

Journal des tribunaux

17 février 2001
120^e année - N° 6000

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

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

7 ISSN 0021-812X

EDITORIAL

Le 4 juin 1977, le *J.T.* publiait son 5000^e numéro. C'était un numéro qui ne contenait ni doctrine, ni jurisprudence. Le rédacteur en chef de l'époque, Jean Dal, indiquait dans son éditorial qu'il avait apparu opportun au comité de rédaction «de faire du cinq millièmè numéro du *J.T.*, une petite musique de jour, un rien farfelue, drôle si ses séquences ne sont pas trop indignes de ce propos ». Il annonçait déjà en même temps que «les grandes orgues » retentiraient en 1982 pour la célébration du centenaire du *J.T.*, ce qui fut le cas puisque nous avons publié à cette occasion un numéro de 168 pages. Malheureusement Jean Dal n'était plus là pour assister à la séance académique qui eut lieu à cette occasion en présence du roi Baudouin au Palais de justice de Bruxelles.

Si le cinq millièmè numéro fut un numéro dominé par l'humour, tout en musique légère, nous avons choisi pour le numéro 6000 de nous tourner vers l'avenir en le consacrant entièrement aux aspects juridiques des nouvelles technologies.

Certes, on peut avoir des opinions différentes au sujet d'Internet et certains moins doués que les autres s'énervent parfois lorsqu'ils ne trouvent pas sur certains sites juridiques ce qu'ils y cherchent.

L'*e-mail* est un outil sans doute merveilleux par sa rapidité pour ceux qui ont des doigts agiles sur le clavier, mais certains se demandent aussi pourquoi tout doit aller plus vite aujourd'hui qu'hier. Et n'est-il pas souvent plus agréable d'analyser un arrêt de la Cour de cassation en le lisant sur le papier plutôt que sur un écran?

Mais notre objectif n'est pas de porter un jugement de valeur sur les nouvelles technologies. Celles-ci existent; elles suscitent des problèmes juridiques qui ne peuvent laisser indifférent. Nous remercions les spécialistes de ce droit en formation qui nous ont apporté leur collaboration dans les dix articles qui suivent, mettant ainsi leur savoir et leurs critiques à la disposition de tous nos lecteurs.

Le *J.T.* désire s'adapter à cette évolution. Dans quelques mois, il pourra être consulté sur Internet.

Le 6000^e numéro n'est qu'une étape dans la vie du *J.T.* qui entre dans sa cent-vingtièmè année au service de ses lecteurs. Le comité de rédaction, avec l'appui de son éditeur De Boeck & Larcier, envisage l'avenir du *J.T.* avec optimisme.

Le rédacteur en chef,
R.O. DALCQ

SOMMAIRE

- Editorial, par R.O. Dalcq 113
- L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique, par D. Gobert et E. Montero 114
- Le paiement sur internet, par J.-P. Buyle 129
- La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet, par A. Strowel, N. Ide et F. Verhoestraete 133
- L'identification sur Internet et les noms de domaine : quand l'unicité suscite la multiplicité, par A. Cruquenaire 146
- Internet et vie privée : entre risques et espoirs, par Y. Pouillet 155
- La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels, par T. Verbiest et E. Wéry 165
- Réseaux de distribution et commerce électronique, par J.-P. Triaille et M. Troncoso Ferrer 173
- La brevetabilité des méthodes commerciales liées à Internet, par B. Michaux 179
- e-Business : aspects juridiques, par D. Kaesmacher et P. Verplancke .. 183
- Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire, par M. Pertegás Sender 191
- Chronique judiciaire, par M. Mahieu .. 196

2 0 0 1

113

Pour marquer l'événement, les éditions Larcier, ont mis ce numéro 6000, en ligne à l'adresse : www.larcier.be/jt6000.

e-BUSINESS : ASPECTS JURIDIQUES

L'e-business modifie profondément la manière de gérer son entreprise et de faire le commerce : c'est l'utilisation de l'électronique et des réseaux, notamment de l'internet, dans les procédures internes de gestion de l'entreprise et dans les différents rapports entre l'entreprise et ses interlocuteurs professionnels, tant internes qu'externes. Au niveau juridique, des questions se posent à tous les niveaux. Elles seront abordées ici d'une manière résolument pratique, au travers des trois modèles économiques les plus répandus, à savoir la constitution et le fonctionnement d'un site de commerce électronique, la place de marché électronique et, enfin, les « A.S.P. » (« Application Service Providers »).

1 INTRODUCTION

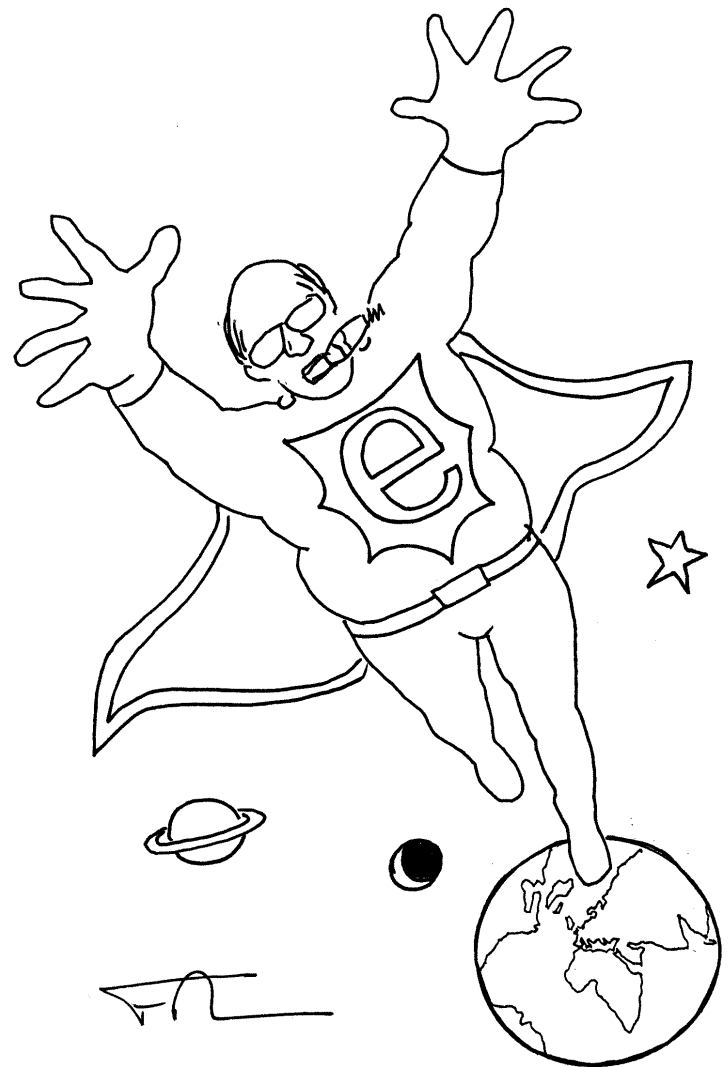
L'e-business est une notion neuve dont le contenu n'est pas encore fixé. Loin s'en faut. Traiter des problèmes juridiques liés à l'e-business est donc une mission périlleuse, mais très enthousiasmante aussi : « Internet, c'est la troisième révolution industrielle », estime François Caron, professeur à la Sorbonne (1), qui met en exergue de façon saisissante les similitudes de ces trois moments clés de notre histoire économique : à chaque fois un réseau — chemin de fer, électricité, internet — vient irriguer toute l'économie, bouleverser fondamentalement notre manière de produire et de consommer et créer entre les hommes des liens dont on n'avait jamais auparavant imaginé la possibilité. Les mêmes types d'hommes les ont créés, suscités, et on retrouve les mêmes « manias » boursières aussi.

