



Journal des tribunaux

31 janvier 2004
123^e année - N° 6125

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

5 ISSN 0021-812X

Extrait du *Journal des tribunaux* n° 6125 du 31 janvier 2004 et reproduit avec l'aimable autorisation des Editions Larcier

LA LOI DU 11 MARS 2003 SUR LES SERVICES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

La loi du 11 mars 2003 transpose en droit interne la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000. Elle met en place un cadre juridique pour les services en ligne et le commerce électronique sur l'internet. Cet article propose un commentaire des règles ainsi adoptées en ce qui concerne l'établissement du prestataire et la libre circulation des services en ligne, la promotion des activités (via la publicité sur le web ou par courrier électronique), la conclusion de contrats par voie électronique, la responsabilité des prestataires intermédiaires, ainsi que les mesures de contrôle et les sanctions prévues par le nouveau dispositif.

INTRODUCTION

On désigne volontiers la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information comme la « loi sur le commerce électronique », à l'instar de la directive du 8 juin 2000 qu'elle transpose (1).

(1) Directive 2000/31/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juill. 2000, p. 1. Pour un commentaire complet de la directive, voy. E. Montero (sous la dir. de -), « Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, 439 p.; A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique - Un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, n° 6000, pp. 133-145.

Cette présentation est commode, mais équivoque; en tout cas, elle ne devrait pas faire oublier que cette loi dépasse largement les frontières du commerce électronique pour s'appliquer à tous les services de la société de l'information. Précisons d'emblée que la directive a été transposée en droit belge par deux lois distinctes (2) : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (ci-après, la « loi " article 77 " ») (3), et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, « la loi ») (4).

En réalité, comme le suggère son intitulé, seuls *certaines aspects juridiques* des services en ligne ont été réglés par la nouvelle loi (5). Celle-ci couvre les étapes essentielles de la chaîne économique (6) : un prestataire va d'abord s'établir [1], ensuite se faire connaître, notamment via la publicité [2], contracter avec un destinataire [3] et, le cas échéant, faire face à des différends. En ce qui concerne ce dernier aspect, la loi fixe certaines règles afférentes à la responsabilité des prestataires intermédiaires [4], institue une action en cessation spécifique et prévoit des mesures de contrôle ainsi que diverses sanctions [5].

(2) Le projet de loi initial ayant été scindé en commission de la Chambre. Voy. le rapport fait au nom de la commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture par A. Van Aperen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/3, p. 8 (ci-après, « rapport de la Commission »).

(3) *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960.

(4) *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963.

(5) Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, les mesures prévues par la directive se limitent strictement à « certaines questions spécifiques qui soulèvent des problèmes pour le marché intérieur » (cf. art. 1^{er}, 2, de la directive et les considérants n^{os} 6 et 10) et, ajoutera-t-on, à propos desquelles un compromis apparaissait possible.

(6) Voy. à cet égard, E. Crabit, « La directive sur le commerce électronique - Le projet " Méditerranée " », *Rev. dr. U.E.*, 4/2000, p. 769.

S O M M A I R E

- La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information, par E. Montero, M. Demoulin et Chr. Lazaro 81

2004

81

PRESTATION DE SERVICE ET ÉTABLISSEMENT SUR LES RÉSEAUX

Trois notions clés délimitent le champ d'application de la loi : le « service de la société de l'information » (ci-après, S.S.I.), le « prestataire » et le « destinataire du service ». Ainsi, tout prestataire d'un service de la société de l'information est soumis au dispositif de la loi et bénéficie de ses deux principes fondamentaux : la liberté d'établissement et la libre prestation de services.

A. — Les services de la société de l'information et les acteurs concernés

Notion pivot de la loi, le service de la société de l'information est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service » (7). Chacun des critères de cette définition mériterait un commentaire circonstancié. Dans le cadre de la présente étude, on se contente de formuler quelques observations (8).

La notion de S.S.I. couvre tous les services fournis « par voie électronique », c'est-à-dire envoyés à l'origine et reçus à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (9) et de stockage de données, et qui sont entièrement retransmis, acheminés et reçus par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques (10). De prime abord, la loi semble ne concerner que les services fournis entièrement en ligne, à l'exclusion des services impliquant la livraison d'un bien matériel. En réalité, les services hybrides, fournis pour partie en ligne, pour partie hors ligne (envoi à domicile de billets d'avion réservés en ligne ou d'un produit commandé en ligne), sont bel et bien soumis aux dispositions de la nouvelle loi pour la partie fournie en ligne. En fin de compte, seuls sont exclus les services totalement fournis

hors ligne, et ce, même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques (11).

L'expression « normalement contre rémunération » ne suppose pas de rémunération effective de la part du destinataire du service. En réalité, les modalités concrètes de financement importent peu : il suffit que l'activité présente un caractère économique ou bénéficie d'une contrepartie économique (12). Sont ainsi visés aussi bien les services de vente en ligne que les services « gratuits », dont le financement est le plus souvent assuré par la publicité (sites parrainés, journaux accessibles gratuitement en ligne et financés par des bannières publicitaires...). Par contre, ne sont pas visées les activités que l'Etat accomplit dans le cadre de sa mission, notamment dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire (la délivrance en ligne de documents administratifs, les informations culturelles ou touristiques fournies en ligne par une commune, etc.) (13).

Par les termes « à distance », il est en outre exigé que le service soit fourni sans que les parties soient simultanément présentes (14). Partant, sont écartés les services qui, tout en s'appuyant apparemment sur une prestation à distance, s'effectuent en présence physique des parties. On mentionne, entre autres exemples, la consultation d'un catalogue électronique dans un magasin en présence du client, la réservation d'un billet d'avion via un réseau d'ordinateurs dans une agence de voyage en présence physique du client (15).

Enfin, on se borne à relever que l'expression « à la demande individuelle d'un destinataire du service » tend à englober tous les services transmis « de point à point », telle la vidéo à la demande, et à exclure, au contraire, les services transmis « de point à multipoint », telles la télévision, la radiodiffusion ou encore la quasi-vidéo à la demande (16).

De manière générale, la notion de S.S.I. vise pêle-mêle un grand nombre d'activités en ligne, non seulement les sites de commerce électronique *stricto sensu* (vente de produits et prestation de services en ligne), mais égale-

ment les services gratuits (journaux en ligne, forums, *chat*...), les divertissements en ligne (vidéo à la demande, jeux en ligne, visites virtuelles de musées...), les services d'intermédiaires techniques (fourniture d'accès à un réseau, hébergement de sites, fourniture de messagerie), les services de certification (archivage, recommandé, horodatage et signature électroniques...), les annuaires et moteurs de recherche, etc. Cela étant, en pratique, la mise en œuvre des critères sommairement analysés n'est pas toujours aisée. Des hésitations sont permises et des discussions ne manqueront pas de s'élever à propos de tel ou tel service.

Autour de la notion de S.S.I., s'articulent deux notions nouvelles en droit belge : le « prestataire » et le « destinataire du service ».

Le prestataire est défini à l'article 2, 3^o, de la loi comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information ». La loi ne vise pas uniquement le « vendeur » de produits ou de services en ligne mais concerne, plus largement, toute personne exerçant une activité économique en ligne, à titre principal ou accessoire, qu'elle soit commerçant, titulaire de profession libérale (17), hébergeur de site, fournisseur d'accès, prestataire de services de certification, etc.

La notion de « destinataire du service » vise indifféremment le professionnel et le consommateur, puisqu'elle couvre « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible » (art. 2, 5^o). La notion de « consommateur » s'entend, elle, de « toute personne physique qui acquiert ou utilise des biens ou des services à des fins excluant tout caractère professionnel » (art. 2, 6^o) (18). Cette notion revêt une importance particulière, notamment pour l'application des articles 5 et 7 à 12 de la loi.

B. — Le domaine d'application de la loi

Cette brève analyse des définitions essentielles de la loi illustre l'ampleur du champ d'application de celle-ci, même si elle ne porte que sur *certaines aspects juridiques* des S.S.I. Ainsi, son domaine *ratione personae* est plus vaste que celui de la loi sur les pratiques du commerce (L.P.C.C.) puisqu'à la différence de cette dernière, la nouvelle loi vise tant le commerce B2C que B2B, mais également les titulaires de professions libérales dans la mesure où ils proposent ou utilisent des S.S.I. En ce qui concerne son domaine matériel, la loi apparaît aussi ambitieuse qu'hétéroclite. Tandis

(17) Définie à l'article 2, 9^o, de la loi.

(18) Il est à noter que cette définition diffère de celle de l'article 1^{er}, 7^o, de la L.P.C.C. : les personnes morales (sont principalement visées ici les a.s.b.l.) peuvent être considérées comme des consommateurs au sens de la L.P.C.C., mais pas au sens de la loi sur les services de la société de l'information. Voy. l'exposé de motifs, pp. 4 et 20; ainsi que l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 32.682/I concernant l'avant-projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 84 (ci-après, « l'avis du Conseil d'Etat »).

(7) Conformément à l'article 2, a, de la directive sur le commerce électronique, la définition de « service de la société de l'information » est amplement calquée sur l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/C.E. du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaire techniques (*J.O.C.E.*, n° L 204, 21 juill. 1998, p. 37, modifiée par la directive 98/48/C.E. du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 217, 5 août 1998, p. 18).

(8) Pour de plus amples développements, outre les précisions fournies par le commentaire de l'article 2, 1^o, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, pp. 13 et s. (ci-après, « exposé des motifs »), voy., en particulier, M. Antoine, « Objet et domaine de la directive », in « Le commerce électronique européen sur les rails?... », *op. cit.*, pp. 1 et s., n°s 2 et s.

(9) Y compris la compression numérique.

(10) Commentaire de l'article 2, 1^o, du projet de loi, exposé des motifs, pp. 14-15.

(11) Par exemple, les distributeurs de billets de banque, les services d'accès à des réseaux payants (autoroutes, parkings...). Sont en revanche couverts par la notion de S.S.I. les activités de chargement d'une carte Proton ou de *net banking*... (exposé des motifs de la loi, p. 15).

(12) A cet égard, le commentaire de l'article 2, 1^o, du projet de loi précise que la notion de service de la société de l'information s'appuie sur celle de service telle que définie par l'article 50 du Traité C.E. et interprétée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Voy. l'exposé des motifs, p. 13.

(13) A ce titre, les services en ligne prévus dans le cadre du projet « e-government » ne devraient donc pas tomber sous le coup de la loi. Voy. l'exposé des motifs, p. 14.

(14) On retrouve ici une notion déjà présente à l'article 77, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991 (ci-après L.P.C.C.).

(15) Autre chose serait la consultation du catalogue électronique ou la réservation du billet d'avion sur le site web de l'agence, par un internaute, à partir de son terminal d'ordinateur.

(16) Pour plus de détails, voy. M. Antoine, *op. cit.*, pp. 6-7, n°s 11-12.

que la section « Des contrats à distance » de la L.P.C.C. se focalise sur la conclusion d'un contrat moyennant l'utilisation d'une technique de communication à distance (19), la nouvelle loi s'applique indépendamment de l'existence d'un contrat et régit une grande diversité de matières en rapport avec l'utilisation des réseaux numériques. Notons qu'il faudra en outre tenir compte, dans un avenir proche, de la loi qui transposera la directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (20) et analyser son articulation avec la loi qui fait l'objet de la présente étude (21).

Inversement, certains domaines et activités sont explicitement exclus du champ d'application de la loi par l'article 3 : la fiscalité, les questions relatives à la protection de la vie privée et au traitement des données à caractère personnel (22), les questions relatives au droit des ententes, les activités de notaire (en raison de leur participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique) (23), les activités de représentation de clients et de défense en justice (24) et les activités de jeux d'argent (comprenant jeux de hasard, loteries et transactions sur des paris, avec des enjeux en valeurs monétaires).

C. — Le principe de la liberté d'établissement

L'article 4, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi (25) rappelle le principe fondamental de la liberté

(19) Quelle qu'elle soit : courrier postal, téléphone, fax, courrier électronique...

(20) Directive 2002/65/C.E., 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 271, 9 oct. 2002, pp. 16-24.

(21) Voy. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne relative à « l'application aux services financiers des articles 3, § 4 et 3, § 6 de la directive sur le commerce électronique », 14 mai 2003, COM (2003) 259 final; communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Commerce électronique et services financiers », COM (2001) 66 final.

(22) Voy. principalement la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993, modifiée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *M.B.*, 3 févr. 1999 (ci-après, loi « vie privée »), et ses arrêtés royaux d'exécution. Dans la mesure où la loi « vie privée » établit un cadre juridique pour toutes les questions relatives à la protection de la vie privée, celles-ci ne sont pas traitées dans la loi sur les services de la société de l'information. Néanmoins, il est clair qu'un prestataire de services devra également se conformer aux législations protectrices de la vie privée, s'il s'avère « responsable du traitement » au sens de l'article 1^{er}, § 4, de la loi « vie privée ».

(23) Cette exclusion n'est cependant pas en contradiction avec l'article 28 de la loi, qui consacre l'acte authentique électronique en modifiant l'article 1317 du Code civil.

(24) A l'inverse, les activités de conseil peuvent constituer des services de la société de l'information, couverts par la présente loi.

(25) Qui transpose l'article 4 de la directive.

d'établissement, consacré par le Traité C.E. (26). Dans cette optique, la loi interdit de soumettre l'accès aux activités de prestation de services de la société de l'information ou l'exercice de celles-ci à un régime d'autorisation préalable ou à toute procédure pouvant avoir un effet équivalent.

