

L'IMPACT DE LA DIRECTIVE COMMERCE ÉLECTRONIQUE SUR LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DES SERVICES FINANCIERS

PAR

LAETITIA ROLIN JACQUEMYNS (1)

JURISTE, DE MOFFARTS-ROLIN JACQUEMYNS S.A., STOCKBROKERS

ET

MICHEL VAN HUFFEL (2)

ADMINISTRATEUR PRINCIPAL, COMMISSION EUROPÉENNE

INTRODUCTION

La matière des services financiers occupe une place importante dans le droit communautaire. Ces services, souvent « dématérialisés », exigent rarement une livraison physique et sont donc particulièrement sensibles à l'évolution des technologies de communication.

Le commerce électronique constitue une opportunité particulière pour le domaine des services financiers, et la directive « commerce électronique » doit être vue comme une occasion de clarifier une série de questions qui ont trait à la libre prestation de services.

L'importance du nombre de dispositions contraignantes en la matière crée cependant des incertitudes quant à l'articulation entre d'une part l'acquis communautaire dans le domaine des services financiers en général – directives bancaires (3) et directives ayant trait aux services

(1) lrol@dmrj.com. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur et en aucun cas la société.

(2) michel.van-huffel@cec.eu.int. Les vues exprimées dans cet article sont exclusivement celles de leur auteur et n'engagent pas la Commission européenne.

(3) Première et deuxième directives bancaires, pour l'essentiel (Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *Journal officiel*, n° L 322 du 17/12/1977, pp. 0030-0037, Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et adminis-

d'investissement (4) (5) (6) – et d'autre part les règles mises en place par la récente directive 2000/31/CE 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 (7) (ci-après la directive sur le commerce électronique) (8).

Cette articulation a suscité beaucoup de questions au sein des communautés scientifiques et financières et revêt une grande importance pour la Commission. Celle-ci a publié une communication concernant le commerce électronique et les services financiers (9), qui entend apporter des éclaircissements sur le point de vue de la Commission à propos de ces questions ainsi que sur les actions qu'elle entend mener pour résoudre les différents problèmes que l'on peut d'ores et déjà identifier.

L'ambition de cet article est d'arriver à proposer une lecture en perspective de ces différents corpus de règles afin de bien en mesurer l'im-

tratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant ladite directive 77/780/CEE, *Journal officiel*, n° L 386 du 30/12/1989, pp. 0001-0013), désormais coordonnées par la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE*, L 126, 26 mai 2000, pp. 1-59.

(4) Directive OPCVM (Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), *Journal officiel*, n° L 375 du 31/12/1985, pp. 0003-0018) modifiée à plusieurs reprises, et notamment les modifications en cours : accords politiques des 17 octobre 2000 et 12 mars 2001 sur les deux propositions de directive visant à modifier la directive OPCVM : voy. http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/mobil/01-345.htm; directive services d'investissement (Directive 93/22/CEE du Conseil, du 10 mai 1993, concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, *Journal officiel*, n° L 141 du 11/06/1993, pp. 0027-0046).

(5) Nous n'aborderons cependant pas dans le cadre du présent article le secteur des assurances, qui fait par ailleurs l'objet d'une exclusion particulière de la clause « marché intérieur » : cfr. *infra*.

(6) La Commission a ouvert le 24 juillet 2001 une consultation sur la modification de la directive « services d'investissement » : voy. documents de consultation disponibles à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/mobil/index.htm

(7) *JOCE*, 17.7.2000, n° L 178, pp. 1 à 16.

(8) Or, l'on sait que la Cour de Justice considère que « *Les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles du droit des États membres soient formulées de manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect* », CJCE, arrêt du 21 juin 1988, *Commission/Italie*, aff. 257/88, *Rec.*, 3249, ce qui suppose que « *la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables. Cet impératif de sécurité juridique s'impose avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des conséquences financières, afin de permettre aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'elle leur impose* », CJCE, arrêt du 15 décembre 1987, *Commission/Irlande*, aff. 239/86, *Rec.*, 5271.