Dans les lignes qui suivent, nous précisons dans un premier temps ce qu'il convient d'entendre par e-business. Dans un second temps, nous examinerons les principales questions juridiques qui se posent (2). A ce dernier égard, on peut distinguer les questions liées à une interdiction ou à un silence ou encore à une inadéquation de la loi. Ces points ne seront traités ici que dans la mesure où ils ne font pas l'objet des articles des autres contributeurs à ce numéro spécial. Il y a, ensuite, les points auxquels le conseiller juridique doit être attentif lorsqu'il rend un avis sur la légalité d'un projet ou lorsqu'il rédige un contrat pour formaliser les projets envisagés par l'entreprise.

Pour traiter ces questions, nous avons choisi une approche résolument pratique : nous prendrons comme points de départ, les trois modèles économiques les plus connus du monde des affaires électronique, à savoir, premièrement, celui de la construction et de la gestion d'un site web de commerce électronique, ensuite celui de gestionnaire d'une place de marché électronique, et, enfin, celui du fournisseur de service qui utilise la technique des A.S.P. Nous saisissons également l'occasion d'introduire le lecteur au jargon de l'e-business.

(1) Pour plus de détails, voy. l'article « Internet, c'est la troisième révolution industrielle » paru dans *L'Express* du 27 avril 2000.

(2) L'aspect fiscal ne sera pas examiné.



2001

183

2 PRÉSENTATION DE L'e-BUSINESS

2.1. — Définition de l'e-business

L'e-business, c'est bien plus que présenter et vendre ses produits ou services à ses clients en ligne, via un site web. Le commerce électronique n'est qu'un aspect de l'e-business.

L'e-business serait la quatrième phase de l'évolution comprenant :

- une première phase dite d'information : stade de la création du site internet de l'entreprise, où celle-ci donne des informations sur elle, ses produits et services, de façon « statique » (*grosso modo* la traduction en ligne de sa brochure papier);
- une deuxième phase dite d'identification : stade de saisie et d'encodage des données laissées par les internautes (qu'ils soient clients, prospects, ou fournisseurs);
- une troisième phase dite d'interaction : stade où l'entreprise effectue ses transactions commerciales « en ligne » (commande, paiement, facturation, etc.);
- une quatrième phase dite d'intégration : stade où l'usage de l'électronique et des réseaux est en outre complètement intégré dans tous les systèmes de gestion de l'entreprise.

On peut tenter la définition suivante de l'*e-business* : l'*e-business* consiste en l'utilisation de l'électronique et des réseaux, notamment *business* intervient à tous les niveaux, tant dans les rapports entre l'entreprise et le monde extérieur que dans les rapports qui se situent à l'intérieur de l'entreprise et au niveau de tous les processus internes de traitement des données.

2.2. — Les acteurs concernés

A priori, tous les interlocuteurs de l'entreprise sont susceptibles de voir tout ou partie de leurs relations avec l'entreprise menées au travers du médium électronique. Le passage se fait de manière progressive, et pour certaines de ces relations, l'on n'en est à ce jour qu'à des ébauches. Les obstacles peuvent être de différentes natures : juridique, politique, technique ou encore simplement économique.

Parmi les interlocuteurs de l'entreprise, il y a tout d'abord *les clients*, qu'ils soient consommateurs ou professionnels. Pour qualifier cette relation, on utilise généralement les termes suivants : « Business-to-consumer » ou « BtoC » ou encore « B2C » lorsque les clients sont des consommateurs, et « Business-to-business » ou « BtoB » ou encore « B2B », lorsque l'on se trouve entre professionnels.

Ensuite, il y a les différents *fournisseurs* de l'entreprise : fournisseurs de matières premières, de biens d'équipement (*hardware*, *software*, énergie, etc.). Tout aussi importants sont les *collaborateurs*, *membres du personnel de l'entreprise*. On parle parfois alors de relations « Business-to-Employee » ou « BtoE » ou encore « B2E ».

Dans une version plus achevée, il y a les *autorités publiques*, *les actionnaires*, *les concurrents* et *l'ensemble des autres partenaires*. Parmi ceux-ci, on peut distinguer d'une part, les partenaires « classiques » ou traditionnels de l'entreprise (banquiers, agences de publicité, distributeurs, sous-traitants, experts-comptables, auditeurs, avocats, chasseurs de tête, sociétés de leasing, etc.). D'autre part, une série de nouveaux partenaires apparaissent, liés à la production, au fonctionnement ou à l'intégration de la nouvelle technologie (depuis le *web designer* et l'agent d'enregistrement de nom de domaine à l'A.S.P. ou à l'arbitre en ligne dans le cadre d'un système alternatif de règlement des litiges (3), en passant par le fournisseur d'accès à l'internet, l'hébergeur, le gestionnaire de place de marché électronique, le gestionnaire de galerie marchande, l'intégrateur et autres consultants).

ASPECTS JURIDIQUES DE L'*e-BUSINESS*

1. — Création et gestion d'un site web de commerce électronique

A. — Introduction

Dans ce chapitre, nous envisagerons le cas du commerçant qui souhaite vendre ses produits ou services via l'internet au départ d'un site web. L'objectif est d'identifier les questions juridiques qui se posent aux différentes étapes de la construction puis du fonctionnement du site (4). Pour alléger le texte, nous procéderons dans la mesure du possible par renvoi aux autres contributions à ce numéro spécial.

Nous distinguerons trois « couches » : construction du site, contenu du site et transactions sur le site.

(3) En anglais, « Alternative Dispute Resolution » (« A.D.R. »).

(4) La question de la sécurité et la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique (*M.B.*, 3 févr. 2001) ne seront pas abordés ici. A noter que la loi introduit de nouveaux crimes : le faux en informatique, la fraude informatique, l'accès non autorisé à un système informatique et le sabotage informatique de données.

B. — Construction du site (aspects techniques)

a) *Développement technique du site*. — Pour la construction de son site, le commerçant fait généralement appel à des spécialistes appelés *web designers* (5). Dans le contrat de services à conclure à cette fin, les parties définiront avec soin les spécificités du site à développer ainsi que le régime de propriété intellectuelle des éléments de celui-ci (*lay-out* graphique, programmes informatiques, etc.) (6). A cet égard, le commerçant veillera, dans la mesure de sa force contractuelle, à se réserver une cession des droits intellectuels ou à tout le moins une licence d'utilisation élargie comprenant notamment le droit de modifier ultérieurement les différents éléments développés.

b) *Nom de domaine*. — Le commerçant doit disposer d'une adresse internet pour son site. Cette adresse consiste en une série de chiffres (adresse I.P.) et en un code correspondant exprimé en lettres (le nom de domaine) (7). Le commerçant doit choisir le type de nom de domaine (« top level domain name » ou « T.L.D. » : générique, par exemple « .com » ou « .org » ou « .net », ou géographique, par exemple « .be » ou « .fr ») puis le nom de domaine proprement dit (« second level domain name » ou « S.L.D. » : par exemple une marque de l'entreprise) et le faire enregistrer auprès de l'organisme compétent (8). La tendance actuelle est l'enregistrement des noms de domaine sans contrôle préalable de la part de l'organisme, selon la règle « premier arrivé, premier servi » (9). Cela ouvre la porte à des abus connus sous le nom de *cybersquatting* ou *domain name grabbing* (10). Selon le cas, le tiers lésé dispose de différents instruments juridiques pour tenter de « récupérer » le nom de domaine ou en faire cesser l'usage par le *cybersquatter* (11).

(5) Le commerçant pourra également faire appel à d'autres fournisseurs de technologies, telles que notamment des logiciels de comptage, des logiciels de gestion des bases de données ou encore de *streaming*. Les premiers sont très utiles pour le calcul des redevances (liées généralement au nombre de visites du site ou de la page) à faire payer par les annonceurs dont la publicité apparaît sur le site web du commerçant, dans une zone spéciale appelée « bandeau » (*banner* en anglais). Dans la configuration de ces compteurs, le commerçant veillera à respecter la loi sur la vie privée.