L'interdiction formulée par l'article 4, alinéa 1^{er}, n'affecte cependant pas les régimes d'autorisation qui ne sont pas spécifiques aux services de la société de l'information. Dans la mesure où l'accès ou l'exercice de certaines professions est soumis au respect d'exigences de qualification professionnelle (27), il était en effet logique que ces exigences continuent à s'appliquer, nonobstant le fait que l'exercice de ces professions puisse constituer un S.S.I. (28).

Si la liberté d'établissement est consacrée explicitement dans la loi, encore faut-il pouvoir déterminer avec précision le lieu d'établissement d'un prestataire. Cette tâche semble d'autant plus ardue qu'en l'occurrence le prestataire d'un S.S.I. exerce nécessairement ses activités dans un environnement dématérialisé.

A cette fin, la nouvelle loi reprend intégralement la définition du « prestataire établi » (29) de la directive sur le commerce électronique, qui s'inspire elle-même directement de la jurisprudence de la Cour de justice (30). Celle-ci s'est en effet employée à fixer des critères précis et uniformes pour déterminer le lieu d'établissement d'un prestataire, afin de savoir quel régime juridique lui appliquer (31).

(26) Voy. l'article 50 du Traité C.E.

(27) Sont essentiellement visées par cette disposition les « professions réglementées » (art. 2, 8^o, de la loi), soumises à des exigences de qualification professionnelle (diplôme, certification ou attestation de compétence) et, le cas échéant, à une autorisation délivrée par un ordre professionnel (Ordres des médecins, pharmaciens, architectes...) ou une organisation professionnelle. Sont en outre visées par cette disposition, les activités soumises à une autorisation ou à un contrôle en raison, non des qualifications requises pour exercer de telles activités, mais de leur objet : commercialisation de boissons alcoolisées, de tabac, etc.

(28) Le deuxième point de l'alinéa 2 vise les régimes d'autorisation générale aux fins de fourniture de services de télécommunication et de licences individuelles établis par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

(29) Article 2, 4^o, de la loi : « prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire ».

(30) Cette définition repose sur l'interprétation de la notion d'établissement, au sens des articles 52 et suivants du Traité C.E., telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (voy. par ex., C.J.C.E., 25 juill. 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport* et alii, C-221/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-3905).

(31) L'article 5 de la loi consacre le principe en vertu duquel l'activité en ligne d'un prestataire de services de la société de l'information est régie par la loi de l'Etat membre où il est établi.

Cette définition repose sur les critères qualitatifs de l'effectivité et de la stabilité économique, à l'exclusion de critères d'ordre formel (simple boîte aux lettres) ou technologiques (emplacement des moyens techniques, hébergement du site web) qui permettraient au prestataire d'échapper à tout contrôle (32).

D. — La libre prestation de services

1. — Le principe du pays d'origine

L'article 5 de la loi met en œuvre les articles 2, h, et 3, §§ 1^{er} à 3, de la directive. Ceux-ci ont pour but de favoriser l'émergence d'un marché unique — décloisonné et sûr — des services de la société de l'information, en assurant une circulation optimale de ces services. En effet, les incertitudes juridiques existantes imposaient aux opérateurs d'importants investissements en termes d'évaluation juridique de l'activité envisagée au regard du droit de chaque Etat membre (33). En outre, le bon fonctionnement du marché des services de la société de l'information aurait été contrarié si les prestataires de services établis dans un Etat avaient été soumis à des contrôles et aux exigences légales prévus dans les autres Etats où ils projettent de s'établir ou de fournir des services.

A cette fin, parallèlement à l'harmonisation minimale réalisée par la directive, le législateur européen, consacre un principe majeur — appelé clause de marché intérieur — en vertu duquel l'activité d'un prestataire de S.S.I. est, sauf exceptions, soumise à la loi du pays d'origine, et ce, quelle que soit l'étendue géographique de son activité. Plus précisément, les S.S.I. sont soumis, en principe, non seulement aux seules exigences légales du pays où le prestataire est établi, mais aussi au contrôle exclusif par les autorités de cet Etat d'origine. Ce principe trouve sa traduction dans l'alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi. Il est complété par le principe de reconnaissance mutuelle — visé à l'alinéa 2 de l'article 5 — en vertu duquel les Etats sont voués à se faire mutuellement confiance, c'est-à-dire à reconnaître les contrôles effectués par les Etats d'origine; il s'en suit que les Etats de destination ne peuvent apporter aucune restriction à la libre circulation des services, qui serait déduite d'exigences prescrites par leur propre droit national.

En outre, l'alinéa 3 de l'article 5 précise le champ d'application du principe du pays d'origine, en le limitant aux exigences applicables aux activités en ligne, que celles-ci revêtent un caractère général ou aient été spécifiquement conçues pour elles. Ledit principe n'est pas de mise pour déterminer les exigen-

(32) Si un prestataire est établi dans plusieurs Etats membres, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour la prestation du service considéré (considérant n° 19 de la directive). *Addé* : J.-H. Huglo, « Reconnaissance, établissement et libre prestation des services des sociétés », *Juris-Classeur*, 2000, spéc., nos 26-28.

(33) Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, pp. 7-10.

ces applicables aux biens en tant que tels, à leur livraison ou leur transport, et celles applicables aux services fournis *off line*. En vertu de l'article 5 de la loi, tous les aspects afférents à l'activité en ligne d'un prestataire de S.S.I. établi en Belgique sont exclusivement régis par la loi belge, que ce soit la loi sur les services de la société de l'information (exigences spécifiques) ou tout autre texte applicable à cette activité (exigences générales). En ce qui concerne les autres aspects de l'activité du prestataire de S.S.I., il convient de se référer aux règles de droit international privé (34), afin de déterminer la loi applicable (35).

Cette disposition constitue la transposition en droit interne de l'article 2, *h*, de la directive relatif au « domaine coordonné » (36). Cette notion — préférée à celle, plus usuelle en droit européen, de domaine harmonisé — est vivement discutée, tant elle se distingue par son originalité (37). En effet, le domaine coordonné est défini de manière particulièrement large dans la directive (38). Il s'agissait, semble-t-il, d'étendre autant que possible la portée du principe du pays d'origine de manière à éviter qu'un Etat membre puisse se fonder sur des pans non harmonisés de sa législation nationale pour entraver la liberté de prestation des S.S.I.

2. — Les dérogations à la libre prestation de services

Des dérogations de deux types sont apportées à l'article 5.

(34) Parmi lesquelles celles contenues dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

(35) A. Cruquenaire et Ch. Lazaro, « La loi applicable aux contrats conclus via Internet - Entre les eaux troubles de la Convention de Rome et les eaux agitées de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter?*, Jeune barreau de Liège, 2001, pp. 279-280.

(36) La notion de domaine coordonné relève de la phraséologie législative européenne et n'a dès lors pas sa place en droit interne. Toutefois, les éléments clés de la définition de l'article 2, *h*, de la directive sont repris à l'article 5, alinéa 3, afin de fixer clairement les limites du principe du pays d'origine. Voy. également, *Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information*, amendement n° 1 du gouvernement, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, 2100/02, p. 1.

(37) Pour une critique, voy. O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002, spéc. pp. 103 à 107, nos 166 à 168; M. Fallon et J. Meeusen, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/C.E. et le droit international privé », *Rev. crit. dr. int. privé*, 2002, spéc. pp. 476-480.

(38) Effectivement, le domaine coordonné paraît couvrir l'ensemble du droit du pays d'origine du prestataire de services, non seulement les dispositions spéciales relatives aux S.S.I., mais aussi les règles générales qui leur sont applicables, et ce, quelle que soit la branche du droit concernée. De plus, sont incluses dans le domaine coordonné aussi bien les exigences relatives à l'accès à l'activité que celles relatives à l'exercice de l'activité (ce champ d'application étendu couvrant non seulement des aspects de droit public mais aussi des aspects importants de droit privé). C'est dire l'ampleur du domaine coordonné et, partant, la portée extrêmement large du principe du pays d'origine.

D'une part, une série de dérogations générales sont énumérées à l'article 6 de la loi (39). Cet article reprend les domaines visés à l'annexe de la directive, ceux-ci n'étant pas soumis au principe du pays d'origine en raison du degré insuffisant d'intégration communautaire, pour éviter des interférences avec certains instruments communautaires existants ou pour des raisons de sensibilité politique (40). Il s'agit notamment des obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs, de la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat ou encore des droits de propriété intellectuelle et industrielle.

D'autre part, l'article 2 de la loi prise en vertu de l'article 77 de la Constitution consacre la possibilité pour l'Etat belge de procéder à des dérogations particulières, au cas par cas, afin de préserver des objectifs, limitativement énumérés, liés à l'intérêt général (l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique et la protection du consommateur) (41). Cette faculté permet de prendre des mesures spécifiques (42) restreignant la libre circulation d'un service donné provenant d'un autre Etat membre.

Toutefois, suivant une originalité de la directive, la loi enferme dans des limites strictes les dérogations particulières à l'article 5 de la loi, réduisant ainsi la marge de manœuvre de l'Etat de destination; les mesures dérogatoires ainsi adoptées doivent obéir à plusieurs conditions de fond (43) et de procédure (44).

3. — Le principe du pays d'origine au regard du droit international privé

Comme nous l'avons souligné, la directive sur le commerce électronique introduit une clause de marché intérieur en vertu de laquelle l'activité des prestataires de services de la société de l'information est, sauf exception, soumise

(39) Cet article transpose les dispositions de l'article 3, § 3, renvoyant à l'annexe de la directive.

(40) L'articulation des articles 5 et 6 de la loi nous semble cruciale pour l'interprétation du principe du pays d'origine, et notamment, pour comprendre son incidence sur les règles de droit international privé (voy. *infra*).

(41) L'article 2 de la loi « article 77 » transpose l'article 3, §§ 4 à 6, de la directive. Ces dispositions s'inscrivent dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de restrictions à la libre prestation de services. Voy. sur ce point E. Crabit, « La directive sur le commerce électronique - Le projet Méditerranée », *Rev. dr. U.E.*, 4/2000, p. 791. On peut en outre observer que le législateur belge est allé au-delà d'une simple transposition des §§ 4 à 6, de l'article 3, de la directive, en octroyant une nouvelle compétence au juge d'instruction; celui-ci est en effet autorisé, par ordonnance motivée, à enjoindre aux prestataires de prendre les mesures techniques nécessaires à l'encontre d'un service émanant d'un autre Etat membre qui mettrait en péril les objectifs d'intérêt général susmentionnés.

(42) La loi laisse cependant au Roi la tâche de déterminer les modalités selon lesquelles les autorités qu'il désigne peuvent prendre de telles mesures.

(43) Voy. l'article 2, § 2, de la loi « article 77 ».

(44) Les conditions de procédure consacrent une obligation de coopération, pour le moins inhabituelle, entre l'Etat d'origine et l'Etat de destination, ainsi qu'un pouvoir de contrôle de la Commission européenne (cf. art. 2, §§ 3 à 5, de la loi « article 77 »).

à la seule législation du pays d'origine du prestataire.

Toutefois, en raison de son libellé quelque peu équivoque et de sa conjonction malheureuse avec d'autres dispositions de la même directive (45), l'article 3 (§§ 1^{er} à 3) a suscité de nombreuses controverses (46) liées à son interprétation. Ces controverses ont notamment trait à la question de l'incidence du principe du pays d'origine sur les règles de droit international privé et, plus particulièrement, sur celles relatives à la résolution des conflits de lois (47).

La relative neutralité du libellé de l'article 5 de la loi contribue, selon nous, à maintenir l'incertitude à l'égard de cette problématique et trahit incontestablement les hésitations européennes, qui n'ont pas manqué de jaillir à l'échelon national lors des travaux d'élaboration de la loi. Nous sommes portés à croire que le législateur belge a choisi délibérément une formule prudente, en son imprécision, pour éviter de prendre parti dans l'importante controverse suscitée par l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. A cet égard, sans vouloir restituer toutes les nuances du débat, on retiendra que deux interprétations principales ont été avancées (48).

Pour les uns, la clause de marché intérieur (et le principe du pays d'origine qui en découle) ne constitue qu'un simple rappel des principes relatifs à la libre circulation des services et à la reconnaissance mutuelle et ne déroge donc nullement aux règles de droit international privé. Selon cette approche, l'article 3 de la directive viserait plutôt à circonscrire les limites de l'intervention de contrôle des Etats membres, et concernerait dès lors essentiellement des aspects de droit public. Ainsi, en cas de litige, le juge saisi devrait déterminer la loi

(45) Voy. l'apparente contradiction entre l'article 3, § 1^{er}, de la directive et l'article 1^{er}, § 4.

(46) A peine à l'état de projet, cette disposition a très vite opposé les organisations de défense des consommateurs aux représentants de l'industrie, qui y ont vu, pour les uns, une menace pour les droits des consommateurs internautes, pour les autres, un impératif pour le développement du commerce électronique.

(47) Il est généralement admis que l'article 3 de la directive ne traite pas de la compétence des juridictions. L'article 1^{er}, § 4, malgré sa rédaction d'ensemble malheureuse, offre au moins cette certitude. Voy. S. Francq, « Internet : un monde sans frontières? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », *Ubiquité*, n° 7, déc. 2000, pp. 57-58.

