v. V. Magnier, P. Barban, Blockchain et droit des sociétés, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2019.

[10] Rapport d'information A.N. n° 1501 (XVe législature) sur les chaînes de blocs (Blockchains), présenté par Mme Laure DE LA RAUDIERE et M. Jean-Michel MIS, décembre 2018.

[11] Rapport préc., p. 58 et s.

[12] Paris Europlace, « Les impacts des réseaux distribués et de la technologie Blockchain dans les activités de marché », Groupe FinTech, Octobre 2017, p. 64 et s. ; Adde. de la Raudière, Mis, Rapp. préc., p. 90 et s. ; adde. Dalloz IP/IT, févr. 2019, p. 73 et s., dossier spécial.

[13] Sur ce point, V. Ord. n° 2016-520 du 28 avr. 2016 relative aux bons de caisse : D. Legeais, RTD Com. 2016.830 ; J.-P. Mattout, A. Prüm, Droit et Patrimoine 2016, n° 261, p. 102 ; A. Reygrobellet, RTDF 2016, n° 3, p. 109 ; E. Rogey, BJB 2016, p. 310 ; Vabres, Dr. sociétés 2016, n° 7, p. 1 ; H. de Vauplane, RTDF 2016, n° 2, p. 64) et Ord. n° 2017-1674 du 8 déc. 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers : H. de Vauplane, RTDF 2017, n° 4, p. 99 ; D. Legeais, JCP E 2018, n° 4, p. 9 ; R. Vabres, Dr. sociétés 2018, n° 1, p. 1 ; Adde. Décr. n° 2018-1226 du 24 déc. 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons : P. Barban, Banque et Droit mars-avr. 2019. Chron. 48 ; R. Vabres, Dr. sociétés 2019, 24 ; H. de Vauplane, RTDF 2018, n° 4, p. 80 ; X. Lavayssière, Lamy Droit des affaires, n° 144, p. 4 ; S. Blemus, C. Puin, RD banc. fin. 2019, n° 1, p. 25 ; Th. Creemers, RD banc. fin. 2019, n° 1, p. 34 ; B. François, Rev. Soc. 2019, n° 2, p. 86. La mise en place d'un dispositif électronique d'enregistrement partagé par décret préfigure toutefois la forme de blockchain favorisée par le droit français, c'est-à-dire une blockchain fermée. Sur la distinction Blockchain ouverte ou fermée, v. P. de Filippi, A. Wright, Blockchain and the Law,

[1] Pour une étude technique du fonctionnement des blockchains : M. Bali, « Les crypto-monnaies, une application des block chain technologies à la monnaie », RD banc. fin. 2016. Étude 8.

[2] J.-P. Barlow, « Declaration of Independence for Cyberspace » (1996), disponible sur <https://www.eff.org/fr/cyberspace-independence>, cité et analysé par P. de Filippi, A. Wright, Blockchain and the Law, Harvard University Press, 2018, p. 7.

[3] Lamy Transport, 2019, n° 1.

[4] C. mon. fin., Art. L. 233-12.

[5] À l'inverse d'un envoi de données classique sur internet qui ne fait que créer une copie des données transférées.

[6] Auquel il faut plutôt attacher le terme de « titularité » puisqu'il paraît difficile, sans recours à la loi, de les qualifier de biens.

[7] Comme nous l'enseignent l'article 1101 du Code civil.

[8] M. Mekki, « Le smart contract, objet du droit », étude en deux parties : Dalloz IP/IT 2018. 409 et Dalloz IP/IT 2019. 27

[9] Sur le vote électronique et,

7. Blockchain et droit des transports

Confronté au monde du transport, le déploiement de cette technologie soulève diverses questions. L'on sait que l'opération de transport, en particulier de transport international, est complexe. Elle suppose en particulier le recours à différents intermédiaires remplissant des fonctions diverses et soumis à des statuts et des droits particuliers. Mettre en place un transport suppose ainsi de connaître ces différents acteurs, de conclure avec eux des contrats, d'en assurer le suivi et d'avoir connaissance du droit de différents pays en matière de transport international. En outre, l'opération engendre un nombre important de données (poids du colis, dates des différentes étapes du transport, documentation douanière ou relative au connaissance, etc.) qui doivent être transmises le long d'une chaîne d'acteurs plus ou moins longue. La tâche est complexe et peu d'expéditeurs disposent de ces connaissances et de cette expérience. Le rôle du commissionnaire apparaît alors central. Pour pallier cette complexité, le commissionnaire va se charger de l'organisation du transport en concluant, en son nom, les différentes conventions nécessaires au transport et aux formalités afférentes. Rémunéré sur la base d'un forfait, le commissionnaire joue un rôle central dans le transport puisqu'il pourvoit à l'établissement du point d'expédition au point de destination. C'est donc sur cet intermédiaire que repose, en général, toute la coordination de l'opération de transport.

8. Postulats

L'étude prospective nécessite de poser quelques prémisses sous forme de postulat. En premier lieu, la technologie étant loin d'être mature, il ne faut pas s'intéresser aux limites actuelles mais envisager une fluidification des rapports sur blockchain. Par ailleurs, le contexte juridique apparaît hautement évolutif. Des questions centrales comme la preuve sur blockchain ou le consentement sur blockchain ne sont pas encore, à ce stade, entièrement résolues. Nous faisons le pari qu'elles le seront dans un futur proche. Le lecteur l'aura compris : l'analyse se fera essentiellement en confrontant les fonctions de la blockchain avec le contrat de commission de transport.

9. Problématique et méthode

Audacieuse, la question est la suivante. Est-il envisageable, eu égard aux fonctions de la blockchain, de permettre une centralisation des contrats sur blockchain et donc de faciliter le travail du commissionnaire ? La question a de quoi décontenancer, tant l'on sait l'importance de ces acteurs. Disons-le d'emblée, il ne saurait

être question d'un remplacement en raison de l'impossibilité pour les processus informatique de remplacer l'expérience et les connaissances de ces acteurs^[27]. Il s'agit ici d'étudier le potentiel des blockchains à optimiser la fonction de commissionnaire en étudiant, au regard du contrat de commission, les apports et limites de la technologie. L'analyse du contrat de commission et celle du rôle du commissionnaire, d'un point de vue juridique, permettront de recenser les devoirs et prérogatives de ce dernier. Il s'agira alors de les confronter aux fonctions des blockchains énumérées.

10. Plan

Dans un premier temps, il s'agira de voir si l'exécution du contrat de commission peut être transcrite et exécutée sur blockchain. C'est poser la question de la faisabilité (I). Une fois celle-ci démontrée, il conviendra de voir si l'opération est rentable, c'est-à-dire efficiente (II).

1 LA FAISABILITÉ

11. Annonce de plan

Le commissionnaire de transport peut voir ses tâches facilitées par la mise en place d'une application blockchain parce qu'il est, à la fois, le centralisateur des contrats nécessaires au transport (A) et le répartiteur des paiements qui en découlent (B).

■ A – Centralisateur de contrats

12. Définition du commissionnaire

La définition même du contrat de commission donne un rôle central au commissionnaire. Le contrat de commission est défini au travers de différentes normes. Le Code de commerce précise ainsi que le commissionnaire est « celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant »^[28]. Cela signifie donc que ce commissionnaire va être l'interlocuteur des différents acteurs requis pour réaliser l'opération voulue par le commettant, lequel s'efface derrière le commissionnaire. Plus précis, le code des transports spécifie que les commissionnaires de transport sont « les personnes qui organisent et font exécuter, sous leur responsabilité et en leur propre nom, un transport de marchandises selon les modes de leur choix pour le compte d'un commettant »^[29] tandis que le contrat-type de commission de transport^[30] indique, en son article 2.2, que « [p] ar commissionnaire de transport, on entend tout prestataire de services qui organise librement et fait exécuter, sous sa responsabilité et en son nom propre, le déplacement des marchandises d'un

Harvard University Press, 2018, p. 13 et s.

[14] Pour une étude détaillée en droit des sociétés : V. Magnier, P. Barban (dir.), *Blockchain et droit des sociétés*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2019.

[15] De la Raudière, Mis, rapp. préc., p. 91.

[16] C. com., art. L. 110-3.

[17] A titre d'exemple, il est possible de citer la mise en place du crédit documentaire ou encore la bien connue garantie autonome qui figure aujourd'hui à l'article 2321 du Code civil.

[18] Pour des évolutions récentes, citons : 1) le rapport UK Jurisdiction Taskforce, Lawtech Delivery Panel, « Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts, November 2019, a indiqué que tant la reconnaissance d'un droit de propriété sur les actifs numériques que l'exécution forcée de Smart Contracts est possible selon le droit des contrats britannique ; 2) L'Allemagne a adopté une stratégie favorable au développement des blockchains : Bundesministerium für Wirtschaft und Energie u. Bundesministerium der Finanzen, « Blockchain-Strategie der Bundesregierung », Septembre 2019 ; 3) Le Gouverneur de la Banque de France a annoncé le lancement d'expérimentations et d'un appel à projets concernant la création d'une monnaie digitale de banque centrale au premier trimestre 2020 : « Face à Libra, la Banque de France va tester une monnaie digitale de banque centrale », La Tribune, 05/12/2019.