(6) Un *site web* est susceptible d'être protégé par le droit d'auteur, lequel appartient en principe à la personne qui a créé l'œuvre. En outre, un site peut également être protégé par le droit du producteur de base de données au sens de la loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données. Voy. égalem. C. Noël, et I. Vernimme, « Le statut et la protection de la page web en droit belge », *I.R.D.I.*, 2000, p. 173.

(7) La problématique des noms de domaine sera examinée en détails par A. Cruquenaire, voy. ci-avant, p. 146. Sur ces questions, voy. égalem., Bruxelles, 1^{er} avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, 1588, note E. Wéry, « *Domain Name grabbing*, la Belgique entre enfin dans le rang »; H. De Bauw, « Het reserveren van domeinnamen als oneerlijk handelsgedrag », *Computerrecht*, 1998/4, p. 172; K. Delesie, « Namaking van Beneluxmerken in Cyberspace », *R.W.*, 26 févr. 2000, p. 865.

(8) Les procédures d'enregistrement sont généralement décrites sur les sites web des organismes responsables, par exemple l'a.s.b.l. D.N.S. Belgique pour les noms de domaine « .be » (voy. <http://www.dns.be>, consulté le 15 janv. 2001) et l'I.C.A.N.N. (« Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ») pour les noms de domaine « .com », « .net » et « .org » (voy. <http://www.icann.org>, consulté le 15 janvier 2001). Les deux organismes travaillent avec un système d'« agents accrédités ».

(9) En Belgique, le système, sévère à l'origine, a été complètement libéralisé à partir du 11 décembre 2000.

(10) Où la personne enregistre comme nom de domaine une dénomination sur laquelle un tiers dispose d'un droit antérieur, tel que notamment une marque ou un nom commercial.

(11) Action pour atteinte à la marque (art. 13.A.1.d. de la loi uniforme Benelux sur les marques du 19 mars 1962, *M.B.*, 14 oct. 1969), au nom commercial (art. 93 et 23 de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur du 14 juillet 1991 - ci-après « L.P.C.C. », *M.B.*, 29 août 1991 et article 8 de la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883). Un projet de loi spécifique a été déposé qui permettrait également aux personnes physiques de s'opposer à la reprise de leur nom patronymique comme nom de domaine par un tiers (avant-projet de loi relatif à l'enregistrement abusif des noms de domaine). Voy. égalem. G. Bogaert et P. Mayaert, « Handelsnaam - Venootschapsnaam - Merk - Bescherming en onderlinge conflicten - Rechtspraak (1990-1997) », *R.D.C.*, 1999, pp. 72 et s.

c) *Les mots clés* — Metatags. — Parmi les éléments d'un site web non directement visibles par l'internaute (12) figurent souvent des mots clés (*metatag key-words*) lesquels sont choisis en toute liberté par le propriétaire du site web (13). L'intérêt est que ces mots sont lus par les moteurs de recherche (14), en sorte que la tentation est parfois grande pour les titulaires de sites (qui souhaitent augmenter les visites de leur site) d'insérer comme mots clés des marques de tiers bien connues. De la sorte, leur site web apparaîtra dans les pages de résultats éditées par les moteurs. On ne peut que le déconseiller vivement car un tel usage de signes distinctifs d'autrui est susceptible de constituer une atteinte à la marque ou un acte contraire aux usages honnêtes (15).

d) *Hébergement*. — Le site web doit être placé sur un ordinateur spécial appelé « serveur » et ce serveur doit être connecté à l'internet. A cette fin, le commerçant fait généralement appel à un fournisseur d'hébergement ou hébergeur (*hosting provider*) (16). Les éléments sensibles — du point de vue juridique — du contrat de service avec l'hébergeur sont, d'une part, les garanties à fournir par ce dernier concernant l'accessibilité du site par les internautes (17) et, d'autre part, la responsabilité en cas de contenu illicite (18).

e) *Accès à l'internet*. — Le commerçant doit disposer d'une connexion à l'internet. A cette fin, il conclura un contrat avec un fournisseur d'accès à l'internet (19). Le plus souvent, il s'agira de conditions standards sur lesquelles le commerçant n'aura guère de prise. Dans la mesure du possible, il est conseillé de prévoir un S.L.A. (*Service Level Agreement*) contenant des garanties quant à l'accès à l'internet et les procédures au cas où l'accès serait interrompu.

C. — Contenu sur le site

a) *Contenu relatif au commerçant*. — Le commerçant placera du contenu sur son site pour présenter son entreprise, ses produits ou services, et ce de manière attractive. Il s'agira d'éléments graphiques, textuels et, le cas échéant, audio et vidéo. Dans ce cadre, que le commerçant crée en interne ou fasse appel à des experts externes, il veillera à obtenir les autorisations nécessaires au niveau des droits intellectuels protégeant les éléments utilisés (20).

b) *Référencement du site - Liens*. — Dans le but d'assurer la visibilité de son site, le commerçant créera des « hyperliens » avec d'autres sites web, des portails et/ou des galeries marchandes. Des précautions s'imposent dans l'établissement de ces hyperliens, tant en ce qui concerne le type de pointeur utilisé (21) que la manière de faire le lien (22). Une certaine prudence s'impose également quant au contenu du site vers lequel le lien est créé (23).

c) *Publicité sur le site*. — Le commerçant a la possibilité de placer des messages publicitaires sur son site. Le plus souvent, ils prendront la forme d'un « bandeau » (ou *banner*) situé en haut de la page du site. Ces messages peuvent contenir de la publicité pour des produits ou services de tiers (24). A cette fin, le commerçant prendra soin de conclure un contrat, soit directement avec les annonceurs, soit avec une ou plusieurs régies publicitaires. Dans ces contrats, le commerçant règlera avec soin la question de la garantie et de la responsabilité concernant la légalité de la publicité.

d) *Les mentions légales*. — A la fois pour informer l'internaute et se protéger, le commerçant a intérêt à faire figurer des mentions légales concernant l'existence des droits intellectuels sur les différents éléments de son site web (marques déposées, droits d'auteur, droit du producteur de base de données). Le commerçant peut également y préciser les conditions auxquelles il accepte que l'on établisse un hyperlien vers son site.

e) *La « privacy policy »*. — Si le commerçant veut collecter et utiliser des données à caractère personnel des internautes (25), il doit respecter les règles applicables (26). Notamment, ces données doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes. La finalité légitime sera présumée (jusqu'à preuve contraire) dans le cas où la personne concernée a indubitablement donné son consentement pour la collecte des données. La loi précise les caractéristiques que doit revêtir le consentement pour être valable : il doit être libre, spécifique et informé (27). Par « informé », il faut entendre que la personne doit être suffisamment éclairée sur le but poursuivi et les conditions de traitement de ses données. Dans ce cadre, l'adoption d'une *privacy policy* par le titulaire du site, accessible de manière claire par l'internaute, nous paraît répondre à la problématique du consentement « informé » de la personne concernée.

f) *Codes de conduite - Labellisation - Certification*. — Afin notamment d'augmenter la confiance des internautes, le commerçant peut adhérer à des codes de conduite (28). De cette manière, le commerçant présente clairement les règles qu'il entend respecter dans le cadre de son activité commerciale. Si le commerçant ne respecte pas les règles du code de conduite et que cela porte préjudice aux tiers, sa responsabilité sera engagée. Le commerçant peut aller plus loin et faire certifier par un tiers (qui apposera un « label ») que lesdites règles sont effectivement respectées. Une telle certification pourra aider le commerçant en cas de contestations avec ses clients.

(12) Ces éléments non visibles par le public en général figurent dans la version html du site.

(13) Voy. égalem. K. Delesie, *op. cit.*, p. 869.

(14) Par ex., Yahoo, Alta Vista, Google, Excite, Lycos. Ces machines aident l'internaute à trouver les informations sur l'internet lorsqu'il ne connaît pas l'adresse précise d'un site. Voy. T. Verbiest, « Entre bonnes et mauvaises références - A propos des outils de recherche sur internet », *A&M*, 1999/1.

(15) Sanctionné par l'article 93 de la L.P.C.C.