(48) J.-S. Berge, « La résolution des conflits de lois », *Droit de l'internet : approches européennes et internationales*, colloque à l'Assemblée nationale, Paris, 19-20 nov. 2001, disponible sur <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Berge Js.pdf>; A. Cruquenaire (avec la collaboration de Ch. Lazaro), « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », in E. Montero (sous la dir. de), « Le commerce électronique européen sur les rails?... », *op. cit.*, pp. 41-94; S. Francq, *op. cit.*, pp. 47-69; M. Fallon et S. Francq, « Perspectives de réforme du droit international privé dans le cyberspace », in K. Bytbeier, R. Feltkamp et E. Janssens (éds), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 255-279; E. Crabit, *op. cit.*, pp. 789-799; E. Crabit, « L'univers de la directive sur le commerce électronique », contribution au colloque « L'internet et le droit », Université de Paris I, 25-26 sept. 2000, pp. 4 et s.; M. Fallon et J. Meeusen, *op. cit.*, pp. 435-490.

matérielle applicable conformément aux règles traditionnelles de conflit de lois; celui-ci devant toutefois, *in fine*, examiner si la loi matérielle ainsi désignée constitue un obstacle à la libre circulation des S.S.I. Cette interprétation paraît surtout pouvoir s'autoriser de la disposition de l'article 1^{er}, § 4, de la directive qui précise que « la présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions », ce qui semble indiquer que la directive ne se prononce pas sur la loi applicable aux prestations de services de la société de l'information (49).

Pour d'autres, la clause de marché intérieur prescrit l'application de la loi d'origine du prestataire pour l'accès et l'exercice de son activité en ligne. Les règles de conflit de lois traditionnelles seraient, dès lors, écartées, sauf dans le contexte des dérogations générales et particulières précédemment évoquées (50). Cette interprétation offre une *plus grande sécurité juridique* aux opérateurs économiques désireux de se lancer dans le commerce électronique puisqu'elle leur permettrait d'agir dans un cadre clair et familier en les dispensant de connaître et de se conformer à l'ensemble des législations des pays membres de l'Union européenne (51). Par exemple, un prestataire établi en Belgique saurait que, pour l'ensemble de ses services, il sera certes contrôlé par les autorités publiques belges sur la base du droit belge, mais, en outre, qu'un éventuel litige transfrontière relatif à la conclusion, voire à l'(in)exécution d'un contrat sera apprécié en fonction du droit belge.

Divers arguments sont invoqués à l'appui de la thèse admettant la primauté de la clause de marché intérieur sur les règles conventionnelles de droit international privé (52). Ainsi,

(49) L'exposé des motifs fait explicitement référence à cet article 1^{er}, § 4, de la directive (exposé des motifs, p. 27). Peut-on, pour autant, en déduire que le législateur belge s'est positionné du côté des partisans de cette première interprétation? Une conclusion aussi rapide ne peut être tirée d'un exposé des motifs particulièrement laconique sur ce point.

(50) Cette thèse connaît cependant diverses nuances. Suivant une opinion, il y a lieu de se référer à la loi du pays d'origine pour toutes les questions entrant dans le domaine coordonné de la directive. A l'appui de cette thèse, on fait valoir que l'article 3, § 1^{er}, de la directive serait une règle d'applicabilité, tandis que l'article 1^{er}, § 4, ne viserait que les règles de rattachement traditionnelles (en ce sens, notam., A. Cruquenaire (avec la collaboration de Ch. Lazaro), *op. cit.*, p. 50, n° 91; S. Francq et M. Fallon, *op. cit.*, spéc. p. 266, n° 49; E. Crabit, « L'univers de la directive sur le commerce électronique », précité). Suivant une autre opinion, la portée de la loi du pays d'origine est limitée aux questions harmonisées par la directive (voy. S. Francq, *op. cit.*, pp. 64-67. Comp. J.-S. Bergé, *op. cit.*, précité).

(51) Ainsi comprise, la clause de marché intérieur permet en effet aux prestataires de fournir des S.S.I. dans l'ensemble de l'Union européenne sans autre contrainte juridique que le respect du droit de leur Etat d'établissement.

(52) Pour une synthèse de ces arguments, voy. A. Cruquenaire (avec la collaboration de Ch. Lazaro), « La clause de marché intérieur : clef de voûte de la directive sur le commerce électronique », *op. cit.*, n° 76 à 176; E. Montero, *Informatique, réseaux et contrats*, notes de cours de troisième cycle, F.U.N.D.P., Namur, 2002-2003, pp. 149 et s. Selon ces auteurs, il est primordial de tenir compte des dif-

férents éléments des travaux préparatoires de la directive sur le commerce électronique pour bien cerner les intentions du législateur européen. Ainsi, un deuxième argument peut être tiré de l'évolution qu'a subie, au cours des travaux préparatoires de la directive, la définition du « domaine coordonné », qui détermine le champ d'application de la clause de marché intérieur. L'énumération contenue dans l'article 2, *h*, en sa dernière mouture, suggère une application large de la loi du pays d'origine, y compris en matière de droit privé. Par ailleurs, les travaux préparatoires de la directive, au-delà des hésitations qu'ils révèlent, semblent indiquer, au final, une *volonté des différentes instances communautaires* d'accorder une portée large à la clause de marché intérieur et de faire prévaloir celle-ci sur le droit international privé conventionnel (voy. notam., la recommandation pour la deuxième lecture de la commission juridique et du marché intérieur du Parlement européen).

l'annexe de la directive, dont les éléments sont repris à l'article 6 de la loi, s'expliquerait difficilement si l'on refuse d'admettre que le principe du pays d'origine prévaut sur les règles traditionnelles de rattachement. En particulier, la dérogation relative aux obligations contractuelles dans les contrats conclus avec des consommateurs semble viser précisément à maintenir, en ce domaine spécifique, l'application des règles conventionnelles de droit international privé (53).

Quoi qu'il en soit, le libellé, pour le moins ambigu, de l'article 5 de la loi rend son interprétation particulièrement délicate. Manifestement, plutôt que d'adopter un texte clair mais éventuellement non conforme au droit communautaire, le législateur belge a préféré un texte prudemment équivoque. En définitive, il appartiendra aux juges de trancher cette délicate controverse. Sans doute ne manqueront-ils pas de solliciter la Cour de justice des Communautés européennes par le biais d'une question préjudicielle. En attendant, il va sans dire que cette position apparemment prudente n'est pas du goût des opérateurs économiques.

IDENTIFICATION ET PUBLICITÉ SUR LES RÉSEAUX

Dans l'esprit de la directive, la loi porte une attention particulière à l'information et à la transparence sur les réseaux, en particulier pour la fourniture et la promotion des S.S.I.

A. — Obligation générale d'information

A l'évidence, un site web fournissant une information claire sur l'identité et les activités de son titulaire suscite la confiance du visiteur, en lui permettant d'établir un lien entre l'environnement numérique et le monde réel. Partant de ce principe, l'article 7, § 1^{er}, de la loi impose la mise en évidence d'une série

de renseignements généraux, relatives au prestataire et à son activité professionnelle, telles que son nom, son adresse géographique d'établissement, les coordonnées permettant d'entrer directement et efficacement en contact avec lui, et notamment une adresse de courrier électronique. Le cas échéant, le prestataire doit également indiquer son numéro de registre du commerce, son numéro de t.v.a., le régime d'autorisation auquel il est soumis, l'association ou l'organisation professionnelle auprès de laquelle il est inscrit, le titre professionnel qu'il s'est vu octroyer et enfin les règles professionnelles et codes de conduite auxquels il est soumis et les moyens d'en prendre connaissance. Cette obligation d'information vient s'ajouter à celles qui s'imposent déjà au prestataire en vertu du droit commun ou de dispositions particulières (loi sur les pratiques du commerce, loi sur le crédit à la consommation (54), etc.).

Il convient de souligner la portée particulièrement vaste de cette disposition qui s'impose de manière générale à tout prestataire d'un S.S.I., *quels que soient son activité* (55), *le destinataire du service ou la voie électronique utilisée* (56). A cet égard, des questions pratiques ne manquent pas de se poser quant au moyen de remplir ces exigences d'information à propos de tel ou tel S.S.I. particulier (57). En effet, l'article 7, § 1^{er}, précise que le prestataire doit assurer un *accès facile, direct et permanent* à ces informations. A cette fin, les travaux préparatoires de la loi suggèrent de placer en bas de chacune des pages du site web un hyperlien vers une page contenant ces informations (58). Certes, le moyen suggéré est efficace et simple à mettre en œuvre en l'espèce, mais on peut s'attendre à quelques embarras techniques dès lors que les sites web ne sont pas les seuls concernés. Les voies électroniques par lesquelles un S.S.I. peut être fourni sont variées et ne se prêtent pas toujours à une information correcte du destinataire : ainsi, la fourniture d'un tel service exclusivement par courrier électronique pose question (59), dès lors que ce dernier est défini très largement par la loi comme « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (art. 2, 2^o, de la loi). Selon l'exposé des motifs de la loi, cette

(53) Parmi la liste de dérogations au principe du pays d'origine, signalons également la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat. Cette opportunité contribue incontestablement à relativiser l'importance du principe du pays d'origine et son éventuelle influence sur les règles traditionnelles de droit international privé.

(54) Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juill. 1991.

(55) Voy. l'exposé des motifs, p. 30.

(56) La seule dérogation concerne l'article 7, § 1^{er}, 8^o, à propos de l'information relative aux codes de conduite, auquel les professionnels peuvent déroger conventionnellement (art. 11, al. 1^{er}, de la loi), et qui ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques (art. 11, al. 2).

(57) Voy., par ex., les discussions autour du rechargement de la carte Proton, dans le rapport de la commission, pp. 7-8.

(58) Voy. le commentaire de l'article 8, § 1^{er}, du projet de loi (devenu art. 7, § 1^{er}, de la loi) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, p. 31.

(59) En effet, les exceptions prévues par l'article 11, al. 2, de la loi pour « les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques » ne concernent pas l'obligation générale d'information, qui s'impose en tout état de cause (hormis art. 7, § 1^{er}, 8^o).

définition, reprise de la directive « Vie privée et communications électroniques » (60), vise également les S.M.S., l'utilisation du *chat*, de la vidéoconférence, de la téléphonie vocale sur l'internet, voire les messages laissés sur les répondeurs téléphoniques ou sur les boîtes vocales de G.S.M. (61)!

Enfin, l'article 7, § 2, de la loi concerne la présentation des prix et dispose que « lorsque les services de la société de l'information mentionnent les prix, ces derniers sont indiqués de manière claire et non ambiguë, et précisent notamment si les taxes et frais de livraison sont inclus ». Ce libellé, tout en nuances, permet de préserver, d'une part, l'obligation de mentionner les prix dans les relations *Business to Consumer* (62), d'autre part, la liberté qui prévaut dans les relations *Business to Business*.

B. — Publicité

1. — Le régime général des publicités sur les réseaux

A l'instar de la notion de « communication commerciale » dans la directive, la publicité est définie par la loi comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée » (art. 2, 7°) (63).

(60) Voy. art. 2, h, de la directive 2002/58/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n° L 201, 31 juill. 2002, p. 37.

(61) Voy. le commentaire de l'article 2, 2°, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 17.

(62) L'article 7, § 2, s'applique en effet « sans préjudice des autres exigences légales et réglementaires en matière d'indication des prix », notamment les dispositions de la L.P.C.C.

(63) A vrai dire, cette définition n'est pas très éloignée de la notion de publicité telle qu'envisagée dans la L.P.C.C. et interprétée par la jurisprudence. L'article 22 de la L.P.C.C. définit, en effet, la publicité comme « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre ». Si la référence à la promotion de l'image n'apparaît pas dans le libellé de la définition, la Cour de cassation considère cependant comme une publicité la communication qui favorise ou renforce l'image de marque de son auteur, en ce sens qu'elle a indirectement pour but de promouvoir la vente de ses produits ou services (Cass., 2 nov. 1999, *J.T.*, 2000, p. 66). Néanmoins, sur avis du Conseil d'Etat et « pour des raisons de sécurité juridique », le projet de loi s'est aligné sur la définition de la directive au lieu de se contenter d'une simple référence à l'article 22 de la L.P.C.C., fût-il interprété largement, sans néanmoins reprendre les termes « communication commerciale ». Voy. l'avis du Conseil d'Etat, p. 85, ainsi que le commentaire de l'article 2, 7°, du projet de loi, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 21.

La définition précise en outre que pour l'application de la loi, ne constituent pas en tant que telles de la publicité les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'annonceur (notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique) et les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière. Ainsi, ne peuvent être qualifiés de publicité le seul fait de détenir un site ou de donner de l'information qui ne serait pas de la promotion (toute la difficulté consistant à distinguer l'une de l'autre...), ou encore, lorsqu'ils sont élaborés sans liens financiers ou autre contrepartie, le lien hypertexte vers un site web publicitaire ou la mention d'un nom de domaine, d'une adresse de courrier électronique, d'un logo ou d'une marque (64).

A l'inverse, peuvent être considérées comme des publicités les techniques traditionnelles de marketing en ligne : les bannières et bandeaux publicitaires, les messages interstitiels, les fenêtres *pop-up*, le courrier électronique, le marketing viral, les hyperliens élaborés avec une contrepartie financière, voire les métatags insérés dans les codes sources de certaines pages web (65). Dans l'interval, on se demande où s'arrête la notion de publicité, dès lors que le contenu de nombreux sites web pourrait être considéré comme une promotion indirecte de l'image de l'entreprise ou de l'organisation qui y présente ses activités.

En matière de publicité sur les réseaux, l'article 13 de la loi pose des principes d'identification, de loyauté et de transparence. En premier lieu, la directive exigeait que la publicité soit clairement identifiable en tant que telle, afin de susciter la vigilance des destinataires des messages et de leur permettre de distinguer information et promotion. La loi se montre nettement plus contraignante à cet égard : outre une identification claire dès sa réception, la loi exige que toute publicité sur les réseaux comporte la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque (art. 13, 1°) (66). Certes, l'apposition d'une telle étiquette ne pose gère de problème pour un courrier électronique, une bannière publicitaire ou le contenu promotionnel d'une page web (67). Mais, dans de nombreux cas,

(64) Voy. le commentaire de l'article 2, 7°, du projet de loi, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 22.