[19] Pour une analyse détaillée de ces fonctions, v. V. Magnier, P. Barban, « The Potential Impact of Blockchains on Corporate Governance: A Survey on Shareholders' Rights in the Digital Era » (December 28, 2018), disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3307521> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3307521> ; fihal-02474214f

[20] Sur les différents modèles de blockchain, v. infra n°6.

[21] De la Raudière, Mis, Rapp. préc., p. 28 et s.

[22] La qualification de titre financier est indépendante du support mais entraîne, pour l'émetteur, des conséquences

lieu à un autre selon les modes et les moyens de son choix pour le compte d'un donneur d'ordre. » La jurisprudence, quant à elle, précise que le commissionnaire de transport s'engage, en cette qualité, à accomplir, pour le compte de son commettant, les actes juridiques nécessaires au déplacement d'une marchandise et reçoit toute latitude pour organiser librement le transport par les voies et les moyens de son choix^[31].

13. Critères du contrat de commission

Il découle de ces définitions que le contrat de commission de transport se caractérise par la liberté d'organisation, même si la loi et la jurisprudence diffèrent quant à la latitude laissée au commissionnaire. Simple question de degrés, ces deux définitions s'accordent sur le fait que le commissionnaire est un intermédiaire qui organise le transport de marchandises en son nom, pour le compte d'un commettant, en disposant d'une grande marge de liberté^[32]. Il en résulte donc deux critères. Le premier est la liberté d'organisation entendue comme la liberté de choisir l'organisation du transport et donc les acteurs avec lesquels contracter. Le second est la qualité du commissionnaire qui va contracter en son nom propre, mais pour le compte du commettant, sans fournir cette information ni cette identité à ses cocontractants. En somme, le commissionnaire va jouer le rôle d'un centralisateur de tous les contrats, ou tout du moins de la très grande majorité des contrats nécessaires au transport de marchandises.

14. Adéquation de ces critères à la blockchain

Dès lors, ce rôle apparaît parfaitement transposable informatiquement sur blockchain. En premier lieu, il choisira ses cocontractants et pourra intégrer ces informations directement sur le protocole, en unifiant les codes utilisés et le format des profils d'identification des cocontractants. Cela lui permettra par ailleurs de gérer les différents contrats indépendamment sans avoir à obtenir l'accord du commettant. En particulier, le recours à la lettre de voiture électronique (ou e-CMR) facilite par sa reconnaissance la conclusion rapide et dématérialisée de contrats de transport^[33]. Si le commettant dispose de la faculté d'imposer au commissionnaire certaines contraintes, c'est là une prérogative dangereuse car la jurisprudence n'hésite pas à requalifier un contrat de commission de transport en contrat de transitaire dès lors que le détail de l'expédition, du trajet, des horaires ou des modalités du transport sont imposés^[34]. Le régime juridique du mandat s'applique alors.

En second lieu, le caractère particulier du contrat de commission le distingue d'un mandat, contrat spécial régi par les articles 1984 et suivants du Code civil et consistant à représenter le mandataire et à agir en son nom et pour son compte. Ce contrat se révèle plus protecteur pour le représenté en ce qu'il limite les pouvoirs du représentant et impose aux cocontractants d'en vérifier l'étendue. À l'inverse, le commissionnaire agit en son nom propre. L'exigence de vérification des pouvoirs ne s'applique donc plus, ce qui fluidifie les rapports contractuels et facilite leur centralisation.

Le rôle de centralisateur de contrats permet au commissionnaire d'intégrer les relations contractuelles nécessaires à la même opération de transport sur blockchain. Les données propres à chaque contrat et celles de chaque cocontractant pourront ainsi être regroupées sur le registre et interagir entre elles. Ceci permettra non seulement de mettre en place des mécanismes contractuels automatiques, mais aussi de tenter de s'abstraire du juge pour faciliter l'exécution des conventions via blockchain. Enfin, les paiements pourront être facilités puisque tous les mouvements de valeurs issus des relations contractuelles seront gérés par le commissionnaire, conformément au régime de ce contrat.

■ B – Répartiteur des paiements

15. Centralisateur des flux monétaires

Le commissionnaire est également au centre des paiements. Ces paiements s'entendent non seulement de l'exécution volontaire et conforme des obligations monétaires résultant des conventions conclues, mais aussi des dommages-intérêts éventuellement versés dans le cadre du transport en raison de l'engagement de la responsabilité contractuelle d'un des maillons de la chaîne.

16. Centralisateur des paiements de sommes d'argent

En premier lieu, le commissionnaire est chargé de répartir les paiements au long de la chaîne. Par principe, le paiement du commissionnaire par le commettant est au forfait^[35]. La jurisprudence considère même qu'il s'agit d'un critère, subsidiaire, de qualification du contrat de commission qui caractérise le fait que le commissionnaire n'a pas à rendre compte^[36]. Dès lors, il reçoit une somme globale de la part du commettant qu'il peut utiliser pour organiser le transport, conservant le surplus pour lui-même^[37].

importantes en matière d'offre au public de titres financiers. Sur ces questions, V. V. Magnier, P. Barban (dir.), op. cit.

[23] Ce dernier est aujourd'hui reconnu en France : C. mon. fin., art. L. 552-2 : « Au sens du présent chapitre, constitue un jeton tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien ».

[24] E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, no 30-31, 1995, p. 381

[25] Rapp. préc.

[26] Pour plus de détails, v. V. Magnier, P. Barban (dir.), op. cit., introduction, n°7, p. 11.

[27] Pour une tribune critique sur le terme « intelligence artificielle », v. R. Bentz, « L'intelligence artificielle est bien aujourd'hui une escroquerie ! », *Le Monde*, 24/11/2019.

[28] C. com., art. L. 132-1.

[29] C. trans., art. L. 1411-1.

[30] Décret n° 2013-293 du 5 avril 2013 portant approbation du contrat type de commission de transport, JORF 7 avril 2013 p. 5793, texte n° 20.

[31] Cass. Com. 11 déc. 2007, no 06-18192 : D. 2008. AJ 82, obs. X. Delpech ; D. 2008. Pan. 1240, obs. H. Kenfack ; RTD com. 2008. 454, obs. Delebecque ; RTD com. 2008. Obs. Bouloc ; RJDA 2008, no 520 ; RD transp. 2008, no 55, obs. Bon-Garcin.

[32] Dalloz, Rép. Com., Commissionnaire de transport, par F. LETACQ et G. BONJOUR, octobre 2018 (actualisation : Juillet 2019), no 34.

[33] La lettre de voiture électronique est admise à titre probatoire par le protocole e-CMR, pour le transport par route, entré en vigueur le 5 juin 2011. La France a adhéré par décret du 3 janvier 2017 à ce protocole. Le support électronique est considéré comme équivalent au support papier, sous réserve de l'authentification par signature électronique certifiée des parties. Par ailleurs, au titre du protocole, le support doit

Or, comme cela a été précisé, le commissionnaire est le cocontractant de tous les intervenants au transport de marchandises. Il est donc le créancier de tous ces acteurs, s'agissant des services qu'ils rendent, mais aussi leur débiteur, concernant le paiement des sommes qui leur sont dues. Tout comme il organise le réseau contractuel autour de lui, il est chargé de payer directement ses créanciers. Il est donc parfaitement possible d'organiser, par voie de blockchain le paiement de ces derniers.

17. Nœud central d'un réseau de responsabilité

En second lieu, le commissionnaire de transport est au centre d'un système de responsabilité en raison des devoirs qui pèsent sur lui. La loi considère en effet que dans sa relation avec le commettant, le commissionnaire est responsable de l'ensemble des dommages survenus pendant le transport, à l'inverse d'un mandataire tenu d'une simple obligation de moyens. Cette responsabilité découle des articles L. 132-4 et L. 132-5 du code de commerce et a été régulièrement rappelée par la jurisprudence.

La nature précise de cette responsabilité a, on le sait, été discutée en doctrine^[38]. Néanmoins, la jurisprudence tend à reconnaître, a minima, une obligation de résultat atténuée, permettant au commissionnaire d'être déchargé par la preuve de l'absence de faute, en plus des autres hypothèses exonératoires^[39]. Dès lors que l'engagement de responsabilité est facilité, éventuellement complété par un mécanisme de clauses pénales, il devient possible de faire du commissionnaire la seule personne, à l'égard du commettant, supportant les risques de l'opération.

Ce rôle central est par ailleurs renforcé par l'obligation faite au commissionnaire de garantir les cocontractants auxquels il recourt pour le transport. Cette obligation découle de l'article L. 132-6 du code de commerce précisant qu'« il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises. » Malgré les termes retenus par la loi, la jurisprudence étend cette garantie à l'ensemble des acteurs du transport^[40], ce qui est logique puisque le commettant recherche justement la simplicité dans le recours à un commissionnaire de transport et, donc, un seul interlocuteur. En outre, cette responsabilité s'étend aussi aux cocontractants choisis par ses substitués directs^[41]. Le commissionnaire dont la responsabilité a été engagée du fait de ses substitués disposera bien entendu d'un recours contre ces derniers^[42].