(16) Si le commerçant dispose d'un serveur, il s'adressera plutôt à un « bailleur » d'un type particulier (*housing provider*) qui lui louera un emplacement pour son serveur et mettra à disposition une connexion à l'internet.

(17) Généralement, l'hébergeur ne garantira pas 100% d'accès. D'où l'intérêt accru de prévoir un « S.L.A. » (« Service Level Agreement ») décrivant les niveaux de qualité de manière objective et les procédures en cas de problèmes (disponibilité du « helpdesk », délai d'intervention, pénalités en cas de retard, etc.).

(18) Aux termes de la directive 2000/31/C.E. 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.*, L 178/1, 17 juill. 2000), pour autant qu'il remplisse certaines conditions liées à l'absence de connaissance de l'illicéité du contenu, le fournisseur d'hébergement n'est pas responsable des informations hébergées à la demande du destinataire du service d'hébergement (art. 14 de la directive). Sur la directive, voy. l'article de A. Strowel, ci-avant, p. 133). Au vu de la jurisprudence belge et étrangère hésitante en la matière, les hébergeurs insèrent souvent dans leurs contrats des procédures de « Notice and take down ». Voy. aussi l'article de E. Wéry et T. Verbiest, ci-avant, p. 165.

(19) *Internet Access Provider* ou *Internet Service Provider* (I.S.P.) en anglais.

(20) En vue d'adapter le droit d'auteur au monde digital, un projet de directive est sur le point d'être adopté. Voy. la position commune 48/2000 arrêtée par le Conseil le 28 septembre 2000 en vue de l'adoption de la directive 2000/.../C.E. sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, C 344/1, 1^{er} déc. 2000.

(21) S'il s'agit d'un élément protégé par un droit d'auteur ou un droit de marque d'un tiers, il faudra disposer des autorisations nécessaires du titulaire de droit. Sur ces questions, voy. A. Strowel, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet - A propos des hyperliens », *A&M*, 1998/4, p. 296.

(22) De préférence vers la page d'accueil du site.

(23) Voy. notam., Prés. Comm. Bruxelles, *I.F.P.I. c. Belgacom Skynet*, 2 nov. 1999 (appel a été interjeté).

(24) Dans ce cas, l'on pourra le plus souvent se retrouver sur le site du tiers en « cliquant » sur le bandeau.

(25) Par donnée à caractère personnel, on entend « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ».

(26) Loi 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 du 8 décembre 1992 (*M.B.*, 18 mars 1993), telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 (*M.B.*, 3 févr. 1999). L'entrée en vigueur de cette dernière loi dépend de l'adoption d'arrêtés royaux. Pour plus d'informations voy. Y. Pouillet, ci-avant, p. 155.

(27) Article 1^{er}, § 8, de la loi précitée.

(28) Par ex., le « Web Trader » à l'initiative de Test-Achat et avec le soutien de l'Union européenne (<http://www.budget-net.com/bnet/webtradersite/code.nl.html>, consulté le 15 janv. 2001); la F.E.B. et EuroCommerce ont également pris des initiatives semblables.

D. — Transactions sur le site

a) *Formation du contrat - Moment - Preuve.* — En droit des contrats « classique », un contrat est formé au moment où et à l'endroit où l'offrant (le commerçant) prend connaissance (ou peut raisonnablement prendre connaissance) de l'acceptation de l'offre (29). La directive sur le commerce électronique prévoit quant à elle que le commerçant doit confirmer à l'acheteur la commande aussi vite que possible par des moyens électroniques (30). Par ailleurs, dans le cadre des contrats « en ligne », les parties contractantes rencontrent une série de problèmes additionnels : notamment, elles n'ont aucune certitude quant à l'identité des intervenants ni quant à l'intégrité de leurs communications. La signature électronique constitue une réponse à ces problèmes (31). Sur l'impulsion de l'Union européenne (32), la Belgique a déjà partiellement adapté son ordre juridique pour assimiler la signature digitale à la signature manuscrite (33).

b) *Exécution du contrat.* — Une fois le contrat formé, se pose la question de son exécution. Tout d'abord, la livraison par le commerçant. Celle-ci pourra s'effectuer « en ligne » ou de manière classique, selon le type de produit ou de service. Ensuite, le paiement par le client, lequel pourra être effectué selon un moyen classique (adapté à l'internet) ou en utilisant la monnaie électronique (34). Dans tous les cas, le commerçant devra conclure un contrat particulier avec un établissement de crédit spécialement autorisé à cet effet (35).

c) *Règles spécifiques en cas de site s'adressant à des consommateurs.* — Si le commerçant souhaite offrir ses produits ou services à des consommateurs (36) (le dénommé secteur « B2C »), il devra tenir compte des règles contenues dans la L.P.C.C. En effet, la vente de produits et services sur l'internet est à considérer comme une vente à distance (37). Tout d'abord, le commerçant devra donner une série d'informations préalables (au moment où les produits ou services sont offerts en vente) (38). Ensuite, il faudra confirmer certaines informations par écrit ou sur un support durable avant la livraison du produit ou le début d'exécution du service. Il s'agit essentiellement de la répétition d'une partie des in-

formations préalablement citées ainsi que de la mise en œuvre du droit de renonciation (39). Enfin, le commerçant devra, en principe, livrer les marchandises dans un délai maximum de trente jours à compter de la commande (40).

d) *Difficultés d'exécution du contrat - Droit applicable - Juridiction compétente - Arbitrage.* — Des problèmes peuvent surgir en cours d'exécution du contrat. Comme l'internet est un phénomène transfrontalier, le vendeur et l'acheteur appartiendront fréquemment à des ordres juridiques différents, d'où les questions classiques mais toujours très délicates de la juridiction compétente et du droit applicable. Pour éluder ces questions, le commerçant peut faire choix d'une loi applicable et d'un tribunal, mais son choix risque de ne pas s'imposer en toutes circonstances (41). Il peut également proposer une procédure alternative de résolution des litiges faisant appel à des arbitres « en ligne » ou non (42). L'avantage essentiel de ces procédures est la rapidité. Le problème majeur est que l'exécution des sentences arbitrales reste généralement dépendante de la bonne volonté des parties.

2. — Place de marché électronique

A. — Introduction

Un des modèles commerciaux les plus prometteurs rendus possibles grâce à l'internet est certainement la « place de marché électronique (43) B2B » (44). Il s'agit d'une « plateforme » reliant électroniquement un ensemble d'entreprises, où les unes peuvent présenter leurs produits et/ou services pour ensuite les vendre aux autres. Cette plateforme se présente sous la forme d'un site web auquel toutes les parties concernées peuvent se connecter.

Les places de marché électroniques sont souvent spécialisées dans un secteur particulier. Dans ce cas, on parle de « place de marché verticale » (45). Lorsque la place de marché s'adresse à plusieurs secteurs, on parle d'une « place de marché horizontale » (46). La place de

(29) Cass., 25 mai 1990, A.C., 1989-1990, 1218. Voy. également, R. Steennot, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, p. 666.

(30) Article 11 de la directive. On peut d'ailleurs se demander si la confirmation dont question est une condition qui doit être satisfaite pour que le contrat soit valablement formé. Cette question pourra être réglée par le législateur belge lorsqu'il incorporera la directive en droit belge, ce qui doit intervenir pour le 17 janvier 2002. Pour une analyse détaillée de la directive, voy. A. Strowel, ci-avant p. 133.

(31) Voy. également, R. Steennot, *op. cit.*, p. 670.

(32) Directive 1999/93/C.E. sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques du 13 décembre 1999, *J.O.C.E.*, L 013/12, 19 janv. 2000.

(33) Loi introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire du 20 octobre 2000, *M.B.*, 22 déc. 2000, p. 42698 (adaptation de l'article 1322, C. civ.); Projet de loi relatif à l'activité des prestataires de service de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques; pour une analyse détaillée de la question, voy. E. Montero et Gobert, ci-avant, p. 114.