(65) Des hésitations sont possibles à ce sujet, même si une décision de jurisprudence récente ne considère pas les métatags comme de la publicité. Voy. Anvers, 9 oct. 2000, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2000, p. 445, *R.W.*, 2000-2001, p. 1093, *R.D.C.*, 2001, p. 407, note S. Evrard.

(66) Cette disposition s'inspire de l'article 23, 5°, de la L.P.C.C., interdisant toute publicité « qui, étant donné son effet global, y compris sa présentation, ne peut être nettement distinguée comme telle, et qui ne comporte pas la mention "publicité" de manière lisible, apparente et non équivoque ». Néanmoins, selon nous, l'article 23 de la L.P.C.C. n'exige la mention « Publicité » que si le caractère publicitaire du message n'est pas évident, compte tenu du contexte, et notamment de sa présentation. La loi sur les services de la société de l'information est beaucoup plus contraignante, puisqu'elle exige que la mention « Publicité » apparaisse en tout état de cause.

(67) Pour quelques illustrations, voy. M. Demoulin, « Information et transparence sur les réseaux », *in*

elle semble superflue ou redondante, dans la mesure où la publicité peut être en elle-même clairement identifiable à travers sa présentation globale ou les termes qu'elle emploie. En outre, cette exigence peut s'avérer techniquement plus difficile à rencontrer pour les métatags (pour autant qu'ils puissent être qualifiés de publicité), qui n'apparaissent pas dans le contenu de la page web mais dans son code source.

L'article 13 de la loi exige par ailleurs une identification claire de la personne pour le compte de laquelle la publicité est faite (68) (art. 13, 2°), ainsi que l'identification des offres promotionnelles et des concours ou jeux promotionnels, avec indication précise et non équivoque des conditions requises pour en bénéficier ou y participer (art. 13, 3° et 4°). Enfin, l'article 15 de la loi confirme, pour les professions réglementées, le principe général de liberté d'utilisation de la publicité dans la société de l'information, sous l'importante réserve du respect des règles déontologiques ou professionnelles (69).

Ces nouvelles exigences s'ajoutent, elles aussi, aux principes et règles posés dans les articles 23 et suivants de la L.P.C.C. (interdiction de la publicité trompeuse, dénigrante ou prêtant à confusion (70), réglementation de la publicité comparative (71)...) ou, le cas échéant, dans certaines réglementations particulières (alcool, tabac, médicaments; publicité dans le cadre de certaines professions libérales (72)...) (73).

2. — L'envoi de publicités par courrier électronique

La question de l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique a fait l'objet de longues tergiversations au niveau européen, les solutions proposées oscillant entre l'*opt-in* (interdiction de principe d'envoyer des publicités non sollicitées sans le consentement préalable du destinataire) et l'*opt-out*

« Le commerce électronique européen sur les rails?... », *op. cit.*, pp. 109-113.

(68) Il n'est toutefois pas nécessaire que ces informations figurent directement dans le message publicitaire; un hyperlien renvoyant à ces informations suffit. Voy. le commentaire de l'article 14 du projet de loi (devenu l'article 13 de la loi), exposé des motifs, *op. cit.*, p. 37.

(69) Pour de plus amples développements sur cette question, voy. O. Leroux, « L'utilisation des communications commerciales dans les professions réglementées », *in* « Le commerce électronique européen sur les rails?... », *op. cit.*, pp. 169-198; M. Quere, « Les travaux communautaires sur le commerce électronique - L'avocat et le commerce électronique », *in* *Multimédia - Le cyberavocat*, Formation permanente C.U.P., 1999, pp. 219 et s.

(70) Art. 23 de la L.P.C.C.

(71) Art. 23, 7° et art. 23bis de la L.P.C.C.

(72) A ce propos, voy. la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 nov. 2002.

(73) Sur les principes et règles régissant toutes les formes de publicité en général, voy. notam., M. Leroy et B. Mouffe, *Le droit de la publicité*, 2° éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. les cinquième et sixième parties.

(autorisation de principe, à moins d'une opposition expresse du destinataire) (74). Etant donné que la directive sur le commerce électronique laissait le choix aux Etats membres entre l'un ou l'autre système, le législateur belge a dès le départ opté pour un régime d'*opt-in* (75). Bien lui en a pris, puisqu'il a ensuite été conforté dans son choix par la récente directive « vie privée et communications électroniques » (76), qui a finalement abouti à un compromis, sous la forme d'un régime de *soft opt-in* (soit un régime d'interdiction de principe sauf exceptions).

C'est pourquoi l'article 14 de la loi prévoit que, d'une part, l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages, d'autre part, le Roi peut apporter des exceptions à cette interdiction (§ 1^{er}). En tout état de cause, un droit d'opposition est garanti au destinataire du message publicitaire (§ 2). Pour compléter le tableau, un certain nombre de pratiques déloyales propres aux *spammers* sont interdites, telles que l'usurpation d'identité ou d'adresses électroniques, ainsi que la falsification des en-têtes de messages de courrier électronique (§ 3). Enfin, en cas de litige, la preuve de l'obtention du consentement préalable devra être apportée par le prestataire (§ 4).

Rappelons que la notion de courrier électronique est définie très largement par la loi (art. 2, 2^o), de manière à englober les S.M.S., mais aussi le *chat*, la vidéoconférence, etc. (77).

a) *Nécessité d'un consentement préalable, libre, spécifique et informé*

Soulignons d'emblée que le régime d'*opt-in* instauré par l'article 14, § 1^{er}, de la loi vient s'ajouter aux dispositions légales et réglementaires protectrices de la vie privée, qui doivent être intégralement respectées (78). L'article 14 fixe des exigences supplémentaires, afin de s'assurer de la qualité du consentement recueilli auprès de la personne concernée pour l'envoi de publicités par courrier électronique. Dès lors, quand un prestataire

collecte des adresses électroniques à des fins de marketing direct, il doit désormais impérativement obtenir le consentement préalable, libre, spécifique et informé de la personne concernée (79). Face à cette nouvelle exigence, on peut regretter que la loi n'ait pas prévu de régime transitoire pour faciliter le passage de l'*opt-out* à l'*opt-in*, en permettant aux prestataires de régulariser les fichiers d'adresses électroniques déjà en leur possession.

Pour être valable, le consentement donné doit d'abord être *libre*, c'est-à-dire obtenu en dehors de toute pression. Aucun traitement discriminatoire ne peut être appliqué en cas de refus de la personne concernée (80). Le consentement doit en outre être *spécifique* et porter sur des traitements précisément définis, réalisés par des responsables déterminés et pour des finalités particulières. Ainsi, le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique, donné à un prestataire déterminé, ne vaut qu'à l'égard de ce prestataire. Le prestataire ne pourra transmettre ces données à des tiers que si la personne concernée y a expressément consenti. Enfin, la personne doit être correctement *informée*, conformément à l'article 9 de la loi « vie privée », pour pouvoir consentir spécifiquement à recevoir des publicités par courrier électronique. A cet égard, il doit être clair que la collecte est effectuée à des fins de marketing direct. De même, le cas échéant, la personne concernée doit savoir si ses données seront transmises à des tiers, à des fins de marketing, pour pouvoir y consentir en connaissance de cause.

Dans le respect de ces conditions et des dispositions protectrices de la vie privée, les prestataires sont libres d'obtenir le consentement des personnes concernées par tout moyen approprié.

Selon une pratique déjà courante, le consentement pourra valablement être recueilli via un formulaire électronique contenant une case à cocher face à une mention marquant un accord à recevoir des courriers électroniques publicitaires. Mais il n'est pas requis que le consentement soit écrit : il pourra aussi bien être obtenu oralement, par exemple à l'occasion d'un démarchage téléphonique du prestataire. Quoi qu'il en soit, s'il n'y a pas d'obligation de se constituer un écrit pour que le consentement soit valablement recueilli, cet écrit sera bien utile au prestataire, puisque la preuve du caractère sollicité des publicités par courrier électronique lui incombe, en vertu de l'article 14, § 4, de la loi (81).

Le consentement ne doit pas davantage être exprès, du moment qu'il est indubitable.

(79) Il ne peut plus se passer de ce consentement en invoquant la réalisation d'un intérêt légitime, mis en balance avec l'intérêt, les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée (art. 5, f, de la loi « vie privée »).

(80) Concernant les difficultés que peut soulever l'appréciation d'une telle condition, voy. M.-H. Boulanger, C. De Terwangne, T. Léonard, S. Louveaux, D. Moreau et Y. Pouillet, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1997, p. 127, n° 20; T. Léonard et Y. Pouillet, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution - La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/C.E. du 24 octobre 1995 », *J.T.*, 1999, p. 380, n° 7.

(81) Ce texte n'exige cependant pas que la preuve soit littérale.

Néanmoins, il convient d'envisager la possibilité d'un consentement implicite avec la plus grande prudence. Il va de soi que le prestataire ne peut recourir à des manœuvres déloyales ou peu transparentes en vue d'obtenir un consentement à l'insu de la personne concernée (82). Le consentement en question serait davantage inconscient qu'implicite et ne saurait être valable. En dehors de ces pratiques douteuses, il est cependant des cas où une personne adopte un comportement tel que l'on pourrait en déduire l'expression d'un consentement tacite à recevoir des publicités par courrier électronique. L'on songe, par exemple, à l'hypothèse où une personne s'adresse directement au prestataire par voie électronique pour obtenir diverses informations, ou lui remet sa carte de visite lors d'une rencontre. Néanmoins, à l'instar du silence, il nous semble que la démarche réalisée par l'internaute doit être « circonstanciée » pour qu'on puisse en déduire l'existence d'un tel consentement et apprécier sa portée (83). A nouveau, le problème posé est essentiellement lié à la preuve du consentement, non à sa validité.

Quant à la possibilité de solliciter le consentement du destinataire par courrier électronique, l'exposé des motifs de la loi l'écartera catégoriquement : « Vu la philosophie et les objectifs qui sous-tendent l'*opt-in*, il ne serait guère admissible que le consentement à recevoir des publicités par courrier électronique soit demandé par courrier électronique. Une telle pratique s'apparenterait à du *spamming*. L'accord devra donc être obtenu par d'autres moyens, moins intrusifs et suscitant davantage la confiance » (84). Certes, sur un plan théorique, il était envisageable que le courriel sollicitant le consentement revête un caractère strictement objectif, dépourvu de tout message promotionnel. Toutefois, on pouvait craindre qu'une telle possibilité soit rapidement détournée et que, sous prétexte de demander

(82) On songe notamment à la fameuse technique des cases précochées en face de la mention « Oui, j'accepte de recevoir des publicités par courrier électronique ». On pourrait déduire un consentement implicite du fait que l'internaute n'a pas décoché cette case... à moins qu'il ne l'ait simplement pas vue, dissimulée qu'elle était en bas du formulaire électronique! Par ailleurs, certains prestataires proposent sur l'internet un service, un jeu, un concours gratuit, moyennant la fourniture de données à caractère personnel par l'utilisateur. Ainsi, le fait que le destinataire utilise le service marquerait son consentement implicite à recevoir en conséquence des courriers électroniques publicitaires. Toujours est-il que ce consentement doit être libre, spécifique, informé et respectueux des législations protectrices de la vie privée, ce qui suppose notamment que le responsable du traitement informe clairement le destinataire que l'utilisation de ce service est conditionnée par la fourniture de données personnelles, à des fins de marketing direct.

(83) De manière générale, la principale difficulté pouvant se poser en présence d'un consentement implicite ou tacite est « de savoir si, en raison du caractère imprécis de cette manifestation, il y a réellement eu volonté. Mais nonobstant cette difficulté, le mode tacite de manifestation de volonté est valable, dès l'instant où il est certain qu'il y a eu volonté » (H. De Page, *Traité*, t. III, 3^e éd., p. 528, n° 523).

(84) Voy. le commentaire de l'article 15 du projet de loi (devenu art. 14 de la loi) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *op. cit.*, p. 38.

le consentement, l'annonceur ne glisse dans son courriel des éléments à caractère promotionnel. On se trouverait ainsi face à une publicité déguisée et non sollicitée, mettant à mal tout le régime établi.

b) *Exceptions au principe du consentement préalable*

L'interdiction d'envoyer des publicités non sollicitées par courrier électronique est tempérée par deux exceptions, apportées par le Roi (85) en conformité à la directive « vie privée et communications électroniques ».

En vertu de la première exception, le prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable lorsqu'il a obtenu l'adresse de courrier électronique directement auprès de ses clients dans le cadre de l'achat d'un produit ou d'un service, dans le respect des dispositions protectrices de la vie privée (art. 1^{er}, 1^o, de l'A.R.). Il peut alors utiliser cette adresse pour faire parvenir à ses clients des publicités, à condition que ces dernières concernent des produits ou services *analogues* que lui-même fournit. Il ne lui est donc pas permis de transmettre cette adresse à des tiers ou de faire de la publicité pour d'autres produits ou services sans le consentement préalable de la personne concernée. A cet égard, selon le rapport au Roi, sont considérées comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de sociétés que le prestataire (filiales, sociétés sœurs, sociétés mères...) étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes. Quant à la notion de produits ou services analogues, elle semble pour l'heure assez floue et soulève d'ores et déjà de nombreuses questions. Tout en pointant ces difficultés, le rapport au Roi se limite prudemment à considérer comme analogues les produits ou services appartenant à la même catégorie, dans l'attente qu'une interprétation se développe progressivement au niveau européen (86). Enfin, si le consentement préalable de la personne concernée ne doit pas être obtenu, le prestataire doit néanmoins lui permettre d'exercer son droit d'opposition, sans frais et de manière simple, au moment où ses coordonnées électroniques sont recueillies.