18. Application à la blockchain

Le caractère central du commissionnaire justifie qu'il puisse conclure des conventions sur blockchain et y inscrire des stipulations particulières. Il en est de même en matière de paiements puisqu'il est tenu à la fois de rémunérer ses substitués et ses cocontractants et de répondre de leurs manquements. Il est donc l'unique interlocuteur de l'ensemble des acteurs de la chaîne logistique de transport, qu'il s'agisse de conclure avec eux des contrats, de les exécuter ou de répondre d'une inexécution mettant en péril le transport. Son rôle central postule donc qu'il est possible de faire du commissionnaire le nœud central d'un réseau contractuel inscrit sur blockchain et donc de dématérialiser en totalité l'opération de transport sous son égide. Il est donc faisable de recourir à la blockchain, sous les limites susmentionnées. Néanmoins, l'opération présente-t-elle pour autant un intérêt ? C'est la question de l'efficacité du recours à la blockchain au regard des obligations qui naissent de l'opération de transport dans son ensemble.

2 L'EFFICIENCE

19. Annonce de plan

Si le rôle du commissionnaire le place naturellement au cœur d'une opération juridique de transport dématérialisée sur blockchain, la question de l'efficacité de cette transposition doit être posée. Dit autrement, le recours à la blockchain peut-il permettre de simplifier l'exécution par le commissionnaire de sa mission ? C'est à travers des fonctions de la blockchain et par l'étude des obligations du commissionnaire que la réponse peut être trouvée. D'une part, il apparaît évident que la fonction de registre des blockchains permet de renforcer le transfert d'information d'un bout à l'autre de la chaîne. Mais, d'autre part, il convient d'être plus mesuré sur la transposition de la totalité des obligations du commissionnaire sur blockchain. Il existe donc une efficacité informationnelle certaine par le recours à la blockchain (A), tandis que l'efficacité opérationnelle n'est que relative (B).

■ A – Une efficacité informationnelle certaine

20. Rôle de registre central de la blockchain

La Blockchain est essentiellement un registre, ce qui signifie qu'elle sert à enregistrer et partager des informations, soit de manière absolument

« garantir l'intégrité des indications qu'elle contient à compter du moment où elle a été établie pour la première fois sous sa forme définitive. Il y a intégrité des indications lorsque celles-ci sont restées complètes et n'ont pas été altérées, exception faite de tout ajout et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition. », v. AJ Contrats 2017, p. 54, note X. D.

[34] I. Bon-Garcin, M. Bernabet, Ph. Delebecque, *Droit des transports*, Dalloz, 2e éd., 2018, no 726, précisant que la jurisprudence tolère que le commettant impose le mode de transport, dès lors que les modalités de ce transport et les cocontractants sont librement choisis.

[35] I. Bon-Garcin, M. Bernabet, Ph. Delebecque, *op. cit.*, no 731.

[36] Cass. Com. 6 mai 1997 : RJDA 1997, n° 1045 ; adde Lamy Transport, 2019, no 27 ; v. pour une requalification en l'absence de forfait : Cass. Com. 10 mai 2000, pourvoi no 97-22543.

[37] Il est tout à fait possible bien sûr que le paiement soit réalisé après services rendus,

[38] Pour une responsabilité reposant sur la violation d'une obligation de moyens : V. R. Rodière, « Études sur la commission de transport », RTD com. 1957. 1 ; Pour une responsabilité reposant sur une obligation de résultat : P.-Y. Nicolas, « L'obligation de résultat du commissionnaire de transport », Scapel, 1994, p. 33 ; pour une position médiane : Ph. Delebecque, « La responsabilité personnelle du commissionnaire de transport », RJDA 3/1996, p. 220, cités par I. Bon-Garcin, M. Bernabet, Ph. Delebecque, *op. cit.*, no 735. V. de même art. 5, contrat-type de transport et art. 13 du même contrat-type pour deux solutions contradictoires.

[39] Contra : CA Bordeaux, 14 juin 2017.

[40] Transporteurs : Com. 12 févr. 1991, no 89-16822 ; manutentionnaires : Paris, 22 nov. 1984, BTL 1985. 169 ; transitaires : Paris, 15 déc. 1986 : BTL 1987. 171.

[41] Cass. Com. 3 déc. 2003, no 02-10413.

transparente (blockchain ouverte), soit de manière plus limitée au travers d'autorisations d'accès (blockchain fermée)^[43]. Dans tous les cas, des informations simples à complexes peuvent être facilement stockées sur blockchain et rendues accessibles^[44]. L'architecture de la blockchain permet de rendre le registre inaltérable et donc de créer un rapport de confiance entre les intervenants dans la chaîne de transport. Ainsi, au travers d'une lettre de voiture dématérialisée^[45] ou de l'inscription d'un connaissance sur blockchain, la relation contractuelle entre les parties peut être inscrite sur le registre distribué. Il est donc simple d'inscrire les informations relatives à l'expéditeur, au destinataire, au commissionnaire et à chaque intervenant en les liant à des profils officiels permettant de les identifier rapidement et de manière sécurisée.

21. Mise à jour automatique des informations

Mais l'information n'est pas seulement requise à titre probatoire. Elle est rendue nécessaire pendant toute la durée des opérations de transport. En effet, le registre peut permettre d'enregistrer avec précision les étapes du transport et les éventuels incidents et retards subis. Par l'adjonction au registre de puces RFID permettant de marquer les marchandises et de capteurs localisés, il est envisageable de dater avec précision et sans risque de fraude le passage des marchandises. Les éléments relatifs aux dommages éventuellement subis feront toutefois l'objet d'une inscription ad hoc par les transporteurs eux-mêmes. C'est donc toute la chaîne logistique qui peut être tracée et datée avec précision avec un recours minime à l'intervention humaine et donc une diminution des risques de fraude ou d'erreur.

22. Automatisation des obligations d'information

Par ailleurs, l'information n'est pas seulement stockée mais transmise du commettant à ses cocontractants et remontée de manière automatique. Elle est centralisée sur le registre et disponible pour l'ensemble des intervenants. Les nombreux documents requis et informations nécessaires peuvent alors être dématérialisés et inscrits sur blockchain. Cela permet ainsi de faciliter les différentes démarches administratives, en particulier douanières, dans un domaine où l'Union européenne imposera, d'ici peu, le recours à une procédure entièrement dématérialisée^[46]. Les applications sont innombrables car au-delà du simple transfert d'informations, l'analyse de ces informations et données peut faciliter divers devoirs légaux dont la diversité ne cesse de s'étendre^[47].

23. Facilitation des obligations d'information du commissionnaire

Cette centralisation de l'information couplée à une mise à jour automatique permet au commissionnaire de s'acquitter de ses obligations d'information sans effort. La jurisprudence impose en effet à ce dernier de répercuter sans délai l'information à ses substitués^[48], tout comme les articles 5.2.3 et 5.2.4 du contrat-type. La centralisation de l'information permettra alors au commissionnaire de s'assurer du respect de cette obligation sans autre démarche. De même, son obligation de rendre-compte pourra être facilitée puisque chaque incident sera mentionné sur la blockchain et l'accès du commettant à ces informations permettra une exécution quasi automatique de cette obligation d'information^[49]. La blockchain permet donc de fluidifier le transfert d'informations à l'ensemble des participants au transport et de simplifier les obligations informationnelles diverses qui pèsent sur le concessionnaire, dès lors toutefois que c'est l'information brute qui doit être transmise. La fonction registre de la blockchain est la plus avancée et la plus efficace. La transcription d'obligations contractuelles portant sur un autre objet que l'information s'avère plus délicate.

■ B – Une efficacité opérationnelle relative

24. Automatisation des clauses simples

L'automatisation d'exécutions contractuelles sur blockchain n'est pas aussi aisée que l'inscription d'informations. Le recours aux Smart Contracts autorise cependant la transcription d'un nombre important de clauses simples mais essentielles au transport. Il en est ainsi des clauses relatives aux intérêts moratoires en cas de retard ou encore celles relatives à une clause pénale. En effet, en liant une marchandise à une puce RFID, cette dernière peut activer différentes bornes relatives aux étapes du transport telles qu'elles ont été imposées par le commissionnaire. Il en résulte un horodatage précis. En cas de retard à la livraison, le système calculera les intérêts moratoires dus et mettra en œuvre éventuellement une clause pénale. Par des liens avec les comptes espèces – voire le recours à des cryptomonnaies^[50] – des intervenants, le transfert monétaire pourra être immédiatement enclenché. La mise en place d'assurances peut également être facilitée par ce biais avec le recours à des oracles^[51].

[42] Sur les limites de ces actions récursoires en fonction du mode de transport, v. I. Bon-Garcin, M. Bernabet, Ph. Delebecque, *op. cit.*, no 748.