(34) La monnaie électronique consiste en la création d'une valeur stockée sur un support digital, comme le disque dur de l'internaute, le serveur de l'émetteur de cette valeur ou une carte à puces, qui peut être utilisée, par débit, pour acheter des biens et des services auprès de différents vendeurs. Voy. également, R. Steennot, *op. cit.*, p. 673.

(35) De nombreux textes sont en voie d'adoption ou viennent de l'être : Recommandation 97/489/C.E. de la Commission relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, *J.O.C.E.*, L 208/52, 2 août 1997; Directive 2000/46/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements du 18 septembre 2000, *J.O.C.E.*, L 275/39, 27 oct. 2000; Projet de loi relatif aux opérations effectuées au moyen d'instruments électroniques de transfert de fonds; pour une analyse détaillée, voy. J.-P. Buyle, ci-avant, p. 129.

(36) Aux termes de l'article 1^{er}, 7, de la L.P.C.C., le consommateur est « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché ».

(37) Voy. article 77 de la L.P.C.C.

(38) Voy. articles 77 et 78 de la L.P.C.C.

(39) Voy. article 79, § 1^{er}, 2^o et 3^o (formalités à respecter), article 80, § 1^{er} (délai minimum de 7 jours ouvrables, les coûts directs), article 80, § 2 (sanction en cas de non-respect) et article 80, § 4 (exceptions au droit de renonciation).

(40) Article 81, § 1^{er}, de la L.P.C.C.

(41) Voy. les Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la compétence judiciaire. La Convention de Bruxelles a été modifiée par le Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.C.E.*, L 12/1, 16 janv. 2001). Pour une analyse détaillée, voy. la contribution d'A. Strowel, concernant la directive (ci-avant, p. 133) et celle de Mme Pertegas-Sender concernant le droit international privé (ci-après, p. 191). Voy. également, R. Steennot, « Internationaal privaatrechtelijke aspecten van middelen internet gesloten (consumenten) overeenkomsten », *D.A./O.R.* 2000/55, p. 192.

(42) De très nombreuses initiatives voient le jour, la plus connue étant certainement celle mise en place par l'O.M.P.I. et appliquée pour résoudre les conflits relatifs aux noms de domaine génériques (voy. <http://arbitrer.wipo/int/domains>, consulté le 15 janvier 2001).

(43) Ces places de marché sont souvent appelées par un des termes anglais suivants : *virtual marketplace*, *e-marketplace*, *e-hub*, *internet exchange*, *trading exchange*, *netmarket*.

(44) Les consommateurs ou particuliers ne prennent pas part à de telles transactions. Ils disposent d'autres possibilités pour effectuer des achats électroniques (entre autres via des portails tels que <http://www.yucom.be> ou <http://www.yahoo.com>, via des sites de ventes aux enchères pour particuliers tels que <http://www.ibazar.be> ou <http://www.ebay.com>) (sites consultés le 15 janvier 2001).

(45) Par ex. : <http://www.covisint.com> (secteur automobile; initiative conjointe de Ford, General Motors et Daimler-Chrysler), <http://www.worldoffruit.com> (produits frais tels que fruits et légumes), <http://www.myaircraft.co> (secteur aéronautique), <http://www.chemconnect.com> (industrie chimique), <http://www.metalsite.com>, <http://www.e-steel.com>, <http://www.metalspectrum.com> (industrie métallurgique), <http://www.chemdex.com> (sciences), <http://www.worldwidetailexchange.org> (secteur de la distribution, le spécialiste belge de la distribution Delhaize fait partie de cette plateforme) (sites consultés le 15 janvier 2001).

(46) Par ex. : <http://www.3btrade.com> (première place de marché horizontale en Belgique, lancée par Belgacom), <http://www.OracleExchange.com> (Oracle), <http://www.marketmile.com> (filiale commune constituée par American Express et Ventro) (sites consultés le 15 janvier 2001).

marché électronique est souvent construite à l'initiative d'une grande entreprise qui invite ses clients et fournisseurs à en faire partie (de cette manière, elle atteint immédiatement une « masse critique », c'est-à-dire un volume de transactions nécessaires au succès de la place de marché).

Les places de marché électroniques peuvent être *ouvertes* ou *fermées*. Dans le premier cas, n'importe quelle entreprise peut vendre et/ou acheter des biens ou des services via la place de marché, alors que dans le cas d'une place de marché fermée, seuls les « membres » de la place de marché peuvent y acheter ou vendre des produits ou services. Pour devenir membre, l'entreprise devra satisfaire à un certain nombre de conditions, par exemple apporter la preuve de sa solvabilité.

La logique économique qui sous-tend les places de marché électroniques consiste en ce que les entreprises qui utilisent ces places de marché peuvent réaliser de sérieuses économies de coûts et augmenter leur efficacité de manière substantielle (automatisation des procédures d'achat et de gestion des stocks, offre élargie de produits et services, concurrence accrue, rapidité, nouveaux débouchés, etc.).

Plusieurs *types de transactions* peuvent s'effectuer via les places de marché électroniques : les ventes classiques, les enchères (*auctions*) où le fournisseur/vendeur d'un produit ou service déterminé met en concurrence plusieurs acheteurs potentiels pour ensuite vendre ledit produit ou service à celui qui lui fait l'offre la plus avantageuse (souvent il s'agira du prix le plus élevé), les enchères inversées (*reverse auctions*) où l'acheteur d'un produit ou service déterminé envoie une demande d'offre à différents fournisseurs/vendeurs potentiels pour ensuite acheter le produit ou le service à celui qui offre les conditions les plus favorables (souvent il s'agira du prix le plus bas).

B. — Aspects juridiques

Nous décrivons brièvement ci-après les différents contrats en cause ainsi que la question du respect des règles du droit de la concurrence.

a) Création d'une place de marché électronique

Étant donné l'investissement financier considérable que représente l'établissement d'une place de marché électronique, l'entité qui conçoit un tel projet (ci-après le gestionnaire ou le gérant ou encore l'opérateur de la place de marché) va d'abord étudier la « faisabilité technique et financière » de ce projet. A cette fin, il fait généralement appel à un consultant extérieur. Le gérant de la place de marché a intérêt à prévoir dans le *contrat de consultance* qu'il conclut une cession ou à tout le moins une licence d'usage large en sa faveur des éventuels droits intellectuels sur les résultats de l'étude. A défaut, le risque pour le gérant est de devoir obtenir l'autorisation préalable du consultant pour l'exécution du projet ou encore la modification de celui-ci.

Une fois que le gérant de la place de marché électronique prend la décision de constituer une telle place de marché, il lui faut conclure *des contrats avec une série de « fournisseurs de solutions techniques » (technical solution providers)*. En premier lieu, le gérant doit disposer des applications informatiques (ou logiciels) nécessaires au fonctionnement de la place de marché. Celles-ci feront l'objet d'un contrat de licence (47). Sur le plan juridique, il est essentiel que le fournisseur donne des garanties complètes concernant les droits intellectuels sur les applications. Ensuite, vu que les logiciels et en particulier ceux relatifs aux places de marché électroniques sont sujets à nombreux changements, il est important que le fournisseur s'engage à assurer la maintenance des applications tant au niveau correctif qu'évolutif. Le gérant a en outre intérêt à exiger dans son contrat un S.L.A. C'est important pour le gérant, qui se basera sur les garanties du S.L.A. et leurs limites pour définir ses propres obligations vis-à-vis des utilisateurs de la place de marché (construction *back to back*).

(47) Exemples de fournisseurs de tels logiciels : Oracle, Ariba, Commerce One, S.A.P., i2.

Ensuite, les applications informatiques doivent être installées sur un serveur et ce serveur devra être connecté au réseau internet.

Enfin, la face visible d'une place de marché électronique étant un site web, le gérant doit développer (ou faire développer) un site web qui constitue l'interface des utilisateurs (48).

b) Fonctionnement d'une place de marché électronique

Le gérant va conclure des *contrats avec les utilisateurs*, c'est-à-dire les acheteurs et les vendeurs de la place de marché électronique. Ces contrats prendront généralement la forme de *conditions générales*.