Une seconde exception concerne l'envoi de publicités non sollicitées par courrier électronique à des personnes morales (art. 1^{er}, 2^o, de l'A.R.) (87). Dans cette hypothèse, il n'est pas

nécessaire d'obtenir de consentement préalable lorsque les coordonnées électroniques utilisées sont impersonnelles, mais la personne morale dispose en tout état de cause d'un droit d'opposition. Sont essentiellement visées par l'exception les adresses de courrier électronique permettant d'entrer en contact avec une personne morale ou certains de ses services ou branches d'activité, comme par exemple les adresses du type info@... contact@..., etc. Par contre, le rapport au Roi précise que les adresses de courrier électronique attribuées personnellement à chacun de ses employés par une personne morale (du type nom.prenom@company.be) doivent être considérées comme des adresses de personnes physiques, qu'elles soient utilisées à des fins professionnelles ou privées. Le consentement préalable de ces personnes est donc obligatoire pour que des publicités par courrier électronique puissent leur être adressées.

c) *Maintien d'un droit d'opposition*

Une fois le consentement obtenu conformément à l'article 14, § 1^{er}, il ne doit pas être demandé à nouveau lors de chaque envoi de publicités par courrier électronique. En effet, selon nous, le consentement obtenu vaut une fois pour toutes, dans les limites des finalités du traitement auxquelles la personne concernée a consenti. Toutefois, cette dernière a le droit de retirer son consentement à tout moment, en exerçant son droit d'opposition. Il en est ainsi non seulement lorsque le prestataire a préalablement obtenu son consentement, mais évidemment aussi lorsqu'il en est dispensé par application des exceptions.

L'article 14, § 2, oblige les prestataires à fournir une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir de telles publicités. Il doit mettre à la disposition de la personne concernée un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique (en répondant au courriel, en cliquant sur un hyperlien renvoyant au site du prestataire...).

L'article 2 de l'arrêté royal visant à régler l'envoi de publicités par courrier électronique détermine les modalités selon lesquelles ce droit peut s'exercer. Il précise que le droit d'opposition est ouvert à toute personne (physique ou morale), sans frais ni indication de motifs. Lorsqu'un prestataire reçoit une telle notification, il est tenu d'envoyer à la personne concernée, dans un délai raisonnable et par courrier électronique, un accusé de réception lui confirmant l'enregistrement de sa demande. A partir de cet instant, il doit évidemment se conformer à la volonté de cette personne et cesser tout envoi de publicités à cette adresse. En outre, selon le rapport au Roi, si la personne avait consenti, à l'origine, à la transmission de ses données à des tiers, son adresse ne pourra plus être transmise après la notification. On relève que cette solution ne permet pas de rencontrer pleinement le souhait de la personne qui ne désirerait plus recevoir aucu-

Etats membres doivent veiller à ce que les intérêts légitimes des personnes morales soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées, sans exiger pour autant l'obtention d'un consentement préalable. Un régime d'*opt-out* à l'égard des personnes morales peut donc suffire à rencontrer cette exigence.

ne publicité par courrier électronique, non seulement de la part du prestataire, mais aussi des tiers auxquels ce dernier aurait transmis ses données (avec son accord). A cet égard, l'arrêté royal fait l'impasse sur la mise en place d'un éventuel système centralisé d'opposition. Néanmoins, dans l'attente d'une initiative du législateur en la matière, il est toujours possible de s'inscrire dans une des listes d'opposition existantes, telle la liste Robinson mise en place et gérée par l'Association belge de marketing direct (A.B.M.D.).

CONCLUSION DE CONTRATS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

Afin de favoriser le développement du commerce électronique dans les meilleures conditions, la loi aborde par deux voies distinctes la conclusion des contrats par voie électronique : d'une part, en imposant la fourniture d'une série d'informations et la mise en place de dispositifs techniques visant à assurer la transparence du processus contractuel (art. 8 à 12), d'autre part, en s'attaquant aux obstacles formels à la conclusion de tels contrats (art. 16 et 17).

A. — **Transparence du processus contractuel**

L'obligation précontractuelle de renseignement n'est pas chose nouvelle et acquiert une importance croissante, en particulier en droit de la consommation. Néanmoins, les informations exigées par l'article 8, § 1^{er}, de la loi sont d'une nature différente, puisqu'elles ne s'attachent pas au contenu obligationnel, mais bien au mode particulier de conclusion du contrat (88). Il s'agit ici de fournir au destinataire du service toutes les informations techniques nécessaires à l'enregistrement de la commande : indiquer les langues proposées pour la conclusion du contrat, les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat et les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données (voy. également, l'art. 9, qui impose la mise en place de tels dispositifs), et enfin préciser si le contrat une fois conclu est archivé ou non et s'il est accessible ou non (89). Ce nouveau lot d'informations vient ain-

(88) Pour de plus amples développements sur l'obligation d'information et la protection du consentement dans la conclusion de contrats par voie électronique, voy. C. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter?*, Liège, éditions du Jeune barreau, 2001, pp. 139 et s.; M. Demoulin et E. Montero, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. Fontaine (dir.), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 730-765.

(89) Il convient de souligner qu'il n'est nullement imposé au prestataire de procéder systématiquement à un archivage du contrat. Et même s'il archive le contrat, l'obligation du prestataire est simplement d'informer le destinataire de l'existence de cette ar-

si s'ajoutent à celles, déjà nombreuses, que le prestataire est tenu de fournir en vertu du droit commun ou de législations particulières (L.P.C.C., loi sur le crédit à la consommation...). Si bien que l'on peut s'interroger sur l'efficacité réelle de cette surinformation du consommateur en ligne.

En ce qui concerne les conditions générales, l'article 8, § 2, de la loi se borne à exiger qu'elles soient communiquées, le cas échéant, d'une manière qui permette au destinataire de les conserver et de les reproduire. Cette exigence peut être satisfaite, selon nous, si la possibilité est offerte, sur le site du commerçant, d'imprimer les conditions ou de les enregistrer sur le disque dur de l'ordinateur du destinataire. L'article 8, § 2, n'impose pas une obligation de communiquer les conditions générales. A cet égard, le droit commun s'applique : il n'est pas obligatoire de communiquer les conditions générales, mais, pour que celles-ci soient opposables au cocontractant, il faut que ce dernier ait eu la possibilité d'en prendre connaissance et de les accepter avant la conclusion du contrat. De même, les dispositions de la L.P.C.C. relatives aux conditions de vente et aux clauses abusives demeurent applicables dans les relations avec un consommateur.

Postérieurement à la passation de la commande, le prestataire a l'obligation d'accuser réception de la commande, sans délai injustifié et par voie électronique (90) (art. 10, 1^o). Cet accusé de réception doit au minimum contenir un récapitulatif de la commande (art. 10, 2^o), afin de permettre au destinataire de vérifier *a posteriori* l'exactitude de sa commande et de conserver une preuve du contenu du contrat, en cas de contestation. La loi précise que la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès (art. 10, 3^o). A l'instar de la directive, la loi évite soigneusement toute référence aux notions d'offre et d'acceptation, auxquelles elle préfère la terminologie neutre de « commande », afin de ne pas inférer sur le moment de conclusion du contrat, qui continue d'être déterminé par le droit commun et la théorie des contrats entre absents (91).

Les dispositions des articles 8 à 10 de la loi ne sont impératives que dans les relations entre professionnels et consommateurs, à l'excepti-

on de lui permettre d'y accéder. On se demande d'ailleurs s'il est d'un grand secours pour le client d'être informé de l'existence d'un archivage du contrat auquel il ne pourrait avoir accès. On devine ici le malaise des législateurs belge et européen face aux nombreuses interrogations que soulève encore l'archivage électronique (méthodes, coûts, fiabilité, etc.). Sur ces questions, voy. notam. M. Demoulin et D. Gobert, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire? », in « Commerce électronique : de la théorie à la pratique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 101-130; ainsi que les nombreuses études menées dans le cadre du projet DAVID (*Digitale Archivering in Vlaamse Instellingen en Diensten*), disponibles en ligne, à l'adresse <http://www.antwerpen.be/david>.

(90) Par exemple, par courrier électronique ou par affichage d'une page web de confirmation.

(91) Voy. le commentaire de l'article 11 du projet de loi (devenu l'article 10 de la loi), exposé des motifs, *op. cit.*, p. 33.

tion de l'article 8, § 2, relatif à la manière de présenter les conditions générales, qui s'impose à tous (art. 11, al. 1^{er}). En outre, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats conclus sur un site web, et non à ceux conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques, y compris par *chat*, vidéoconférence, S.M.S., etc. (art. 11, al. 2). Enfin, à l'instar de l'article 82, § 1^{er}, de la L.P.C.C., l'article 12 de la loi prévoit que la preuve du respect des exigences d'information des articles 7 à 10 incombe au prestataire.

B. — Le formalisme contractuel

Comme chacun sait, l'on assiste depuis quelques années à une indéniable montée en puissance du formalisme contractuel. Dans nombre de lois récentes — spécialement en droit de la consommation et en droit du travail —, les exigences de forme sont devenues un instrument privilégié de protection de la partie faible, que l'on entend garder du risque de s'engager à la légère.

Avec le développement des réseaux numériques et du commerce électronique, ces formalités, multiples et diversifiées quant à leur nature et à leurs objectifs, sont susceptibles de constituer autant d'obstacles à la conclusion de la plupart des contrats par voie électronique. A tout le moins créent-elles une grande insécurité juridique pour les parties, dans la mesure où il n'est pas exclu qu'elles puissent faire l'objet d'une interprétation formaliste. Aussi l'intervention du législateur s'imposait-elle afin d'adapter notre système juridique à ce nouveau mode de contracter.

C'est dans cette optique que l'article 9 de la directive sur le commerce électronique oblige les Etats membres à ajuster leur législation dans la mesure où elle contient des exigences de forme (92). A cet égard, il ne s'agit pas de supprimer nécessairement ces dernières, mais de faire en sorte qu'elles puissent être satisfaites à l'aide d'équivalents électroniques(93). Ainsi que le précisent le considérant n° 34 et les travaux préparatoires de la directive (94), l'examen des législations nécessitant un ajustement doit se faire de manière *systématique* et porter sur *l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel*. Bien que l'article 9, § 1^{er}, de la directive vise la « conclusion des contrats par voie électronique », sont en réalité concernées toutes les étapes du « processus contractuel », depuis la période précontractuelle, y compris la publicité, jusqu'à l'archivage, en passant par l'offre, l'exécution du contrat, sa modification, son enregistrement, etc. (95). En défi-

(92) Pour une étude de cette disposition, voy. D. Gobert et E. Montero, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in « Le commerce électronique sur les rails?... », *op. cit.*, pp. 199 et s.

(93) Voy. le considérant n° 35 de la directive.

(94) Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 26.

(95) Le considérant n° 34 et le commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique (*op. cit.*, p. 26) ne laissent planer aucun doute à cet égard. A noter cependant que la version néerlandaise officielle de la loi (et de la directive) utilise

l'expression « totstandkoming van contracten », qui semble beaucoup plus restrictive.

1. — Question de méthode

On peut avoir quelque difficulté à concevoir comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités y associées — qui garantissent une expression correcte des volontés — pourraient être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé, où l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable.

L'ampleur de la tâche assignée aux Etats membres par l'article 9 de la directive laisse rêveur, en ce qu'elle suppose un examen minutieux et exhaustif de l'ensemble de notre législation. Néanmoins, il fallait s'y atteler.

L'approche consistant à adapter les textes légaux, disposition par disposition, aurait présenté l'avantage de permettre l'introduction de modifications particulièrement appropriées en fonction des différentes formalités prescrites et des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles.

Toutefois, pareille entreprise aurait nécessité un inventaire complet de l'ensemble des dispositions éparses dans notre arsenal législatif et réglementaire, ce qui représente une tâche considérable et fastidieuse, voire impossible dans le bref délai assigné pour la transposition de la directive. Sans compter le risque de manquer certaines dispositions. De plus, ce type d'approche n'était pas de nature à garantir la cohérence d'ensemble des modifications.

La méthode retenue à l'article 16 de la loi est autre (96). Dans ses deux premiers paragraphes, il est fait application de la théorie dite « des équivalents fonctionnels », par le biais d'une clause transversale générale et de trois clauses transversales particulières. Cette approche fonctionnelle repose sur une analyse des fonctions essentielles des exigences de forme traditionnelles, afin de reconnaître une même valeur juridique aux contrats conclus sur support papier et aux contrats conclus par voie électronique, pourvu que ces derniers assurent le respect de ces fonctions. Néanmoins, ces clauses ne permettent naturellement pas de lever tous les obstacles susceptibles de se poser. Il subsistera nécessairement, çà et là, des dispositions légales ou réglementaires entravant la conclusion de contrats électroniques. C'est pourquoi l'article 16 prévoit, en son paragraphe 3, une délégation au Roi pour adapter, au cas par cas, les dispositions non couvertes par les clauses transversales générale et particulières.

l'expression « totstandkoming van contracten », qui semble beaucoup plus restrictive.

(96) Pour une étude détaillée de l'article 16 de la loi, voy. M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in « Commerce électronique : de la théorie à la pratique », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 131-194.