[43] Pour les modalités de fonctionnement de la blockchain, v. supra no 6

[44] P. de Filippi, A. Wright, *op. cit.*, p. 119.

[45] V. supra, no 14.

[46] Règlement n° 952/2013 du Parlement européen et du conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union, art. 6. La date d'entrée en vigueur du dispositif est prévue pour le 31 décembre 2020 (art. 278).

[47] Par exemple l'obligation de mentionner dans le transport le dioxyde de carbone émis : C. trans. Art. L. L. 1431-3.

[48] Cass. com., 30 mars 2010, no 09-11.916, BTL 2010, p. 224 ; l'information doit être précise en ce qui concerne les marchandises transportées : Cass. com., 22 févr. 1994, no 92-13.138, Bull. civ. IV, no 80, p. 61, BTL 1994, p. 234 ; Cass. com., 13 juill. 2010, no 09-15.472, Bull. civ. IV, no 130, BTL 2010, p. 480 ; et les particularités liées au transport et au stockage doivent être mentionnées.

[49] Sur l'obligation de rendre compte : Cass. Com., 23 nov. 2004, no 03-16.446 ; adde. Lamy Transport 2019, n° 113.

[50] Le recours à un compte-fiat impose de créer un lien entre compte espèce et blockchain, là où le recours à la cryptomonnaie de la blockchain sur laquelle repose l'application permet un transfert de propriété automatique.

[51] Un oracle est un programme tiers ou un humain entrant des informations dans la blockchain, notamment pour attester qu'une condition non déterminable par la blockchain est bien remplie. V. P. de Filippi, A. Wright, *op. cit.*, p. 75.

[52] C. civ. art. 1223.

[53] C. civ., art. 1231-5.

[54] C. civ., art. 1343-5.

[55] V. supra n°6.

[56] P. De Filippi, A. Wright, *op. cit.*, p. 84 : « Because of their reliance on formal programming languages, smart contracts

25. Limites quant aux clauses simples

Néanmoins, ces clauses, pour simples qu'elles soient, peuvent parfois être difficilement exécutées sur blockchain. Tel est le cas toutes les fois où un pouvoir est reconnu par la loi à une partie ou à un tiers pour modifier le contenu d'une obligation. Il en est ainsi de la révision du prix en cas d'inexécution contractuelle du débiteur^[52] ou encore du pouvoir de modération de la clause pénale reconnu au juge^[53], ainsi que de la faculté pour le juge d'octroyer des délais de grâce et d'ordonner un échelonnement des paiements^[54]. Dès lors, des interventions sur blockchain sont nécessaires pour prendre en compte une modification du contrat, ce qui peut s'avérer plus ou moins simple en fonction de l'architecture de la blockchain^[55].

26. Impossible transcription des clauses reposant sur un standard juridique

En outre, certaines clauses contractuelles sont rétives à une transposition des blockchains. Il en est ainsi de tous les standards juridiques. En effet, la blockchain a nécessairement besoin de formaliser les obligations juridiques^[56] et ne peut le faire qu'en s'appuyant sur des données objectives. Il est impossible pour le programme d'apprécier, seul, l'exécution ou la défaillance d'un devoir comme celui de conseil ou d'exécution de bonne foi. Or, le contrat de commission prévoit de nombreux devoirs dont les contours sont nécessairement flous et sont appréciés si besoin souverainement par

le juge. On peut citer ainsi le devoir de conseil du commissionnaire^[57] aux contours incertains puisqu'il varie en fonction du caractère plus ou moins expérimenté de ses clients : faible à l'égard d'un professionnel aguerri^[58], ce devoir est apprécié rigoureusement quand le client est inexpérimenté^[59]. L'appréciation de ce devoir se fait ex post, par le juge, et il apparaît simplement impossible de le formaliser sur blockchain.

27. Difficultés liées à l'appréciation in concreto

De même, certains événements peuvent affecter le transport mais ne sont pas réductibles à des données objectives. Il en est ainsi particulièrement de la force majeure. En effet, la force majeure doit être appréciée en fonction de deux critères que sont l'imprévisibilité et l'irrésistibilité^[60]. Or ces critères sont en principe appréciés par le juge ou un tiers. La prise en compte pourra éventuellement se faire par le recours à un oracle^[61] permettant de reconnaître l'existence ou non d'un cas de force majeure et donc soit de suspendre l'exécution des obligations, soit d'en délier les parties. De manière générale, seul un oracle pourra permettre, en l'état actuel, le fonctionnement de ces clauses reposant sur un standard juridique. La situation, on le voit, n'est pas optimale. Le bricolage s'adapte mal à un système qui se veut parfaitement automatique et l'évolution technique ne permettra sans doute pas de résoudre ces limites. Quant à une réforme du droit des contrats pour les blockchains, elle n'est pas souhaitable.

also will not likely be useful for arrangements with vague or open-ended provisions » ; Adde M. Mekki, « Le smart contract, objet du droit », étude en deux parties : Dalloz IP/IT 2018. 409 et Dalloz IP/IT 2019. 27.

[57] Cass. com., 18 juin 1980, no 77-13.613 : BT 1980, p. 552 ; Cass. com., 5 févr. 1985, no 83-13.118, BT 1985, p. 258.

[58] Cass. com., 16 oct. 2012, no 11-21.968, BTL 2012, p. 633

[59] V. par ex. CA Aix-en-Provence, 21 janv. 1999, no 95/02425, Stedim c/ FMI.

[60] C. civ., art. 1218.

[61] V. supra n°24.

L'apport de la blockchain dans la sécurisation de la chaîne logistique postale et ses défis réglementaires¹

Blandine EGGRIKX^[2]

Marine LEFORT^[3]

Christophe PEREIRA^[4]
Groupe La Poste - France

Introduction

La révolution technologique que le monde connaît depuis plus de 30 ans a permis d'intensifier de manière exponentielle le commerce international. Une des facettes de ce développement passe par la pluralité et la diversité des offres commerciales en ligne qui contribuent à l'essor du commerce en ligne transfrontalier.

Les sites marchands en ligne peuvent proposer des offres commerciales soit via leur propre portail, soit via des places de marché qui servent d'intermédiaires. Ce phénomène certes contribue au développement du commerce international mais est également une source de complexification dans l'identification des responsabilités des acteurs de la chaîne commerciale et logistique. Se pose également la problématique de la sécurité de la chaîne logistique dans un contexte de lutte contre les trafics illicites qui se sont développés en parallèle du e-commerce. De nombreuses initiatives ont été et continuent à être mises en œuvre par la communauté postale pour renforcer l'efficacité, la traçabilité et la sécurité de cette chaîne logistique. L'un des prochains grands défis est la généralisation des modèles de préalerte

douanière consistant, à des fins sécuritaires, à envoyer les informations douanières relatives à des marchandises en amont de leurs envois.

Aujourd'hui, ces modèles doivent être améliorés pour assurer une transmission fluide des informations entre les parties prenantes et de limiter le risque d'introduction de marchandises illicites. Afin de remédier à ces défis, la technologie blockchain, de par ses caractéristiques novatrices (automatisation, désintermédiation, immutabilité, traçabilité), pourrait être un outil puissant pour rendre les formalités douanières plus sûres et plus efficaces.

Par ailleurs, le choix d'une telle technologie suppose de tenir compte des défis réglementaires et légaux qu'il implique. Ces défis concernent les

principes de gouvernance et la répartition des rôles et des responsabilités entre les différents acteurs impliqués dans le processus de préalerte ; la protection des données à caractère personnel ; et les enjeux spécifiques liés aux smart contracts et à leur reconnaissance légale.

Dans une première partie, nous discuterons de la manière dont la blockchain pourrait être utilisée pour faciliter et fluidifier le processus douanier dans la chaîne logistique postale et notamment pour améliorer les dispositifs de préalerte.

Dans une deuxième partie, nous énoncerons les défis réglementaires et légaux à relever pour pouvoir mettre en œuvre la technologie blockchain de manière efficace.

Conclusion

Le contrat de commission et la chaîne contractuelle qui résulte de l'activité du commissionnaire peuvent être transcrits à moyen terme sur blockchain en raison de la place centrale du commissionnaire. C'est l'information qui profitera au mieux d'une telle transposition, mais une automatisation totale du processus contractuel sur blockchain se heurte à des limites juridiques importantes. La blockchain ne sera donc sans doute pas la technologie qui remplacera le commissionnaire, hypothèse qu'on ne peut d'ailleurs qualifier d'utopique. Elle peut néanmoins servir d'outil efficace offert au commissionnaire pour fluidifier l'information entre acteurs du transport et faciliter l'accomplissement des formalités liées au déplacement des marchandises.