Dans ces conditions générales, le gérant définira, tout d'abord, explicitement, les services qu'il offre (49). Le gérant agit comme fournisseur de solutions techniques et, dans une certaine mesure également, comme intermédiaire aux transactions conclues entre les utilisateurs de la plateforme. Ce rôle d'intermédiaire peut recouvrir différentes réalités et implique des responsabilités corrélatives. Pour cette raison aussi, il est essentiel d'attirer l'attention du gérant sur ce point et de définir de manière précise les services offerts sur la place.

En ce qui concerne l'étendue de ces services, le gérant de la place se limitera généralement, dans une *phase primaire* en tout cas, à offrir la possibilité aux acheteurs et vendeurs d'effectuer leurs transactions « en ligne ». Souvent, le gérant préférera ne pas se limiter à une simple plateforme de commerce et offrira des services additionnels (50).

Parmi ces *services additionnels*, figurent généralement les engagements suivants :

— Afficher le *rating* de solvabilité attribué aux membres par une société indépendante spécialisée.

— Offrir des services d'intégration. Bien souvent, les sociétés ne seront prêtes à se connecter à une place de marché électronique que si les transactions qui s'effectuent via une telle place de marché sont immédiatement intégrées dans leurs systèmes informatiques internes existants (51).

— Offrir des services liés aux catalogues. Sur une place de marché électronique, la plupart des fournisseurs/vendeurs présentent leurs produits ou services via une publication de leurs catalogues sur la place de marché. Ces catalogues ne peuvent être publiés sur la place de marché électronique qu'à condition d'avoir été digitalisés. Souvent, le gérant pourra s'occuper (contre rémunération) de la digitalisation et de la mise à jour des catalogues. Lors de la digitalisation, le gérant utilisera en outre des normes pour classer les produits et services en catégories (ce qui permettra d'utiliser des moteurs de recherche ainsi que de comparer facilement les produits et services des différents fournisseurs).

— Offrir des possibilités de paiement électronique. De la sorte, les acheteurs peuvent payer « en ligne » les produits ou services achetés via la place de marché (52).

— Proposer une technologie de signature électronique. Cela permet de garantir l'identité de l'utilisateur de la place de marché et l'intégrité des communications électroniques.

— Offrir des systèmes de soutien logistique (permettant par exemple à l'acheteur de savoir à tout moment où se trouve physiquement le bien qu'il a acheté).

— Prévoir un système alternatif de résolution des litiges. Puisque des contestations peuvent surgir entre acheteurs et vendeurs concernant les

(48) Voy. *supra*, point 3.1.B.a.

(49) Ainsi, le gérant de la place de marché électronique précisera généralement qu'il n'est pas responsable des éventuels problèmes d'accès à l'internet (lesquels sont du ressort du fournisseur d'accès à l'internet et de l'utilisateur de la place de marché électronique).

(50) Ces services sont souvent décrits en anglais par le terme *Value Added Services*.

(51) Dans ce cadre, on parle souvent alors de systèmes « *E.R.P.* » (*Enterprise Resource Planning*), par exemple S.A.P.

(52) Voy. *supra*, pt 3.1.D.

transactions qui se déroulent via la place de marché, le gérant peut prévoir une procédure de règlement alternatif des litiges. Une telle procédure peut consister en une procédure d'arbitrage en ligne (53). Dans ce cas, le gérant ou une autre personne indépendante sera chargé de trouver une solution au conflit opposant acheteur et vendeur.

L'exécution de ces services additionnels est fréquemment confiée totalement ou partiellement à un tiers, expert en la matière, dans le cadre d'un contrat de sous-traitance ou encore fait l'objet d'un partenariat.

Dans tous les cas, le gérant de la place de marché électronique doit offrir un certain nombre de garanties aux utilisateurs de la place de marché, à savoir notamment :

— la disponibilité de la place de marché électronique (qui tiendra compte du temps nécessaire pour l'entretien d'une telle place de marché);

— la sécurité de la plateforme (les utilisateurs doivent être sûrs que leurs transactions « en ligne » se dérouleront dans un environnement techniquement sécurisé);

— la validité des messages électroniques (le gérant doit assurer et s'assurer que les utilisateurs de la place de marché ne contesteront pas la validité des communications électroniques au seul motif qu'elles se passent électroniquement).

Il appartient aux utilisateurs de la place de marché (acheteurs et vendeurs) de convenir des conditions contractuelles applicables à la vente des produits et services présentés sur la place de marché (garanties, modalités de paiement, bon de commande, délai de livraison, prix, etc.). Ces contrats peuvent être conclus « en ligne » (via la place de marché) ou selon la voie traditionnelle (papier). Le gérant prendra généralement soin de préciser expressément dans les conditions générales qu'il n'est pas partie à ces transactions et qu'il ne peut d'aucune manière être tenu pour responsable des éventuels problèmes relatifs à la validité ou l'exécution des contrats.

c) Respect des règles du droit de la concurrence

Lors de la constitution et surtout de la mise en œuvre de la place de marché électronique, il faudra veiller tout particulièrement au respect des *règles du droit de la concurrence*. Pour rappel, ces règles interdisent les accords entre entreprises ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser de manière sensible le jeu de la concurrence. Elles interdisent l'abus de position dominante et fixent des règles en cas de concentration d'entreprises (54). Les sanctions possibles en cas de violation sont la nullité des clauses ou conventions contraires ainsi que des amendes.

Les difficultés se posent essentiellement au niveau de l'échange d'informations, de l'accès aux places de marché et, enfin, du type d'activités menées sur la place de marché (55).

L'échange d'informations entre concurrents (concernant les prix, les coûts, les débouchés) peut conduire à des situations ou des accords faussant ou limitant la concurrence. Ainsi, par exemple, supposons une place de marché établie par plusieurs entreprises qui sont concurrentes. Les partenaires fondateurs auront l'occasion et les moyens d'échanger des informations dans le but de fixer de manière concertée les prix des produits et/ou services qu'ils offrent en vente, ce qui est, en principe, interdit par les règles de concurrence. Les partenaires fondateurs peuvent également, à côté de leur qualité de propriétaires-gérants de la place de marché, devenir membres utilisateurs de la place de marché. Dans un tel

cas, ils sont en mesure, vu leur qualité de gérant de la place de marché, de collecter des informations sur des entreprises concurrentes membres de la place et concernées par une transaction déterminée. Dans ce cadre, les gérants de la place de marché devront s'assurer qu'une nette séparation soit établie entre leur fonction de gérant et celle de membre.

Quant à l'accès à la place de marché, deux questions se posent essentiellement. Tout d'abord, le gérant d'une place de marché électronique peut-il refuser l'accès à sa place de marché à certaines entreprises? D'une manière générale, on peut dire que la plupart des places de marché électroniques doivent rester ouvertes à tous les acheteurs et les vendeurs concernés, et ce d'une manière objective et non discriminatoire. Bien sûr, il faudra avoir égard aux parts de marché. Concrètement, les éléments suivants joueront un rôle important dans l'appréciation de la validité au regard des règles de concurrence d'un refus d'admission à une place de marché électronique :

— la place de marché peut-elle être considérée comme une facilité essentielle?

— la place de marché dispose-t-elle d'une position dominante sur le marché relevant?

— existe-t-il des places de marché électroniques alternatives?

Ensuite, les partenaires fondateurs d'une place de marché électronique peuvent vouloir s'interdire d'établir d'autres places de marché électroniques ou encore d'effectuer des transactions sur une autre place de marché électronique. A notre avis, de tels accords ne pourront que très rarement passer le test des règles du droit de la concurrence (notamment si l'interdiction est limitée dans le temps et ne vaut que dans la stricte mesure nécessaire à la viabilité de la place de marché électronique).