Relevons encore que l'article 17 de la loi (97) écarte certains types de contrats du champ d'application de l'article 16. Il s'agit notamment des contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, des contrats requérant l'intervention d'un notaire, des contrats de sûretés ou encore des contrats relevant du droit de la famille ou des successions. Néanmoins, même si la directive ne l'imposait pas, le législateur a déjà pris les devants en matière d'acte authentique électronique, en complétant l'article 1317 du Code civil d'un second alinéa. Est ainsi posé le principe selon lequel l'acte authentique peut être dressé sur tout support, à charge pour le Roi de déterminer dans quelles conditions il peut être établi et conservé. Nul doute qu'une étude approfondie sera nécessaire à cet égard pour dégager les exigences fondamentales de l'authenticité et les moyens de les satisfaire par voie électronique.

2. — Une clause transversale à caractère général

L'article 16, § 1^{er}, introduit une première disposition à caractère général sur la notion d'exigence de forme au sens large, sans opérer à ce stade de distinction entre les multiples espèces de formalités. Il prévoit, à cet effet, que toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

Cette clause transversale générale constitue le cœur même du dispositif de l'article 16. Les trois clauses particulières n'en sont, en définitive, que des applications.

En présence d'une exigence de forme susceptible d'entraver la conclusion d'un contrat par voie électronique, il s'agit donc d'identifier quelles sont les « qualités fonctionnelles » de cette formalité pour vérifier ensuite si le procédé électronique entourant la conclusion du contrat permet de préserver ces qualités. Dans l'affirmative, la formalité est présumée satisfaite (98).

Dans certains cas, le procédé utilisé peut simplement être l'équivalent électronique du procédé envisagé à l'origine par le législateur dans un contexte papier. Ainsi, les exigences relatives à la mise en forme de mentions obligatoires (en caractères gras, dans un cadre distinct, sous forme d'alinéas séparés...) (99) de-

vraient vraisemblablement être remplies sans grande difficulté dans l'environnement numérique, où les documents peuvent être présentés sous toutes les formes grâce aux logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration, de manière à garantir que l'information n'échappe pas à l'attention du cocontractant.

Par contre, dans d'autres hypothèses, le moyen envisagé par le législateur est tel qu'il n'a pas de pendant électronique. Il en est ainsi, par exemple, de l'exigence de la mention : « Ne signez jamais un contrat non rempli » à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature (100). A notre avis, c'est précisément là que la clause transversale générale trouve toute sa signification. En effet, cette dernière invite à se détacher des moyens concrets envisagés par le législateur, pour ne s'attacher qu'à la fin poursuivie. En l'espèce, l'important n'est pas tant d'indiquer une mention informative que d'éviter un blanc-seing. Or, cette finalité peut être rencontrée électriquement par d'autres moyens — parfois plus efficaces, d'ailleurs — tel le recours à un logiciel empêchant la signature électronique d'un contrat non rempli. Grâce à la clause transversale générale, les contrats conclus électroniquement avec de tels dispositifs de sécurité sont parfaitement valables à cet égard.

Ainsi entendue, l'approche fonctionnelle privilégiée par cette clause s'apparente à une petite révolution dans le champ du formalisme contractuel. En effet, on considère traditionnellement que toute exigence de forme doit être interprétée de manière stricte, sans équivalent possible (101). Face à cette jurisprudence inexorable, une intervention du législateur était nécessaire pour garantir la sécurité juridique des contrats conclus dans les environnements électroniques.

3. — Trois clauses transversales particulières

L'analyse des textes législatifs et réglementaires démontre que, parmi la grande variété des exigences de forme susceptibles de faire obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, certaines reviennent régulièrement. Ainsi, les notions d'écrit, de signature, de lettre recommandée à la poste, l'exigence de mentions à des fins d'information, qui parfois doivent être « manuscrites » (c'est-à-dire écrites de la main de celui qui s'oblige), constituent des constantes dans notre droit. Par

ailleurs, des exigences de forme moins fréquentes apparaissent de manière éparse, comme les notions de prospectus, d'avenant, de formulaire type, etc.

L'article 16, § 2, prévoit dès lors plusieurs dispositions transversales particulières visant à couvrir les trois exigences de forme les plus récurrentes, à savoir celles relatives à un écrit, à une signature ou à des mentions manuscrites.

La première clause transversale particulière consacre une conception fonctionnelle de la notion d'écrit, désormais entendu comme une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. Dès lors, il ne fait plus l'ombre d'un doute que l'écrit ne se confond pas au papier, son support traditionnel. Il se distingue également de l'acte sous seing privé, étant donné que la définition donnée ne requiert pas nécessairement de signature. En réalité, l'écrit est envisagé ici dans sa plus simple expression, comme un ensemble de signes dont les caractéristiques nécessaires et minimales seraient leur lisibilité et la possibilité de les consulter ultérieurement. Pour le surplus, si l'écrit doit faire preuve d'autres qualités fonctionnelles selon les exigences du législateur (inaltérabilité, signature, datation, conservation pendant un certain nombre d'années...), la clause transversale générale exige en tout état de cause que celles-ci soient préservées.

La seconde clause particulière est relative à la signature. De prime abord, on peut être surpris que le législateur ait adopté une disposition supplémentaire à cet égard, vu l'important dispositif déjà mis en place (102). Pour faire bref, relevons que l'article 1322, alinéa 2, du Code civil se situe dans la seule orbite du droit de la preuve et ne vise dès lors pas les hypothèses où une signature est requise pour d'autres fins que probatoires. Pour obvier à cette lacune, la clause transversale particulière envisagée ici consacre le principe selon lequel toute exigence de signature posée au cours du processus contractuel peut être satisfaite par le recours à une signature électronique, aux conditions prévues par la loi, quelle que soit la finalité poursuivie.

Enfin, en vertu de la troisième clause particulière, chaque fois qu'une mention manuscrite est exigée au cours du processus contractuel, cette formalité peut désormais être satisfaite par tout moyen permettant de garantir que la mention émane bien de celui qui s'oblige. En pratique, on constate que l'exigence d'une mention manuscrite est toujours accompagnée de celle d'une signature. Dès lors, même si la clause reste neutre eu égard au procédé d'identification, on peut supposer que le recours à la signature électronique permettra de garantir qu'une mention introduite par clavier et souris interposés émane bien de celui qui s'oblige.

(102) Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 déc. 2000, p. 42698; loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 sept. 2001, p. 33070.

(97) Qui transpose fidèlement l'article 9, § 2, de la directive.

(98) Pour des applications pratiques, voy. notre analyse des dispositions législatives et réglementaires de la compétence du ministre des Affaires économiques : M. Demoulin et E. Montero, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne - Recommandations relatives à la mise en œuvre de l'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information », rapport réalisé pour le ministère des Affaires économiques, 15 octobre 2002, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/formalisme.pdf>.

(99) Voy., par ex., l'art. 79, § 1^{er}, L.P.C.C., art. 14, § 4, de la loi relative au crédit à la consommation; l'art. 7, § 1^{er}, *in fine*, de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (*time-*

sharing), *M.B.*, 30 avril 1999; l'art. 6, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993.

(100) Voy. l'art. 14, § 4, 2^o, de la loi relative au crédit à la consommation.

(101) « La règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite » (G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 886). En ce sens, voy. aussi J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle - Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n^o 9; M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 103 et s.

D'autres formalités usuelles auraient pu également être couvertes par le biais d'une clause transversale générale. On songe principalement à l'exigence d'une lettre recommandée (103). S'il est vrai que le législateur belge a d'ores et déjà reconnu et libéralisé le recommandé électronique, une certaine insécurité juridique demeure lorsqu'une disposition légale ou réglementaire exige le recours à l'envoi ou au dépôt d'une lettre recommandée à la poste. Il pourrait être opportun de prévoir une clause transversale particulière précisant que ce type d'exigence peut être satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit l'opérateur et ce, notwithstanding l'emploi des termes « à la poste » dans la loi. A la rigueur, on pourrait envisager qu'une telle clause soit adoptée par le Roi dans le cadre de la délégation qui lui est faite. Néanmoins, pareille disposition devrait nécessairement s'accompagner d'un encadrement juridique de l'activité des prestataires de services de recommandé électronique, afin de préciser les garanties minimales qu'ils devraient offrir à leurs utilisateurs, ce qui excède les limites de la délégation faite au Roi.

4. — Les limites de l'approche fonctionnelle

Dans la mesure où il est possible que certaines formalités ne soient pas visées par les dispositions transversales développées ci-dessus (§§ 1^{er} et 2), le législateur confie au Roi, comme il l'a fait pour l'euro, la tâche d'adapter, à mesure qu'elles seraient relevées, toutes les dispositions législatives ou réglementaires qui constitueraient un obstacle persistant à la conclusion de contrats par voie électronique (art. 16, § 3).

Dès lors, il appartient à présent au Roi de poursuivre l'examen détaillé des textes légaux et réglementaires en quête des exigences de forme non susceptibles d'être prises en charge par les dispositions générales commentées. Ce travail aura valeur de test de la pertinence des dispositions arrêtées.

Ceci dit, il ne fait pas de doute que le dispositif de l'article 16 ne résout pas toutes les difficultés. Des questions délicates vont nécessairement surgir quant à l'interprétation de ces dispositions audacieuses, au regard de telle ou telle exigence de forme spécifique. Il appartiendra dès lors à la doctrine et à la jurisprudence de les élucider à mesure qu'elles se poseront. Cependant, on peut craindre en ce domaine que la jurisprudence tarde à se développer et à s'imposer de manière uniforme.

Néanmoins, la solution avancée apparaît comme un bon compromis entre, d'une part, une approche fonctionnelle, trop générale pour envisager tous les cas de figure, d'autre part, une adaptation de tous les textes légaux au cas

par cas, trop longue et fastidieuse à achever dans le bref délai de transposition de la directive impartie au législateur.

RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES INTERMÉDIAIRES

A. — Généralités

Il ne semble pas téméraire d'affirmer que l'un des objectifs principaux — sinon l'objectif principal — de la directive sur le commerce électronique a été d'établir un système d'exemption de responsabilité au profit des prestations intermédiaires de l'internet. Il est certain en tout cas que cette question a déchaîné les passions et a fait l'objet d'un *lobbying* intense et d'âpres discussions au cours du processus d'élaboration de la directive. Nonobstant l'importance du sujet, faute d'espace suffisant, on s'en tiendra à l'essentiel, en mettant l'accent sur les choix du législateur belge à l'heure de transposer les articles 12 à 15 de la directive (104).

Les intermédiaires sont les prestataires de S.S.I. dont l'activité consiste à assurer que les contenus émanant de tiers soient transmis, hébergés et rendus accessibles par le biais des réseaux, en manière telle qu'ils servent de pont entre ceux qui produisent ou éditent pareils contenus et ceux qui y accèdent. La question à laquelle était confrontée le législateur communautaire était la suivante : une quelconque responsabilité peut-elle être imputée à ces intermédiaires dans les cas où les contenus transmis ou hébergés par leurs soins s'avèrent illicites? On devine aisément le conflit des intérêts en présence. Pour les prestataires intermédiaires, la possibilité d'être déclarés responsables pour des contenus illicites — émanant de tiers — constitue un risque économique notable, d'autant que les volumes d'informations qu'ils transmettent ou héber-

gent rendent les contrôles systématiques, sinon matériellement impraticables, à tout le moins coûteux; délicats aussi à l'heure de juger du caractère licite ou illicite de telle information. D'un autre côté, pour les victimes de contenus illicites, il est souvent malaisé d'obtenir réparation du dommage subi auprès des auteurs des contenus illicites ou préjudiciables (car ils ont agi dans l'anonymat ou à partir de l'étranger...), alors que les fournisseurs d'accès ou d'hébergement sont connus, à portée de main et généralement solvables.

1. — L'origine des dispositions

Le compromis trouvé ne résulte pas d'une idée originale du législateur européen. En réalité, il est issu de la bataille livrée précédemment aux Etats-Unis entre l'industrie des contenus (musique, logiciel, film...) et le secteur des télécommunications et des fournisseurs de services sur l'internet (I.S.P.). Le point chaud de la discussion fut celui de savoir s'il fallait permettre aux titulaires de droits d'auteur de mettre en cause la responsabilité des I.S.P. en raison des copies illégales qui circulent par le biais de leurs réseaux ou sont hébergées sur leurs serveurs. L'industrie des contenus souhaitait obtenir le droit de réclamer une indemnisation pour les pertes subies par suite des atteintes aux droits d'auteur non seulement auprès des contrevenants principaux, mais aussi auprès des I.S.P. Le débat conduisit à l'adoption du *Digital Millennium Copyright Act* du 28 octobre 1998 qui établit une série d'exemptions de responsabilité au bénéfice des I.S.P. pour les contenus qui portent atteinte à des droits d'auteur. Le système adopté par la directive européenne s'inspire largement de la législation américaine (105). Les exonérations qu'elles établissent, l'une et l'autre, sont conçues selon l'activité concernée et non en fonction du type d'opérateur (106). Concrètement, la directive prévoit une exonération totale de responsabilité (sous conditions) au profit des activités de transmission des informations sur un réseau de communication et de fourniture d'accès à un tel réseau, ainsi qu'une exonération partielle de responsabilité au profit des activités d'hébergement et de stockage sous forme de cache des informations à la demande d'un destinataire du service.

2. — Une approche horizontale, mais limitée

A la différence de la loi américaine (qui s'inscrit dans une optique verticale, en visant uniquement les atteintes au *copyright*), la section 4 de la directive, ou le chapitre VI de la loi, couvre, de façon horizontale, tous types d'activités illicites exercées en ligne par des tiers. Aussi les exonérations de responsabilité ont-elles vocation à s'appliquer en matière d'atteintes aux droits d'auteur et aux droits voi-

(103) Pour une réflexion plus approfondie sur le sujet, voy. E. Montero, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in « Commerce électronique : de la théorie à la pratique », *op. cit.*, pp. 69 et s., spéc. pp. 90 et s.; O. Van Cutsem, « L'évolution technologique et le monde postal - La validité juridique du courrier électronique en Belgique », disponible sur www.droit-technologie.org (mise en ligne : 6 juin 2003).