1 PROPOSITION D'UNE BLOCKCHAIN DOUANIÈRE

■ La chaîne logistique postale

Les règles de fonctionnement des postes sont codifiées^[5] dans la convention postale universelle. Elle définit précisément leur rôle dans le domaine douanier mais aussi les limites de leur responsabilité. Dans ce cadre, il convient de revenir sur deux spécificités de cette chaîne logistique postale. D'une part, un opérateur postal ne peut pas refuser la remise d'un objet dans son réseau, que celui-ci soit déposé dans un bureau de poste ou qu'il soit arrivé par un processus d'importation par voie aérienne, routière ou maritime. D'autre part, en cas de doutes sur l'intégrité de l'objet qui lui est remis, l'opérateur postal peut légitimement questionner l'expéditeur afin de recueillir un maximum d'informations concernant la nature de la marchandise. Néanmoins, il ne peut remettre en question les informations fournies par l'expéditeur qui reste responsable de la bonne déclaration des données douanières à transmettre.

■ Un écosystème d'acteurs de la chaîne logistique...

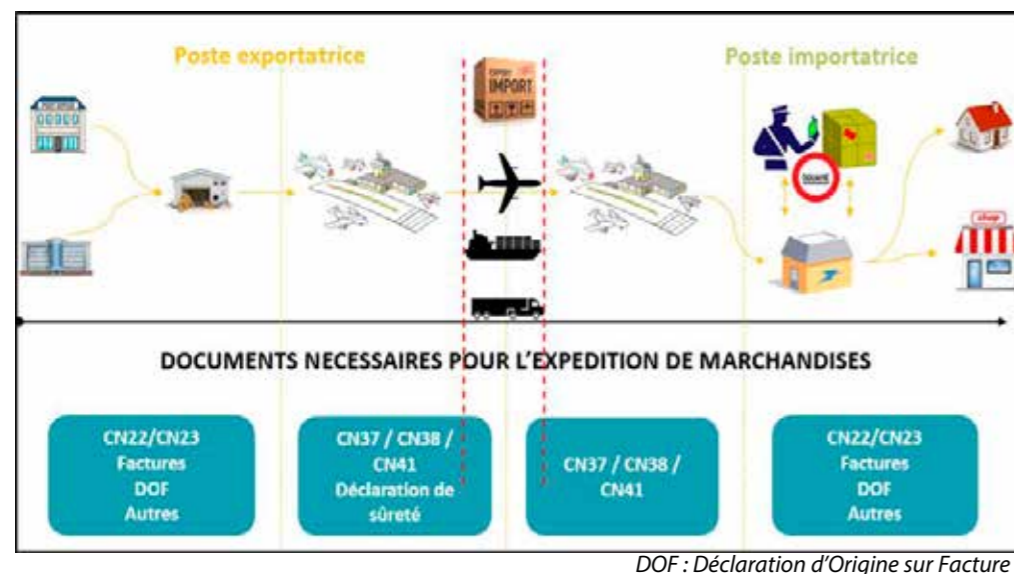
Dans le cadre du transport postal d'une marchandise d'un pays A (pays émetteur) vers un pays B (pays destinataire) (i.e. via la chaîne logistique postale), les responsabilités liées à cette marchandise sont segmentées. Dans un premier temps, le vendeur confie la marchandise

à un logisticien qui la remet à l'opérateur postal du pays émetteur. Le nombre d'acteurs entre le vendeur et l'opérateur postal peut être plus élevé selon le choix de logistique effectué par le vendeur.

Une fois que l'opérateur postal a pris en charge la marchandise, celle-ci est acheminée jusqu'à un bureau d'échange, en règle générale situé dans une zone aéroportuaire. Le bureau d'échange, géré par l'opérateur, est le point de sortie du territoire et une fois cette étape franchie, cela marque la fin de sa responsabilité. Par ailleurs, le bureau d'échange constitue le dernier « lieu postal » dans lequel peut s'effectuer l'envoi du message électronique ITMATT correspondant à la déclaration en douane CN23 et où la marchandise est préparée pour l'expédition. Ensuite, la marchandise est remise à un ou plusieurs transporteurs qui assurent le transport international d'un aéroport à un autre aéroport. Dans le pays de destination, la marchandise est remise par le transporteur à l'opérateur postal du pays de destination qui procède aux opérations de dédouanement de la marchandise puis la remet au destinataire final ou à d'autres transporteurs nationaux qui la livreront eux-mêmes au destinataire final^[6].

Chacune de ces étapes donne lieu à une responsabilité spécifique de chacun des acteurs concernés. Cette segmentation des responsabilités, définies dans les articles 22 et 23 de la convention UPU (Union Postale Universelle), est une caractéristique propre de la chaîne logistique postale : chaque partie a la responsabilité de la marchandise sur la partie du processus qu'elle assure.

Schéma 1 : Le processus logistique et douanier dans le cas d'un flux postal



[1] Cet article reflète les opinions des auteurs et ne représente pas la position du Groupe La Poste.

[2] En charge des affaires européennes, Direction des relations européennes et internationales – Groupe La Poste

[3] Economiste au sein du Département "Doctrine et Modélisation", Direction des relations institutionnelles et de la régulation – Groupe La Poste

[4] En charge des affaires douanières, Direction des relations européennes et internationales – Groupe La Poste

[5] Article 20 de la convention postale universelle sur les contrôles douaniers.

[6] Comme lors de l'échange de la marchandise entre le vendeur et l'opérateur postal du pays émetteur, il peut exister plusieurs acteurs intermédiaires entre l'opérateur postal du pays destinataire et le client final.

[7] Cela est imposé seulement aux marchandises transitant via le canal postal car dans le flux postal, il n'y a pas actuellement d'obligation de déclaration électronique contrairement aux autres régimes de transport.

[8] Les flux transfrontaliers ne comprennent pas les flux intra-UE.

[9] A ce stade de la connaissance de la technologie blockchain, une structure publique postale ne serait pas concevable car elle supposerait une concertation des 192 Etats membres de l'UPU.

[10] Les smart contracts ou contrats intelligents sont des outils qui permettent d'exécuter automatiquement des actions selon des conditions qui ont été prédéfinies par les parties prenantes.

[11] Les deux processus de transfert d'information et de certification pourraient se faire dans deux blockchains différentes. Si la certification était opérée dans une blockchain séparée, la blockchain qui centralise les informations pourrait, elle, contenir la preuve d'existence de ces documents.

[12] « Responsable du traitement », la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou

■ ... Associé à un ensemble de documentations spécifiques

La chaîne logistique postale est composée d'un ensemble de microprocessus déclenchés par certains acteurs et validés par d'autres, permettant ainsi à la marchandise de circuler selon un séquençement bien ordonné.

A ces microprocessus sont associés un ensemble de documents réglementaires nécessaires aux formalités logistiques (formalités sécuritaires, douanières et de transport). Ces formalités répondent aussi bien aux besoins de contrôle interne qu'au respect des réglementations en vigueur (cf. schéma 1).

>>> voir Schéma 1 : Le processus logistique et douanier dans le cas d'un flux postal

Les documents associés à la chaîne logistique postale, établis par l'UPU, sont les suivants :

- document douanier CN22 ou CN23 dont les éléments sont déclarés sous la responsabilité seule et exclusive de l'expéditeur. Conformément à l'article 20 de la convention UPU, cette règle implique de facto que les postes d'origine et de destination ne peuvent être tenues pour responsables en cas de découverte par les douanes d'une déclaration frauduleuse ;
- documents de dépêches dans lesquelles sont contenus les objets. A des fins de simplification, ces dépêches peuvent être schématisées par des contenants (sacs, caissettes, objets à nu) ;
- documents de transport international (CN37, CN38 et CN41) émis la poste d'origine et remis à la poste de destination ;
- selon le cas, documents de sûreté aérienne émis par la poste d'origine et remis à la compagnie aérienne ou à son représentant aéroportuaire. Dans ce cas précis, la poste d'origine dispose d'un statut d'agent habilité et assume la responsabilité de sécuriser les flux selon des critères qui respectent les normes internationales de sécurité et de sûreté aériennes. A l'issue du processus de sécurisation, un certificat de sûreté indiquant qu'aucun engin explosif n'est transporté, est remis aux compagnies aériennes.

En parallèle d'un mode de transmission en version papier, les opérateurs postaux, et donc seulement une partie de la chaîne logistique, s'échangent des messages électroniques leur permettant d'être alertés quasiment en temps réel des objets, dépêches et expéditions qui sont échangés.

Le flux logistique associe donc flux physique de la marchandise et flux d'informations (électronique et papier) douanières et de sûreté. Lorsqu'une marchandise est autorisée à traverser une frontière, elle doit disposer d'un statut douanier

lors de son arrivée dans le pays importateur. Ces différents statuts permettent d'indiquer que la marchandise a été contrôlée à des fins sécuritaires mais qu'elle fait également l'objet d'un paiement des droits et taxes dont le destinataire devra s'acquitter pour l'obtenir.

■ Les enjeux de la préalerte douanière dans le flux postal

Afin d'améliorer le processus douanier et de faciliter la détection de trafics illicites, plusieurs pays ont récemment adopté des législations exigeant que tout flux de marchandise pénétrant sur leur territoire via le canal postal^[7] ait fait l'objet d'une demande préalable d'autorisation d'entrée (procédure de préalerte).