Enfin, en ce qui concerne le *type d'opérations menées sur la place de marché*, il faut se rappeler que la constitution de comptoirs d'achat ou de vente est susceptible de violer le droit de la concurrence, spécialement lorsque le groupe d'acheteurs a un pouvoir significatif sur le marché relevant. La question se pose surtout dans les places de marché verticales où le pouvoir du groupe d'acheteurs ou de vendeurs est en principe plus important.

Afin de se conformer aux règles du droit de la concurrence, les places de marché électroniques font parfois appel à un intermédiaire neutre (*neutramediaries*). Cet intermédiaire agit comme gérant de la place de marché électronique et veille à ce que l'accès à la place de marché et les échanges d'informations se déroulent en conformité avec les règles de concurrence. Encore faut-il que la réalité économique soit conforme aux apparences.

3. — Les « A.S.P. » (« Application Service Providers »)

A. — Introduction

Le modèle économique des A.S.P. est, à la fois, une nouvelle figure d'externalisation des ressources (*outsourcing*) qui a vu le jour grâce, notamment, au succès de l'internet et un nouveau mode de commercialisation des applications informatiques. Celles-ci ne sont pas localisées chez l'utilisateur, mais chez un intermédiaire (l'A.S.P.) qui donne accès aux applications à distance, via l'internet, à des groupes d'utilisateurs.

Trois acteurs interviennent en principe dans le modèle des A.S.P. : les fabricants d'applications informatiques, les A.S.P. et les clients finaux.

En ce qui concerne les fabricants d'applications informatiques, en général, ils commercialisent leurs applications en concédant des licences aux sociétés qui souhaitent utiliser celles-ci. Ces sociétés licenciées installent les applications sur des serveurs localisés chez elles. Dans le nouveau modèle, l'application est localisée chez l'A.S.P., et non chez l'utilisateur ou plutôt le bénéficiaire final.

Ce nouveau modèle commercial présente de nombreux avantages pour les fabricants, particulièrement une diminution des coûts de distribution et de support (clients expérimentés, etc.) et une diminution des risques

(53) Une telle procédure existe déjà pour les contestations relatives aux noms de domaine T.L.D. (voy. <http://arbitr.wipo.int/domains>, consulté le 15 janvier 2001).

(54) Voy. les articles 81 et 82 du Traité de l'Union européenne, le règlement 4064/89/E.E.C. du Conseil du 21 décembre 1989 concernant le contrôle des concentrations ainsi que la loi du 5 août 1991 concernant la protection de la concurrence économique.

(55) Voy. B. Sher, « Anti-Trust Issues Raised by Business to Business exchanges », Linklaters & Alliance, www.linklaters.com, octobre 2000.

de contrefaçon (moins de copies en circulation). Toutefois, les fabricants doivent faire face à des nouveaux risques, notamment la perte du contrôle du client final.

Ensuite, l'A.S.P. quant à lui, est l'entreprise qui héberge les applications informatiques et permet à ses clients de bénéficier, à distance et via Internet, de ces applications informatiques. L'A.S.P. est un exemple de « réintermédiation » : c'est un nouvel intermédiaire entre le fabricant de programmes informatiques et les utilisateurs.

L'A.S.P. doit faire face à plusieurs défis. Il doit notamment offrir un service de qualité alors qu'il ne le maîtrise pas complètement puisque les applications sont développées par des tiers. Il doit également atteindre une masse critique de clients et choisir une structure appropriée pour sa rémunération.

Enfin, pour ce qui est des clients de l'A.S.P., ils ont seulement besoin d'un accès à l'internet, d'un système de messagerie électronique et de terminaux qui peuvent être assez simples.

Le modèle présente de nombreux avantages pour les clients (généralement des p.m.e.) : une diminution des coûts d'installation et de maintenance des applications ainsi que l'élimination des soucis liés à l'installation, au déploiement et à la compatibilité des applications avec le reste de l'équipement. En revanche, les clients doivent accepter de dépendre d'un tiers et d'utiliser des applications qui n'ont généralement pas été conçues ou adaptées spécialement à leurs besoins.

B. — Analyse juridique

Nous limiterons cette analyse à l'examen des questions suivantes : l'utilisation des programmes informatiques, la maintenance des programmes informatiques, la responsabilité de l'A.S.P., la protection des données des clients et la fin de la relation contractuelle entre l'A.S.P. et ses clients.

a) Utilisation des programmes informatiques

L'A.S.P. rend à ses clients des services basés sur des programmes informatiques qui lui sont fournis par un ou plusieurs fournisseurs et qui sont installés chez cet A.S.P. Les clients de ce dernier peuvent bénéficier des fonctionnalités de ces applications informatiques grâce à une interface web et, le cas échéant, un module d'accès installé chez eux.

Les programmes d'ordinateur sont susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur (56). En conséquence, l'A.S.P. doit veiller à conclure, *en amont*, avec les fabricants d'applications informatiques, des *contrats de licence* lui permettant d'utiliser les applications fournies (et leurs nouvelles versions) de manière à pouvoir exercer son activité.

A cette fin, la licence doit couvrir les actes de reproduction du programme requis par l'A.S.P. En revanche, dans la mesure où aucune partie de l'application informatique n'est localisée chez le client, il n'est pas nécessaire de prévoir le droit de sous-licencier l'application aux clients ou le droit de distribuer le programme aux clients. En effet, le droit d'auteur protège l'aspect textuel, la forme du programme mais pas l'aspect fonctionnel (57), c'est-à-dire les fonctionnalités du programme. En d'autres termes, à notre avis, le droit d'auteur n'empêche pas l'A.S.P. de rendre à ses clients des services basés sur le programme aussi long-

(56) Cette protection est consacrée dans la loi du 30 juin 1994 (*M.B.*, 27 juill. 1994) transposant en droit belge, la directive européenne 91/250 du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, ainsi que, pour tous les points non réglés par cette loi, dans la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins. Voy. notam. A. Puttemans, « La loi du 30 juin 1994 sur la protection des programmes d'ordinateur par le droit d'auteur », *R.D.C.*, 1995. Par une fiction juridique et à condition que le programme soit original, la loi assimile le programme d'ordinateur à une œuvre littéraire et lui accorde la protection par un droit d'auteur spécialement adapté.

(57) A. Strowel et J.-P. Triaille, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Bruylant, 1997, spéc. pp. 214, 146 et 154.

temps qu'il n'existe pas de copie de tout ou partie de ce programme chez le client (58). Il faudra toutefois être attentif aux éventuelles restrictions contractuelles qu'imposerait le fabricant.

En aval, l'A.S.P. conclura avec son client un contrat de services qui comporte, notamment, l'hébergement des applications informatiques et des données du client.

b) Maintenance des programmes informatiques

Il s'agit là d'un élément majeur pour l'A.S.P. vu son rôle d'intermédiaire très actif.

L'A.S.P. et le fournisseur du programme doivent prévoir les conditions de maintenance tant corrective qu'évolutive (59), ainsi qu'une répartition éventuelle des tâches dans ce domaine.

Les modalités de maintenance, spécialement les procédures d'appel à la maintenance corrective, le délai de début d'intervention, les garanties de mise à disposition d'un personnel suffisant affecté à la maintenance, la détermination des pénalités au cas où une erreur ne peut être corrigée dans certains délais définis par les parties, sont autant de questions importantes qu'il faut régler tant dans le contrat entre le fournisseur du programme et l'A.S.P. qu'entre ce dernier et ses clients, *mutatis mutandis*.

L'opportunité du dépôt des sources auprès d'un tiers comme garantie de la bonne maintenance du programme doit également être considérée. Cette opportunité doit s'apprécier au cas par cas, essentiellement en fonction de la solidité financière du fabricant, la composition et la stabilité de son personnel qualifié, l'importance stratégique et la substituable du programme pour l'A.S.P. et, finalement, le coût de l'*escrow* directement ou indirectement à charge de l'A.S.P. (60).

c) Responsabilité de l'A.S.P. vis-à-vis des clients

La question de la responsabilité de l'A.S.P. nous semble d'autant plus importante que ce dernier s'engage à rendre un service qu'il ne maîtrise pas. En effet, ce service est surtout dépendant de la qualité du programme fourni par un tiers et de la qualité de la maintenance fournie également par un tiers.