(104) La littérature sur le sujet est déjà fort abondante. Parmi d'autres, voy. A. Lucas, « La responsabilité civile des acteurs de l'Internet », *A&M*, 2001, pp. 42-52; M. Peguera Poch, « La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet », 2001, 19 p. (www.uoc.edu/in3/dt/éà80/index.html); T. Verbiest et E. Wéry, « La responsabilité des fournisseurs de services internet : derniers développements jurisprudentiels », *J.T.*, 2001, pp. 165-172; R. Julia-Barcelo, « On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks », *E.I.P.R.*, 2000, pp. 106-119; A. Strowel et N. Ide, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet », *R.I.D.A.*, 3/2000, pp. 3-167 et 4/2000, pp. 3-153; G.M. Riccio, *La responsabilità civile degli internet providers*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2002, 302 p.; *Idem*, *Profili di responsabilità civile dell'Internet Provider*, Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, Università degli Studi di Salerno, 2000, 154 p.; E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in *Le commerce électronique européen sur les rails?*, *op. cit.*, pp. 271-295; Ph. Le Tourneau, « La responsabilité civile des acteurs de l'internet », *Expertises*, 1999, pp. 419-427; M. Vivant, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet », *J.C.P.*, G, 1999, I, 180.

(105) Voy., parmi d'autres, M. Peguera Poch, *op. cit.*, spéc. II; V. Sedallian, « La responsabilité des prestataires techniques sur internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 110, 1999, pp. 1-4.

(106) Voy. le considérant n° 42 et le commentaire article par article de la proposition de directive, *op. cit.*, p. 28.

sins, aux pratiques du commerce, à la vie privée, aux droits de la personnalité...

Par ailleurs, les exonérations de responsabilité concernent aussi bien la responsabilité pénale que civile (107); elles couvrent « à la fois les cas où un prestataire de services pourrait être tenu directement responsable d'une infraction, et ceux où il pourrait être jugé responsable à titre accessoire d'une infraction commise par une autre personne (par ex. en tant que complice) » (108).

Cela étant, à divers égards, le système a une portée relativement limitée. D'une part, les exonérations de responsabilité couvrent seulement certaines activités bien déterminées (le transport, la fourniture d'accès à un réseau, le stockage temporaire sous forme de cache et l'hébergement). Ainsi, ne sont pas couvertes non seulement les activités de production et d'édition de contenus sur les réseaux, mais aussi certaines activités intermédiaires telles que la fourniture de liens hypertextes ou de services d'annuaires et moteurs de recherche (109). Toutes ces activités non visées ressortissent dès lors au droit commun de la responsabilité.

D'autre part, il convient de remarquer que les dispositions nouvelles se bornent à établir des exemptions de responsabilité au profit de certaines activités, sans affecter la substance des principes et règles gouvernant la responsabilité pénale et civile (110). Autrement dit, le législateur n'a nullement conçu un nouveau régime positif de responsabilité. Il se contente de délimiter des zones de non-responsabilité; pour le reste, le droit commun demeure applicable, y compris dans le cas des intermédiaires. Par conséquent, le fait de ne pas remplir les conditions permettant de bénéficier d'une exemption de responsabilité n'implique pas que l'intermédiaire concerné doive automatiquement être tenu pour responsable; encore faudra-t-il que le juge apprécie si toutes les conditions du droit commun de la responsabilité sont réunies. En d'autres termes, le législateur se borne à délimiter des hypothèses dans lesquelles l'intermédiaire ne sera pas responsable pour des contenus émanant de tiers, mais il n'indique en aucune façon dans quels cas il pourra être tenu pour responsable.

3. — Des mesures provisoires

Les exonérations prévues par les articles 18 à 20 de la loi n'affectent pas les possibilités d'actions en référé ou en cessation en vue d'obtenir des mesures de cessation ou d'interdiction, parmi lesquelles l'injonction de retirer des informations illicites ou de rendre l'accès à ces dernières impossible (111). S'il

paraît clair que les exonérations de responsabilité n'ont pas d'incidence sur les actions en référé, la solution est moins évidente s'agissant des actions en cessation, civiles (112) ou commerciales (113). En effet, nonobstant les termes utilisés dans le considérant n° 45 de la directive (114), il semble que le législateur européen ait seulement voulu viser les actions au provisoire. Or, les actions en cessation ont, en droit belge, une portée qui dépasse le provisoire : le juge des cessations statue, en effet, de manière définitive, dans une mesure qui lie le juge du fond invité à se prononcer sur la responsabilité. Aussi serait-il logique de considérer que les exonérations de responsabilité prévues par la loi s'appliquent également aux actions en cessation. Cette solution n'est pas sans poser des difficultés (115).

B. — Examen des articles 18 à 21 de la loi

Dans l'ensemble, les articles 18 à 21 transposent de manière relativement littérale les articles 12 à 15 de la directive. Le législateur belge fait néanmoins preuve d'originalité sur certains points, qui feront plus particulièrement l'objet de nos commentaires.

1. — Obligations en matière de surveillance (article 21)

Contrairement à ce qu'avait suggéré le Conseil d'Etat, le législateur belge a estimé utile de confirmer que les prestataires visés aux articles 18, 19 et 20 n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (art. 21, § 1^{er}, al. 1^{er}). Cette absence de devoir général de surveillance n'empêche pas les autorités judiciaires d'imposer une surveillance temporaire dans un cas spécifique (art. 21, § 1^{er}, al. 2) (116); elle est, par ailleurs, contrebalancée par

paratoires de la loi. Une disposition de l'avant-projet de loi confirmait expressément ce point (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2002-2003, doc 50 2100/001, p. 71), mais le Conseil d'Etat l'ayant estimé inutile, elle a été supprimée du projet de loi (cf. l'avis du Conseil d'Etat, p. 97).

(112) En cas d'atteintes aux lois sur le droit d'auteur, sur la protection juridique des programmes d'ordinateur ou sur la protection des bases de données.

(113) En cas d'atteintes à la loi sur les pratiques du commerce.

(114) « Les limitations de responsabilité sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types... » [souligné par nous].

(115) Sur la question, voy. les intéressantes réflexions de A. Cruquenaire et J. Herveg, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet et les procédures en référé ou comme en référé », obs. sous Liège, réf., 28 nov. 2001, *J.T.*, 2002, pp. 309-311. Comp. A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete, *op. cit.*, pp. 141-142, n° 32.

(116) Le texte ajoute, de manière superflue selon le Conseil d'Etat, « lorsque cette possibilité est prévue par une loi ». On songe naturellement à la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique. Cf. notamment les articles 39bis, 88quater et 90ter du Code d'instruction criminelle. Pour un commentaire plus circonstancié, voy. E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *op. cit.*, p. 284, n° 532.

une obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes : ainsi, les prestataires visés à l'article 21, § 1^{er}, ont-ils l'obligation d'informer promptement le procureur du Roi lorsqu'ils ont connaissance d'activités illicites exercées par les destinataires de leurs services (art. 21, § 2). Ce dernier prend alors les mesures utiles sur pied de l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. Enfin, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement (art. 21, § 2, al. 2) (117).

2. — Activité de simple transport (article 18)

L'article 18 prévoit une exonération de responsabilité pour les activités de transmission des informations fournies par le destinataire du service ou de fourniture d'un accès au réseau de communication, à condition que le prestataire ne soit pas à l'origine des données, ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et ne sélectionne ni ne modifie les informations faisant l'objet de la transmission. Ces conditions sont cumulatives. Le deuxième alinéa de l'article 18 précise que les activités de transmission exonérées englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations réalisés pour les seuls besoins de la transmission (118).

Cette exonération suppose que le prestataire ne joue aucun rôle actif dans la transmission et ne soit impliqué en aucune façon dans l'information transmise (119); il perd le bénéfice de l'exonération s'il collabore délibérément, de quelque manière, avec l'un des destinataires de son service (120). Soulignons que le critère de connaissance n'est pas de mise dans l'hypothèse du simple transport : l'intermédiaire peut bénéficier de l'exonération de l'article 18 même si, ayant connaissance de la présence d'informations illicites qu'il transmet et ayant prise sur celles-ci, il ne prend aucune mesure appropriée. Cela étant, si le prestataire n'exécute pas une décision judiciaire lui enjoignant de ne pas transmettre un contenu déterminé ou de bloquer l'accès à celui-ci, sa responsabilité pourra être mise en cause (121).

(117) L'expression « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires » vise notamment la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique.

(118) Cf. art. 12, 2, de la directive. On rapprochera cette disposition de l'article 5, 1, de la directive 2001/29/C.E. du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*J.O.C.E.*, L 167 du 22 juin 2001, p. 16), qui établit clairement que le *ius prohibendi* dont jouit le titulaire du droit d'auteur n'englobe pas le droit d'empêcher la forme de reproduction évoquée au texte.

(119) Considérant n° 43 de la directive.

(120) Considérant n° 44 de la directive.

(121) En effet, l'exonération prévue à son profit implique qu'il n'est pas tenu de réparer les préjudices que son activité contribue à occasionner, mais elle ne signifie pas qu'il a toute liberté de transmettre n'importe quel type de contenu, y compris lorsqu'une dé-

3. — *Activité de stockage sous forme de cache* (article 19)

L'article 19 concerne l'activité de stockage temporaire de copies de sites souvent consultés (ou « sites miroirs ») sur des serveurs relais mis en place par des fournisseurs d'accès. Cette technique, dite « de cache » (*system caching*), permet d'améliorer les temps de connexion à des sites éloignés et ainsi de désengorger les réseaux et accroître leurs performances. Le prestataire est exonéré pour ce type d'activité pourvu qu'il agisse « promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre l'accès à cette dernière impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue à l'article 20, § 3 » (art. 19, 5°). Etant donné cette référence à l'article 20, § 3, nous reportons notre commentaire de cette disposition à l'examen de l'article 20 de la loi, non sans déplorer, au passage, la rédaction inélegante du point 5 de l'article 19. En sus de cette condition, qui prescrit un devoir positif, des conditions additionnelles, précisées aux points 1° à 4° de l'article 19, consacrent un devoir d'abstention dans le chef de l'intermédiaire : ainsi, pour bénéficiaire de l'exonération, encore faut-il qu'il ne modifie pas l'information, respecte les conditions d'accès à celle-ci, se conforme aux règles concernant leur mise à jour et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie relative à l'obtention des données sur l'utilisation de l'information.

4. — *Activité d'hébergement* (article 20)

L'article 20 prévoit une exonération de responsabilité au profit de l'activité d'hébergement à condition que le prestataire n'ait pas connaissance de la présence de l'information illicite ou qu'il agisse promptement, dès le moment où il a une telle connaissance, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue au paragraphe 3 (122). Cette condition de procédure est une particularité du texte belge. L'article 20, § 3, impose au prestataire qui a

cision de justice lui ordonne de cesser. Certes, le devoir d'exécuter ce genre d'injonction ne fait pas partie des conditions de l'exonération; par ailleurs, la connaissance du caractère illicite des informations transmises est indifférente; néanmoins, il est permis de considérer qu'en ignorant l'ordre de l'autorité judiciaire de cesser de transmettre un contenu déterminé, alors qu'il a techniquement les moyens d'y donner suite, le prestataire engage sa responsabilité (non dans un cas de « simple transport », mais dans un cas de transmission réalisée en violation directe d'un ordre de l'autorité judiciaire).

(122) Pour une présentation plus nuancée et à propos du degré de connaissance pouvant justifier un devoir d'intervention dans le chef de l'intermédiaire, voy. notam., A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete, *op. cit.*, pp. 143-144; E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *op. cit.*, pp. 289 et s.

une connaissance effective d'une information illicite d'en informer le procureur du Roi qui prend les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle (relatif à la saisie de données immatérielles). Aux termes du dernier alinéa de l'article 20, § 3, « aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations ».

L'article 14 de la directive, que cette disposition est censée transposer, fait difficulté à divers égards. Tout d'abord, il érige le prestataire d'hébergement en juge, l'amenant à devoir se prononcer sur le bien-fondé de plaintes concernant des informations dénoncées comme illicites, ce qui suppose de sa part une compétence juridique qu'il n'a pas nécessairement (123). Ensuite, la directive ne spécifie pas le degré de connaissance pouvant justifier un devoir d'intervention et n'instaure aucune procédure de notification et de retrait (*notice and take down*) de nature à déterminer précisément qui assume la responsabilité du maintien ou du retrait de l'information litigieuse; il s'en suit que l'insécurité juridique apparaît totale pour le prestataire d'hébergement qui s'expose à une mise en cause de sa responsabilité extracontractuelle à l'égard du tiers lésé (s'il décide de ne pas supprimer l'information dénoncée comme illicite) ou de sa responsabilité contractuelle à l'égard de son client (pour avoir supprimé une information que ce dernier estime parfaitement licite). Enfin, l'obligation imposée à l'hébergeur par l'article 14 d'agir promptement pour supprimer l'information ou la rendre inaccessible, dès connaissance de son caractère illicite, apparaît incompatible avec la législation relative à la criminalité informatique. La décision, prise par un prestataire d'hébergement, de supprimer des données supposées illicites s'accommode mal des prescriptions de l'article 39bis du Code d'instruction criminelle et menace de rendre impossibles des poursuites pénales ultérieures.