A titre d'exemple, le Congrès des États-Unis a adopté en 2018 une loi imposant à USPS de réclamer auprès de tous les opérateurs postaux de préalerter toute marchandise devant être livrée dans le territoire américain. Cette loi a pour objectif de repérer très précisément les réseaux de distribution internationaux de médicaments de type opioïdes. D'autres pays comme le Brésil, la Chine, la Russie exigent aussi que les marchandises importées via le canal postal fassent l'objet d'un dispositif de préalerte, dans le but cette fois d'améliorer les mécanismes de collecte des droits et taxes à l'importation.

Au sein de l'Union européenne, le Code des Douanes de l'Union prévoit qu'à partir de 2021, les opérateurs logistiques (y compris postaux) européens soient contraints de déclarer chaque marchandise importée sur le territoire européen de manière individuelle en amont de son chargement dans le pays d'origine.

Ce modèle de préalerte douanière qui est le signe d'un réel engagement des autorités douanières pour lutter contre toute forme de trafic illicite, présente un niveau de segmentation important avec une pluralité d'acteurs qui interviennent pour prendre en charge la marchandise et qui se transmettent les informations. On notera toutefois l'absence dans cette chaîne, des deux principaux acteurs que sont le vendeur et l'acheteur. Dans ce contexte, l'utilisation de la blockchain pourrait contribuer à la fluidité de la chaîne logistique postale et à la préalerte.

conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre (article 4 paragraphe 7 du RGPD).

[13] Voir article 26 du RGPD

[14] « Sous-traitant », la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement ; (article 4 paragraphe 8 du RGPD).

[15] Règlement 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

[16] Les mineurs sont des utilisateurs de la blockchain dont le rôle est de valider les transactions qui sont réalisées via la blockchain. Le minage est une opération technique qui consiste à valider le bloc qui sera ajouté aux autres blocs de la blockchain.

[17] Dans son rapport « Premiers éléments d'analyses de la CNIL – Blockchain », la CNIL précise : « Consciente de certaines difficultés pratiques que peut engendrer la qualification de mineurs en tant que sous-traitant dans la Blockchain publique (notamment en ce qui concerne l'obligation de contractualiser les relations avec le responsable de traitement), la CNIL mène actuellement une réflexion approfondie sur cette question. »

[18] Dans une étude rédigée par la Docteure Michèle Finck pour le Think Tank du Parlement européen, dans l'exemple d'une blockchain de consortium établie entre acteurs d'une chaîne logistique, l'auteur conclut que toutes les entreprises individuelles pourraient être considérées comme des responsables conjoints du traitement. La jurisprudence

■ Réorganisation de la chaîne logistique et du processus douanier grâce à la blockchain

Le processus logistique et douanier du transport de marchandises transitant via des opérateurs postaux est un processus unique en particulier parce que les exigences réglementaires pour les flux postaux transfrontaliers^[8] sont importantes. Notre proposition vise à simplifier le processus douanier d'un flux postal en utilisant la blockchain et plus particulièrement une blockchain privée^[9] qui réunirait l'ensemble des parties prenantes au flux logistique. Il s'agit d'améliorer, avec cette nouvelle technologie, la traçabilité des flux d'information (douanier comme de sûreté) et des flux physiques mais aussi d'éventuellement certifier via la blockchain les documents échangés entre les acteurs de la chaîne logistique postale (cf. supra).

La technologie blockchain (qui fait partie de la catégorie des technologies des registres distribués) possède en effet un certain nombre de propriétés intéressantes pour améliorer le processus douanier à chaque étape de la chaîne logistique (collecte, transport, livraison) quel que soit le canal par lequel transite la marchandise (postal ou non).

Tout d'abord, la blockchain permet d'enregistrer de nombreuses informations détenues par les différentes parties prenantes participant à l'échange et de les partager plus facilement sans que les acteurs de la chaîne logistique aient besoin de s'envoyer ces documents entre eux comme

c'est le cas aujourd'hui. La blockchain douanière permettrait d'enregistrer (i) la documentation douanière remplie par les acteurs concernés pour la partager avec les autres acteurs de la chaîne et permettre à la marchandise d'avancer; (ii) la preuve d'événements concernant cette marchandise : où en est-elle de son processus logistique ? qui est en train de la transporter ? sur quel territoire est-elle ? etc. Il conviendra toutefois de veiller à ce que seules les informations ne relevant pas du secret des affaires soient partagées entre les acteurs habilités et que les données personnelles soient correctement protégées.

Ensuite, la technologie blockchain garantit la sécurité des informations inscrites dans le registre (impossibilité de les modifier).

De plus, certaines prestations pourraient être automatisées via des smart contracts : par exemple, une fois que la marchandise a fait l'objet d'une préalerte et que la douane du pays de destination a terminé ses analyses de risques à des fins sécuritaires et douanières, un smart contract pourrait automatiser l'envoi de l'autorisation de l'introduction physique de la marchandise sur son territoire. La blockchain permettrait également de remplacer l'ensemble des justificatifs de livraison édités sous format papier par des preuves blockchain. Ce sont donc les caractéristiques propres à la blockchain, de traçabilité, de certification, de décentralisation, de sécurité et de confidentialité qui sont utilisées pour une fluidification du passage douanier et un meilleur suivi des colis transfrontières.

En résumé, la blockchain du processus douanier serait basée sur un ensemble de blocs contenant

actuelle rend également difficile l'identification des responsables du traitement et des sous-traitants. Par exemple, dans l'affaire Fashion ID (affaire C 40/17), la Cour de Justice de l'Union européenne conclut que le site web Fashion ID détermine conjointement avec Facebook Ireland le traitement des données personnelles.

[19] Article 3 du RGPD sur le champ d'application territorial

[20] Groupe de travail de l'Article 29, Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation, avril 2014. Le groupe de l'Article 29 regroupe les autorités de protection des données européennes.

[21] Finck Michèle à la demande l'European Parliamentary Research Service, Scientific Foresight Unit, "Blockchain and General Data Protection Regulation", juillet 2019

[22] Ibid page 32 "Depending on the specific blockchain use case, it may not be necessary to store all transactional data on the blockchain itself. Rather, such data could be stored in another, off-chain database and merely linked to the distributed ledger through a hash".

[23] Article 5 du RGPD

[24] Finck Michèle à la demande l'European Parliamentary Research Service, Scientific Foresight Unit, "Blockchain and General Data Protection Regulation", juillet 2019 page 65

[25] Article 6, paragraphe 1 c) du RGPD

[26] Article 15 du RGPD

[27] Article 16 du RGPD

[28] Article 17 du RGPD

[29] Article 18 du RGPD

[30] Article 19 du RGPD

[31] Article 20 du RGPD

[32] Article 22 du RGPD

[33] CNIL, « premiers éléments d'analyses de la CNIL – Blockchain », septembre 2018

[34] CJUE, Case C-131/12 Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González

[35] D'après la note n°4 « Comprendre les blockchains (chaînes de blocs) » d'avril 2018, l'Office parlementaire

des informations sur la marchandise voyage (cf. Schéma 2). Cette blockchain permettrait à l'ensemble des acteurs de suivre la marchandise, de voir les informations la concernant et les éventuels points de blocage. L'ensemble des documents douaniers exigibles (cf. supra) seraient enregistrés dans la blockchain, partagés plus facilement entre les acteurs de la chaîne logistique mais aussi certifiés, ce qui leur conférerait un caractère immuable^[11]. L'objectif de l'instauration d'une blockchain douanière est donc de faire transiter les différentes informations afférentes à la marchandise en parallèle du flux physique.

>>> voir Schéma 2 : Blockchain douanière d'un flux postal

2 LES DÉFIS RÉGLEMENTAIRES ASSOCIÉS À CETTE BLOCKCHAIN DOUANIÈRE

Dans le cas de l'utilisation de la technologie blockchain pour simplifier les processus douaniers, certaines problématiques réglementaires et de gouvernance se posent en amont de la mise en place d'un tel projet. Ces enjeux juridiques sont très nombreux. Dans cet article, nous nous concentrerons sur les problématiques liées à la protection des données à caractère personnel, la définition d'une gouvernance et les problématiques spécifiques à l'utilisation des smart contracts.

■ La gouvernance, un enjeu essentiel pour le fonctionnement de la blockchain

Le fonctionnement de la blockchain nécessite de s'interroger sur sa gouvernance quel que soit son domaine d'application. Pour être pleinement efficace, toute activité utilisant cette technologie doit se poser la question d'un cadre légal, organisé et sécurisé dans un contexte de management décentralisé propre à la blockchain. La mise en place d'une gouvernance précise permet, en amont du projet, de définir les droits et obligations de chaque partie prenante (Eggrickx et al., 2019).

Or, la mise en œuvre d'une blockchain douanière pose un certain nombre de défis de gouvernance. Tout d'abord, il peut exister un problème d'acceptabilité et d'adhésion à la blockchain. Certains acteurs peuvent être réticents à être associés à un tel projet vu comme trop

complexe, par méconnaissance de la technologie blockchain. Or l'intérêt de ce projet repose sur son adoption par le plus grand nombre. Pour que les acteurs y adhèrent, il faut instaurer un climat de confiance et de collaboration entre les parties, car la blockchain remplace une organisation centralisée par une organisation décentralisée où chacun a un rôle précis à jouer. Notre projet repose sur une blockchain privée qui lie différents acteurs de la chaîne logistique.