L'étendue de la responsabilité de l'A.S.P. dépend, d'une part, de la détermination précise du périmètre des services qu'il entend rendre et, d'autre part, de la nature du contrat. En particulier, le fait qu'il s'agisse d'un contrat de services implique aussi un devoir de conseil dans le chef de l'A.S.P. (61).

Pour déterminer le périmètre exact des services rendus par l'A.S.P., il est important de tenir compte du contrat en amont entre l'A.S.P. et le fabricant du programme d'ordinateur car c'est sur la base de celui-ci que l'A.S.P. pourra établir ses propres conditions de services vis-à-vis des clients (construction *back to back*, sauf risque accepté pour des raisons commerciales avec une couverture d'assurance éventuelle). C'est

(58) A ce propos, un arrêt de la Cour de cassation française relatif à l'utilisation personnelle au profit de tiers a déclaré que le contrat de concession de l'usage des logiciels « à titre personnel » s'entendait de leur utilisation par le concessionnaire, sur son propre ordinateur dans le cadre de son activité de prestataire de services informatiques pour l'établissement de la paie pour le compte de ses clients (Cass., 1^{re} ch. civ., 1^{er} juill. 1997, 1258 D).

(59) La maintenance corrective consiste en la correction des erreurs des programmes d'ordinateur, alors que la maintenance évolutive est la fourniture de nouvelles versions des programmes comportant de nouvelles fonctionnalités. Cette maintenance se fait généralement à distance, par téléphone et par l'internet, mais il est possible que, dans certains cas, du personnel du fournisseur du programme doive se rendre sur place chez l'A.S.P.

(60) Pour plus de détails sur le mécanisme d'*escrow*, voy. D. Kaesmacher, *Protection des résultats*, « Le droit des affaires en évolution - Recherche et développement d'un produit », onzième journée du juriste d'entreprise, 26 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, p. 204.

(61) J.-P. Buyle, Y. Lanoye, Y. Pouillet et V. Willems, « Chronique de jurisprudence : l'informatique (1987-1994) », *J.T.*, 1996, pp. 205 et 229.

ici qu'apparaît l'importance des dispositions relatives à la maintenance dans le contrat entre l'A.S.P. et le fournisseur du programme d'ordinateur.

d) *Les données des clients*

Les données des clients sont localisées chez l'A.S.P., qui peut encore, le cas échéant, faire appel à des sous-traitants spécialisés (*data store houses*).

Trois questions doivent être réglées soigneusement dans le contrat entre l'A.S.P. et le client : la confidentialité des données, la conservation des données, la propriété et l'usage des données (et de la base de données).

En particulier, au niveau de la conservation, des mesures techniques de sécurité (*firewall*, etc.) et des mesures pratiques (plusieurs localisations, copies de sauvegarde, et autres mesures à l'exemple de ce que font les *escrow agents*) doivent être prévues.

Il conviendra encore de préciser que l'A.S.P. ne devient pas propriétaire des données (ni titulaire du droit sur la base de données), mais dispose d'un simple droit d'utilisation dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution de sa mission contractuelle.

e) *Fin de la relation contractuelle entre l'A.S.P. et son client*

Les parties doivent prévoir les modalités relatives à la fin de leurs relations, en particulier l'accompagnement du client dans la restauration de son autonomie par rapport à l'A.S.P.

Le client doit cesser d'utiliser toute interface ou tout module fourni par l'A.S.P. qui serait, le cas échéant, localisé chez lui et doit pouvoir récupérer ses données complètes dans une forme et sur un support convenus. Afin de permettre la réversibilité complète du projet, le client devrait pouvoir disposer d'un préavis suffisant et d'un accompagnement, éventuellement sous forme de consultance rémunérée. Des mesures pratiques comme le fonctionnement parallèle des applications du client pendant la période nécessaire à l'acquisition de son indépendance devraient également être prévues.

4 CONCLUSION

1. — L'on entend souvent que l'une des caractéristiques principales de l'*e-business* est la « désintermédiation » : le fabricant de produits et le prestataire de services n'ont plus besoin d'intermédiaire (grossiste, détaillant, distributeur, etc.) pour vendre et vanter leurs produits ou services puisque via le web, d'une part, ils peuvent atteindre directement tous les clients de la planète où qu'ils se trouvent (62) (que ce soit pour présenter l'entreprise, les produits et services ou les vendre), et, d'autre part, ils peuvent collecter un maximum d'informations sur lesdits clients afin de mieux les servir.

Et pourtant, l'*e-business* offre aux intermédiaires traditionnels de nouvelles opportunités (63). De plus, l'*e-business* fait apparaître de nombreux *nouveaux intermédiaires*, que ceux-ci se situent au niveau des transactions commerciales (comme par exemple le gérant de place de marché électronique ou l'opérateur de site de vente aux enchères) ou au niveau opérationnel comme support des activités de l'entreprise (comme par exemple l'A.S.P.). C'est un des paradoxes de l'*e-business*.

(62) Pour autant qu'ils disposent d'une connexion à l'internet.

(63) Pour ce qui concerne les distributeurs, voy. J.-P. Triaille, ci-avant, p. 173.

2. — Les silences ou inadéquations de la loi à l'égard de l'*e-business* sont en train de s'estomper grâce aux différentes dispositions légales qui ont été ou qui sont en train d'être adoptées et qui constituent le plus souvent, du moins au sein de l'Union européenne, des règles harmonisées. De leur côté, les commerçants n'ont pas attendu le législateur et ont, d'une part, développé des initiatives par le biais de l'autorégulation et, d'autre part, utilisé la souplesse que leur offre le droit commercial pour régler contractuellement leurs relations. Finalement, on peut conclure que l'*e-business* ne rencontre pas de véritables obstacles juridiques, spécialement dans son aspect B2B. Une des difficultés majeures pour le juriste consiste à comprendre un contexte factuel très technique et en constante évolution.

Dominique KAESMACHER
Avocate

avec la collaboration de Peter VERPLANCKE
Avocat

Dans la collection

Création - Information - Communication

Le droit de l'internet et de la société de l'information

Droits européen, belge et français

par T. Verbiest et E. Wéry

Les ouvrages sur le droit de l'internet sont déjà nombreux. Celui qui proposent les auteurs n'est pourtant pas qu'un livre de plus.

Dans un *style précis et direct*, qui ravira autant le juriste que l'entrepreneur, les auteurs *donnent les clés de l'ensemble des questions posées par ce droit émergent*, et notamment : protection des données personnelles, propriété intellectuelle, criminalité informatique, contenus illicites, commerce électronique en ce compris les aspects fiscaux, ou encore régulation du réseau. Les auteurs n'hésitent pas à affronter également des *sujets neufs encore peu étudiés*, tels que les aspects internationaux du réseau, la responsabilité des moteurs de recherche ou la copie privée numérique. Rien n'est ainsi laissé de côté.

Remarquablement à jour, l'ouvrage représente la première synthèse intégrant les directives sur les contrats à distance (97/7), le commerce électronique (2000/31) et la signature électronique (99/93) ainsi que la proposition de directive relative aux droits d'auteur et voisins dans la société de l'information. Son approche horizontale apparaît tellement plus proche de la réalité de la société de l'information.

Pour chaque problématique, les auteurs proposent une *analyse en droits belge, français et européen*. L'attention du lecteur est constamment attirée sur les similitudes et divergences de ces ordres juridiques. Les droits étrangers sont également visités lorsque la matière requiert une approche en droit comparé.

Prix de souscription jusqu'au 31 mars 2001 4.800 BEF - 781 FRF

COMMANDES : LARCIER, c/o Accès⁺, s.p.r.l.,

Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve

Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19

E-mail : acces+cde@deboeck.be — Site web : <http://www.larcier.be>