L'ensemble de ces considérations a conduit à l'adoption de l'article 20 de la loi en son libellé actuel (124). Tant les prestataires d'hébergement que les autorités judiciaires sont censés y trouver leur compte. Les premiers voient leur sécurité juridique mieux assurée : dès qu'ils ont connaissance d'une activité ou d'une information illicite, il leur suffit de les communiquer au procureur du Roi; en même temps, ils ne sont pas empêchés de prendre des mesures conservatoires (visant à empêcher l'accès aux informations, à l'exclusion de toute initiative visant à supprimer celles-ci). De leur côté, les autorités judiciaires sont informées de la présence d'informations éventuellement illicites et elles peuvent conserver les preuves. Reste à savoir si les procureurs du Roi seront en mesure de jouer ce nouveau rôle et si le système fonctionnera de manière rapide et efficace. Il est permis d'avoir des doutes à cet égard.

(123) *Ibidem*.

(124) Il est à noter que le commentaire des articles est relatif à une version antérieure du texte; il n'a pas été modifié nonobstant l'évolution de celui-ci au cours du processus législatif.

ACTION EN CESSATION, MESURE DE CONTRÔLE ET SANCTIONS

L'article 18 de la directive sur le commerce électronique impose aux Etats membres de veiller à la mise en place de recours judiciaires efficaces et rapides. Afin de répondre le plus adéquatement possible à la volonté du législateur européen, le législateur belge a déployé un arsenal de mesures destinées à prévenir, à mettre un terme et à sanctionner toute violation des dispositions de la loi.

En réalité, en instaurant une action en cessation et un régime spécifique de recherche et de constatation des infractions, le législateur belge s'est contenté, moyennant quelques adaptations, de recourir aux instruments classiques prévus dans des législations à caractère économique.

A. — *Action en cessation*

Pour respecter les exigences de la directive sur le commerce électronique, le choix de l'introduction d'une nouvelle action en cessation, spécifique à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, s'imposait, tant les avantages de cet instrument de procédure sont nombreux (125).

De manière générale, cette action est calquée sur celle prévue dans la L.P.C.C. Toutefois, le législateur a recouru à un système original, afin de tenir compte de l'étendue du champ d'application de la loi, recouvrant des situations susceptibles de concerner tant des commerçants que des titulaires de professions libérales (lesquels ne sont pas visés par la L.P.C.C. mais font l'objet de législations spécifiques) (126). Le législateur a en effet opté pour un système de double compétence présidentielle.

Ainsi, l'action en cessation donne lieu à un partage de compétences entre le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce, tout en étant déterminée en fonction de l'objet du litige, selon que celui-ci concerne ou non un acte de commerce (127).

Enfin, cette action en cessation se caractérise également par ses titulaires. Outre ceux visés

(125) L'action en cessation présente le double avantage de se dérouler selon une procédure accélérée et d'aboutir à une décision au fond. En outre, contrairement à l'action en référé, elle ne requiert pas l'urgence pour pouvoir être exercée.

(126) Voy. l'article 2, 9°, de la loi.

(127) En cela, la loi s'aligne sur les règles de compétences générales telles que prévues par le Code judiciaire et attribue la compétence de connaître d'une action en cessation d'un acte commis en infraction de la loi au président du tribunal de première instance, avec dérogation en faveur du président du tribunal de commerce (art. 573, C. jud.). Voy. les articles 4 et 5 de la loi qui complètent les articles 587 et 589 du Code judiciaire.

par l'article 98, § 1^{er}, de la L.P.C.C. (128), le législateur y a judicieusement inclus, d'une part, l'autorité professionnelle ainsi que l'union nationale et la mutuelle (129), d'autre part les entités qualifiées (130), et ce afin de tenir compte de récents développements législatifs.

B. — Mesures de contrôle et sanctions

1. — Procédure d'avertissement

Afin de mettre en œuvre un système de contrôle cohérent, le législateur a jugé opportun, parallèlement à l'instauration d'une action en cessation, de créer un mécanisme visant à prévenir toute violation des dispositions de la loi (131). L'article 24 de la loi instaure donc une procédure d'avertissement. Cette procédure, si elle ne s'inscrit pas *stricto sensu* dans un cadre juridictionnel, est un instrument classique du droit pénal économique (132) et contribue à donner à la loi une efficacité accrue.

Cette procédure d'avertissement se présente comme un mécanisme préventif et alternatif, situé en amont de tout recours juridictionnel. Pratiquement, cette procédure permet au ministre (ou aux agents désignés à cet effet) d'adresser un avertissement à l'auteur d'un manquement ou d'une infraction constatés, et de l'enjoindre d'y mettre fin dans les délais fixés. En cas de refus, cette procédure n'a pas d'autres suites pour l'intéressé que la mise en œuvre des moyens classiques de répression (133).

2. — Recherche et constatation des actes interdits par la loi

L'article 23 de la nouvelle loi instaure un système d'investigation et de contrôle spécifique, préalable nécessaire à l'introduction de toute procédure visant à mettre un terme à une violation alléguée de la loi (134). Dans ce cadre, la loi confère des pouvoirs de contrôle à des fonctionnaires spécifiquement désignés (135).

Outre les dispositions prévues à l'article 113, § 2, de la L.P.C.C., la loi confie au Roi le soin de déterminer, par arrêté délibéré en conseil des ministres, la nature et l'étendue des pouvoirs attribués à ces fonctionnaires pour l'accomplissement de leur mission. Un simple renvoi aux pouvoirs prévus par la L.P.C.C. aurait été insuffisant pour tenir compte des particularités du contexte numérique dans lequel les infractions potentielles s'inscrivent.

Cette tâche sera cependant délicate. Il conviendra en effet d'analyser quels pourraient être les pouvoirs des agents dans la recherche d'infractions spécifiques, propres aux nouvelles technologies et aux services de la société de l'information. Ces pouvoirs risquent d'être sensiblement différents de ceux généralement reconnus aux agents dans le cadre, par exemple, de la L.P.C.C. (136).

Enfin, s'agissant de l'étendue de ces pouvoirs, la loi souligne déjà que ces compétences particulières se situent dans la mission de recherche et de constatation des infractions et s'exercent sous la surveillance du ministère public (137).

3. — Règlement transactionnel

L'article 24 de la loi octroie aux agents commissionnés en vertu de l'article 23 susmentionné le pouvoir d'éteindre l'action publique par voie de transaction. L'article 24 reprend intégralement le prescrit de l'article 116 de la L.P.C.C.

Le système retenu dans la présente loi s'inscrit dans la lignée de la plupart des nouvelles

(134) L'article 23 se base largement sur l'article 113 de la L.P.C.C.

(135) Voy. l'arrêté ministériel du 4 avril 2003 désignant les agents chargés de rechercher et de constater les infractions à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 15 avril 2003.

(136) Il convient de rester attentif aux pouvoirs accordés et de réaliser une balance des intérêts en présence. Il serait, par exemple, disproportionné de permettre aux agents la confiscation pure et simple du matériel ayant servi de support à l'infraction au risque de compromettre l'activité du prestataire. Voy. P. De Locht, « La coopération entre Etats membres », in « Le commerce électronique européen sur les rails?... », *op. cit.*, p. 393, n° 788.

(137) Notons, en outre, comme c'est souvent le cas en droit pénal économique, que le législateur a jugé opportun de prévoir que les procès-verbaux dressés par ces agents font foi jusqu'à preuve du contraire. Cette exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement est de nature à rendre plus efficace la mission de constatation des infractions. Voy. exposé des motifs, pp. 52-53.

législations à caractère économique; il vise notamment à diminuer l'encombrement des parquets en déchargeant ceux-ci de nombreux dossiers ne dépassant plus ainsi le stade de la procédure administrative. Judicieusement appliquée, cette procédure contribue à effectuer un tri préalable en fonction de l'importance des infractions (138).

En outre, ce système transactionnel permet une répression plus rapide et plus efficace, sans toutefois que les droits de la défense soient bafoués. A cet égard, toutes les garanties sont acquises, puisque la procédure transactionnelle est proposée et non imposée. En cas de refus du contrevenant, c'est la procédure pénale classique qui reprend ses droits.

4. — Sanctions pénales

L'article 26 érige en infraction une série d'actes contraires aux dispositions de la loi (139).

Il prévoit notamment des peines d'amende en cas d'infractions aux exigences en matière d'information à fournir, de mise en place des moyens d'identification et de correction des erreurs lors de la passation de la commande, d'envoi d'accusé de réception de la commande du destinataire et d'identification des publicités.

Le législateur a estimé que la lutte contre le phénomène du *spamming* devait passer inévitablement par l'instauration de mesures coercitives. Il a dès lors prévu des sanctions spécifiques en matière de publicités non sollicitées par courrier électronique, le montant de l'amende étant compris dans une fourchette relativement large. En outre, le *spamming* consistant souvent en des comportements répétés, toute récidive entraîne le double de la peine prévue.

Sous réserve de certaines exceptions, le législateur a jugé opportun de sanctionner plus sévèrement les infractions commises de mauvaise foi.

Enfin, calqué sur l'article 108 de la L.P.C.C., l'article 27 de la loi permet au juge d'ordonner l'affichage du jugement ou du résumé qu'il en rédige. Cette sanction se présente sous un jour nouveau dans le contexte des réseaux numériques. La loi autorise en effet le juge à prendre cette mesure de publicité en affichant, par exemple, le jugement sur le site web du contrevenant, voire sur plusieurs autres sites s'il l'estime nécessaire (140).

(138) Dans son avis (p. 100), le Conseil d'Etat remet en cause la légitimité de ce type de procédures transactionnelles, qui selon lui, viennent « couper la route » (*sic*) du ministère public en le privant de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, lequel est conféré à des fonctionnaires sans aucune forme de contrôle du ministère public.

(139) L'article 26 transpose l'article 20 de la directive concernant les sanctions aux violations des dispositions adoptées en application de la directive.

(140) Voy. les termes de l'article 27 : « (...) par la voie des journaux ou de toute autre manière ». L'affichage d'un jugement sur le site web du contrevenant pourrait s'avérer particulièrement efficace, surtout en présence d'un comportement dolosif ou d'une récidive.

(128) Le ministre, un groupement professionnel ou interprofessionnel et une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs.

(129) Voy. l'article 20, 2^o et 4^o, de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.

(130) Voy. l'article 2 de la loi du 26 mai 2002 relatives aux actions en cessation intracommunautaires en matière de protection des intérêts des consommateurs, l'entité qualifiée y est définie comme « toute organisation constituée conformément au droit d'un Etat membre de l'Union européenne qui a un intérêt légitime à tenter une action en cessation d'une infraction en vue de protéger les intérêts collectifs des consommateurs en vertu des critères fixés par le droit de cet Etat membre ». Voy. également l'article 30 de la loi.

(131) Le siège de la matière relative aux mesures de contrôle et sanctions est situé dans le chapitre VII de la loi.

(132) L'article 24 de la loi reprend, à quelques détails près, les termes de l'article 101 de la L.P.C.C. Il s'agit d'un système qui a déjà fait ses preuves en matière de pratiques de commerce et qui s'avère être un instrument utile et efficace (voy. les travaux préparatoires de la L.P.C.C. : *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1984-1985, n° 947/1).

(133) Si le contrevenant veut éviter que l'infraction ne soit communiquée au procureur du Roi ou que la procédure de règlement transactionnel ne soit utilisée, il met fin aux actes interdits dans le délai fixé. Dans ce cas, l'affaire est classée, même si les faits constitutifs d'une infraction pénale ont été constatés par un procès-verbal.

CONCLUSION

La loi du 11 mars 2003 dessine, pour l'essentiel, le cadre juridique des services en ligne et du commerce électronique, même si certains arrêtés d'exécution doivent encore être adoptés. Néanmoins, indépendamment des réticences tenaces (on songe aux consommateurs peu portés à effectuer des paiements sur le net), des zones d'ombre subsistent : des précisions apparaissent souhaitables ou des lacunes sont à combler en ce qui concerne diverses questions — petites, mais irritantes — relatives, notamment, à la facture électronique, à l'archivage et l'horodatage de documents électroniques ou encore au recommandé électronique (141). Il ne fait pas de doute que le législateur sera encore amené à intervenir sur le terrain des services de la société de l'information, notamment pour encadrer juridiquement tous les nouveaux métiers dits « de la confiance ».

Juin 2003

Etienne MONTERO
Professeur
aux Facultés universitaires de Namur

Marie DEMOULIN
Christophe LAZARO
Chercheurs au Centre de recherches
informatique et droit (C.R.I.D.)

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Introduction	81
Prestation de service et établissement sur les réseaux	82
A. — <i>Les services de la société de l'information et les acteurs concernés</i>	82
B. — <i>Le domaine d'application de la loi</i>	82
C. — <i>Le principe de la liberté d'établissement</i> ..	83
D. — <i>La libre prestation de services</i>	83
Identification et publicité sur les réseaux	85
A. — <i>Obligation générale d'information</i>	85
B. — <i>Publicité</i>	86
Conclusion de contrats par voie électronique	88
A. — <i>Transparence du processus contractuel</i>	88
B. — <i>Le formalisme contractuel</i>	89
Responsabilité des prestataires intermédiaires	91
A. — <i>Généralités</i>	91
B. — <i>Examen des articles 18 à 21 de la loi</i>	92
Action en cessation, mesure de contrôle et sanctions	93
A. — <i>Action en cessation</i>	93
B. — <i>Mesures de contrôle et sanctions</i>	94
Conclusion	95

(141) Sur toutes ces questions, voy. l'ouvrage précité *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, 2003.