De plus, des problématiques spécifiques relatives aux rôles et responsabilités des acteurs de la blockchain en matière de protection des données à caractère personnel se posent. En effet, les règles relatives à la protection des données imposent une répartition des rôles et des responsabilités. Le « responsable du traitement^[12] » ou les « responsables conjoints du traitement^[13] » et les « sous-traitants^[14] » éventuels doivent être identifiés à l'avance. Même dans un environnement décentralisé comme la blockchain, où différents acteurs remplacent un acteur unique, ces rôles doivent être définis, notamment pour faire respecter les droits des personnes concernées. Le(s) responsable(s) du traitement est (sont) notamment responsable(s) de la conformité avec le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD^[15], cf. infra).

Pour la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL (2018), les participants à une blockchain sont des responsables du traitement car ils déterminent les finalités (les objectifs poursuivis par le traitement) et les moyens mis en œuvre (format des données, utilisation de la technologie blockchain, etc.). Cette qualification s'applique lorsque le traitement de données à caractère personnel est lié à une activité professionnelle ou à une personne morale qui enregistre des données à caractère personnel dans la blockchain. En ce qui concerne les « mineurs » qui interviennent dans la formation de la blockchain^[16], la CNIL reconnaît qu'il est également possible, dans certains cas, de considérer les mineurs comme des sous-traitants au sens du RGPD. En effet, ils exécutent les instructions du responsable du traitement lorsqu'ils vérifient que les opérations sont conformes à des critères techniques^[17].

Ces questions du rôle et des responsabilités des acteurs de la blockchain sont d'autant plus complexes dans le cas de la blockchain douanière que nous proposons, toutes les parties pourraient être qualifiées de responsables conjoints^[18] et devraient s'assurer qu'elles sont responsables des obligations du RGPD qu'elles peuvent réellement respecter.

d'évaluation des choix scientifiques et technologiques précise : « Chaque bloc, outre les transactions et l'horodatage, possède un identifiant [...], qui prend la forme d'un «hash» permettant de relier les blocs les uns aux autres. En informatique, le «hachage» permet de convertir n'importe quel ensemble de données numériques en un hash, c'est-à-dire en une courte suite binaire qui lui est propre. L'algorithme de chiffrement utilisé à cet effet est appelé «fonction de hachage cryptographique».

[36] Article 22 paragraphe 1

[37] Article 22 paragraphe 2 b) du RGPD

[38] Groupe de travail «article 29» sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, février 2018

[39] Voir chapitre V du RGPD

[40] La décision d'adéquation est un outil juridique d'encadrement du transfert des données hors de l'Union européenne (article 45 du RGPD). « Cette décision est prise sur la base d'un examen global de la législation en vigueur dans un Etat, sur un territoire ou applicable à un ou plusieurs secteurs déterminés au sein de cet Etat » (source : CNIL).

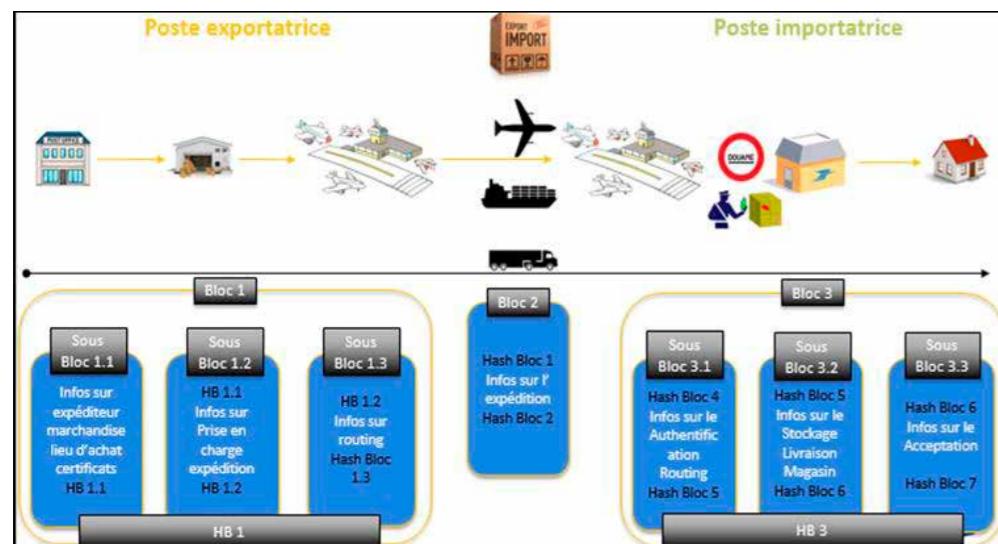
[41] Article 49 du RGPD

[42] Article 40 du RGPD

[43] Article 46 pour la liste complète et davantage de détails sur les garanties appropriées.

[44] Article 49 du RGPD

Schéma 2 : Blockchain douanière d'un flux postal



■ La blockchain douanière et les réglementations en matière de protection des données à caractère personnel

Pour effectuer leur analyse de risque, les autorités douanières exigent au moins huit données : nom de l'expéditeur, adresse postale de l'expéditeur, nom du destinataire, numéro de l'objet, nombre d'articles, description de ces articles et poids de ces articles. Dans certains cas, les douanes peuvent avoir besoin de plus d'informations pour effectuer leur analyse des risques. La plupart de ces données sont considérées comme des données à caractère personnel au sens du RGPD. Même si une blockchain douanière implique la participation de parties prenantes et des transferts de données en dehors de l'Union européenne, le RGPD s'applique^[19], que le traitement ait lieu dans l'Union ou non. A cet égard, la première question à se poser est de savoir si oui ou non la blockchain contiendra effectivement des données à caractère personnel.

■ La présence de données à caractère personnel

Notre cas d'utilisation de la blockchain permettrait surtout aux autorités douanières de suivre l'arrivée des marchandises, parce que la blockchain stockerait, voire certifierait, tous les documents pertinents publiés par les autres acteurs de la chaîne logistique. Or, ces documents contiennent de nombreuses données sur les personnes. Dans le même temps, le Groupe de travail de l'Article 29^[20] a mis en avant les difficultés à anonymiser efficacement les données. Il est donc pertinent de s'interroger à l'avance sur les données qui seront effectivement stockées dans la blockchain et d'essayer de trouver une solution appropriée pour garantir leur anonymisation. Michèle Finck dans son étude pour le Think Tank du Parlement européen^[21] propose de nombreuses solutions pour anonymiser les données, comme par exemple les stocker dans une base de données hors chaîne reliée à la blockchain par un hash^[22]. Il est à noter que les préoccupations liées à la protection de la vie privée et à l'anonymat peuvent aller à l'encontre d'autres exigences réglementaires comme les lois antiterroristes ou de lutte contre le blanchiment d'argent qui exigent que les données soient transparentes.

■ Les principes liés au traitement des données

Le RGPD énonce un certain nombre de principes que le traitement des données doit respecter^[23] : les principes de licéité, de loyauté, de transparence, de finalité et de limitation de la finalité, de proportionnalité et de pertinence,

de minimisation des données, d'exactitude, de limitation des durées de conservation des données, d'intégrité et de confidentialité. La nature même de la blockchain peut rendre difficile le respect de ces principes.

En effet, la blockchain s'enrichit sans cesse de nouveaux blocs à chaque fois qu'une opération est effectuée. Le traitement des données est donc effectué « ultérieurement » nuisant ainsi au principe de finalité. De plus, la blockchain est inviolable, ce qui signifie que les données incorrectes ne peuvent être corrigées et le stockage est illimité dans le temps sauf dans certains cas d'usage définis. Des lignes directrices sont donc nécessaires pour résoudre ces questions sensibles, comme l'a souligné Michèle Finck, et déterminer « si le traitement ultérieur des données ajoutées aux blocs après l'exécution de la transaction pour laquelle elles ont été initialement ajoutées au registre peut être considéré comme compatible avec le principe de la limitation des finalités »^[24]. Ces principes étant étroitement liés entre eux, il est essentiel de disposer d'orientations formelles publiées par le Comité européen de protection des données pour développer les cas d'usage fondés sur la blockchain.

Concernant le principe de licéité, dans notre cas d'espèce, le traitement des données de notre blockchain pourrait être considéré comme « nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis^[25] », puisque les autorités douanières sont parties prenantes de cette blockchain et en seraient l'un des responsables de traitement. Les autorités douanières faisant elles-mêmes partie de cette chaîne de blocs, le traitement pourrait donc reposer sur la base juridique « nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ».

■ Les droits des personnes

Les droits des personnes concernent : l'accès^[26], la rectification^[27], l'effacement^[28], la limitation du traitement^[29], la communication^[30], la portabilité^[31] et le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée uniquement sur un traitement automatisé^[32], notamment le profilage. Une fois de plus, en raison de certaines des caractéristiques spécifiques de la blockchain, il s'avère compliqué pour les responsables du traitement de se conformer à ces obligations.

Par exemple, le droit de rectification semble difficile à mettre en œuvre dans le cas d'une technologie inviolable. Néanmoins, le RGPD prévoit que pour rectifier les données, les responsables peuvent « fournir une déclaration supplémentaire ». Par conséquent, pour la CNIL^[33], le responsable du traitement doit saisir

les données mises à jour dans un nouveau bloc. En effet, une opération peut toujours modifier l'opération précédente, même si cette dernière apparaîtra toujours dans la chaîne.

De même, le droit à l'oubli peut représenter un défi de taille compte tenu des caractéristiques de la technologie blockchain. Toutefois, selon la jurisprudence récente « Google Spain »^[34], le retrait d'informations de la liste des résultats de recherche peut être considéré comme un effacement, ce qui signifie que « effacement » n'implique pas destruction totale des données. Par ailleurs, pour la CNIL, lorsque les données saisies dans la blockchain sont une simple empreinte provenant d'une fonction de hachage de clé^[35] par exemple, le responsable du traitement peut alors rendre les données presque inaccessibles ; elles seraient donc considérées comme hors de portée et donc « effacées ».

Enfin, dans le cas des douanes, des décisions peuvent être fondées sur un traitement automatisé, notamment si un algorithme automatisé d'une autorité douanière conclut à une menace pour la sécurité sur la base des informations transmises via la blockchain. Dans ce cas, le résultat de cette évaluation de sécurité produirait « un effet juridique » ou affecterait de manière « significative^[36] » l'expéditeur ou le destinataire. Ce cas d'utilisation spécifique pourrait très bien faire appel à des smart contracts, qui, selon Michèle Finck, pourraient être considérés comme une décision. Dans ce cas, et parce qu'il s'agit d'une question de sécurité, il est nécessaire de voir dans quelle mesure cette décision devrait être autorisée par le droit de l'Union ou celui des États membres^[37]. Dans ses lignes directrices, le Groupe de travail de l'Article 29 a en outre rappelé que lorsque le traitement automatisé comporte un risque élevé, une analyse de l'impact relatif à la protection des données (« AIPD ») peut être nécessaire^[38].

Dans tous les cas, des orientations réglementaires sont encore nécessaires pour bien comprendre comment respecter les droits des personnes concernées, et des règles de gouvernance solides sont essentielles pour s'assurer que les parties prenantes sont en mesure de satisfaire à ces exigences.

■ La problématique du transfert de données à l'international

Dans le cas des données douanières, il sera inévitable et nécessaire de transférer des données vers des pays tiers. Le RGPD comporte des règles précises concernant le transfert international de données^[39]. En effet, les données ne peuvent être transférées vers des pays tiers que si ceux-ci (i) bénéficient de décisions d'adéquation^[40], (ii) bénéficient de garanties appropriées ou (iii) font

l'objet d'une dérogation^[41].

Les garanties appropriées peuvent être i) des clauses contractuelles types relatives à la protection des données, ii) des codes de conduite^[42] rédigés par des acteurs économiques précisant l'application du règlement dans le cadre de leurs activités ou de leur secteur et définissant des engagements contraignants et iii) des mécanismes de certification approuvés ainsi que des engagements contraignants du responsable du traitement ou du sous-traitant dans le pays tiers pour appliquer ces garanties^[43]. Il existe également des dérogations^[44] lorsque l'adoption de garanties appropriées est impossible. Le considérant 111 du RGPD précise toutefois que, pour être applicable, le transfert fondé sur l'une des dérogations doit être « occasionnel et nécessaire dans le cadre d'un contrat ou d'une action en justice ». Dans le cas présenté dans cet article, est-il possible d'utiliser ces dérogations pour des transferts de données dans le cadre d'activités postales internationales qui seraient loin d'être occasionnelles ? On peut avancer que chaque envoi donne lieu à un ensemble spécifique de traitements. C'est donc « à l'occasion » de chaque service individuel, et uniquement aux fins de son exécution, que le transfert a lieu.

■ Enjeux de l'utilisation des smart contracts

Notre proposition de blockchain douanière pourrait intégrer des smart contracts afin d'automatiser certains processus et d'accélérer le traitement des flux de la chaîne logistique. Un smart contract n'est pas un contrat (Barbry, 2017) à proprement parler mais un moyen d'automatiser l'exécution d'un contrat réduisant le risque d'erreur et les coûts de transaction associés au contrôle et à l'application du contrat en question.

Cependant, l'utilisation de smart contracts soulève des questions de responsabilités. Par exemple, si un contrat doit être annulé, modifié, ou s'il présente des dysfonctionnements, il est important de savoir qui en est responsable ou vers qui se tourner pour trouver des solutions. Or, par définition, l'exécution d'un smart contract est faite de manière décentralisée ; il n'y a donc pas d'acteur central qui peut être considéré comme responsable de son exécution. De plus, le programme à l'origine du smart contract n'est pas modifiable une fois déployé sur la blockchain. Cette immutabilité est donc susceptible de créer des situations difficiles à résoudre juridiquement et questionne sa prise en compte par un juge (modification de l'accord, annulation de

l'accord original, mauvais fonctionnement du programme...). Pour de Filipi et Jean (2016), c'est donc la notion de smart contract qui est difficile à préciser : « Où se situe exactement le contrat ? Dans les relations juridiques traditionnelles sous-jacentes ou dans les lignes de code ? Les smart contracts sont-ils des contrats auto-exécutant ou simplement des voies d'exécution d'un contrat qu'il faudrait chercher ailleurs ? ».

La blockchain douanière peut mettre en relation des acteurs internationaux. Se pose alors la question de la valeur légale du smart contract dans les différents pays dans lesquels opèrent les acteurs de la chaîne logistique. En cas de difficultés, vers quelle législation se tourner ? Chang et al. (2019) mettent en évidence le fait que chaque nœud de la blockchain correspondant à un acteur du processus est potentiellement localisé dans des endroits différents du monde et

chaque transaction sur la blockchain n'a pas de localisation précise. Se pose donc la question de la juridiction et du cadre juridique qui s'applique aux différentes transactions réalisées via la blockchain en cas de difficultés et conflits. Le cadre légal devrait être adaptable pour prendre en compte les évolutions technologiques et la base légale de la reconnaissance des contrats devrait elle aussi évoluer pour intégrer les smart contracts. Barbry (2017) imagine que le législateur pourrait prendre en compte cette nouvelle technologie et modifier les dispositions du code civil relatives aux contrats comme il l'a fait en 2000 pour reconnaître comme écrit les documents sous format électronique et en 2004 pour créer une nouvelle forme de contrat, le « contrat sous forme électronique ».

Conclusion

Notre proposition de blockchain douanière vise à améliorer et fluidifier la chaîne logistique postale qui rassemble un nombre important d'acteurs. Cependant, pour que cette blockchain soit totalement efficace, elle doit prendre en compte un certain nombre d'exigences réglementaires qui ont trait à la protection des données personnelles, à la gouvernance de la blockchain mais aussi à la reconnaissance légale des smart contracts. Dans le cas d'une blockchain douanière, les intervenants devraient respecter des normes élevées de sécurité et de conformité réglementaire. De nombreuses problématiques doivent donc être préalablement traitées pour pouvoir élaborer des solutions solides. En outre, de nombreuses orientations réglementaires pour les applications fondées sur la blockchain sont encore attendues et pourraient apporter des réponses aux problématiques réglementaires posées dans cet article.

Bibliographie

Barbry, E., (2017), « Smart contracts... and the law! », In J.P. Dardayrol, eds, Blockchains and smart contracts: The technology of trust?, Annales des Mines.

Chang, Y., Eleftherios I., et W. Shi, (2019), « Blockchain in global supply chains and cross border trade: a critical synthesis of the state-of-the-art, challenges and opportunities », International Journal of Production Research.

De Filipi, J. et B. Jean, (2016), « Les smart contracts, les nouveaux contrats augmentés », La Revue de l'ACE, n°137.

Eggrickx, B., Lefort, M. et A. Roset, (2019), « Blockchain and postal digital services: opportunities and drawbacks », In The Changing Postal

Environment: Market and Policy Innovation, Springer Nature Switzerland, forthcoming.

CNIL, (2018), « Premiers éléments d'analyses de la CNIL – Blockchain », septembre 2018.

European Parliamentary Research Service, (2019), « Blockchain and General Data Protection Regulation », Juillet.



> RETROUVEZ L'ALLOCATION DE BARTHÉLEMY MERCADAL

prononcée au Musée des Beaux-Arts de Rouen le 10 octobre 2019 à la faveur de la célébration des 50 ans de l'IDIT.

Moment précieux où sont relatées la création et les grandes étapes de la vie de l'Institut du Droit International des Transports.

<https://www.youtube.com/watch?v=P78XG9tIK64>



IDIT - Institut du Droit International des Transports et de la Logistique

110/112, avenue du Mont Riboudet - F. 76000 - ROUEN

Tél : +33 (0)2.35.71.33.50 - contact@idit.asso.fr

www.idit.fr