(9) Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Commerce électronique et services financiers, COM (2001) 66, 7 février 2001, disponible à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/general/ecom.htm

pact et de mettre en lumière certaines questions plus épineuses. La première partie de l'article rappellera l'historique de la directive commerce électronique et de la récente communication de la Commission (chapitre I^{er}); nous examinerons ensuite les principes de base sur lesquels repose la directive (chapitre II) et nous terminerons cet exposé par une analyse de l'impact de la directive sur la réglementation des services financiers (chapitre III).

CHAPITRE I. – LA GENÈSE DE LA DIRECTIVE « COMMERCE ÉLECTRONIQUE » ET DE LA RÉCENTE COMMUNICATION DE LA COMMISSION SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET LES SERVICES FINANCIERS

SECTION I. – *La directive commerce électronique*

La première version officielle d'un texte concernant la réglementation du commerce électronique vit le jour en novembre 1998 sous la forme d'une proposition de directive, présentée par la Commission, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur. Le titre en est assez simple : il n'y est question que de « commerce électronique », sans doute parce que les perspectives ouvertes à cette époque par cette nouvelle manière de commercer ainsi que par les technologies de l'information en général sont encore mal mesurées.

Contrairement aux Etats-Unis, qui prêchent un certain libéralisme en la matière, l'Union européenne choisit de se doter d'un cadre juridique pour assurer la circulation des services de la société de l'information.

Cette motivation apparaît d'ailleurs clairement dans l'exposé des motifs, qui indique que « *le commerce électronique constitue pour la Communauté une chance unique pour la croissance économique, la compétitivité de l'industrie européenne et la création de nouveaux emplois. Le cadre juridique du marché intérieur et l'Euro sont deux instruments clés pour saisir cette chance* (10) ».

La Commission poursuit en présentant son approche de la question. Pour elle, ce qui est important, c'est « *d'éviter la surréglementation, de se baser sur les libertés du marché intérieur, de tenir compte des réalités*

(10) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur, 18.11.1999, COM (1998) 586 final, p. 6.

commerciales et d'assurer une protection efficace et effective des objectifs d'intérêt généraux » (11). Il va donc s'agir de préciser les règles de libre circulation des services en bouleversant le moins possible le cadre communautaire existant.

La Commission, dans son exposé des motifs, définit ensuite la liste des différentes questions qu'il lui faudra traiter : la question de l'établissement des opérateurs, et en particulier la détermination du lieu d'établissement et les régimes d'autorisation ou de déclaration; les questions qui ont trait aux communications commerciales, aux contrats par voie électronique, à la responsabilité des intermédiaires, le règlement des différends et enfin, le rôle des autorités nationales tel qu'il résulte du « principe du pays d'origine ».

La Commission résume son approche en 7 points : 1°. ne traiter que ce qui est strictement nécessaire pour le marché intérieur; 2°. couvrir l'ensemble des services de la société de l'information; 3° traiter les questions dans un même instrument; 4° ne pas traiter les aspects externes (12); 5° s'appuyer sur les droits et libertés fondamentaux; 6° établir un cadre léger, évolutif et flexible; 7° enfin, assurer un haut niveau de protection des consommateurs (13).

La tâche est d'envergure, et les deux points les plus difficiles sont d'une part de circonscrire correctement le champ d'application de la directive et d'autre part, de régler les mécanismes qui vont permettre de définir l'Etat compétent pour la supervision du prestataire de services sans créer pour autant de trop grandes incertitudes en droit international privé. Cependant, ce ne seront pas ceux qui retiendront l'attention du public au moment de la publication de la proposition de directive. L'affaire « Compuserve » (14), encore fraîche dans les mémoires, a focalisé le débat sur la responsabilité des intermédiaires.

(11) *Ibidem*, p. 7.

(12) « *En attendant la mise en place d'un cadre réglementaire au niveau international, la directive ne couvre que la situation d'un prestataire établi dans un Etat membre. Elle ne couvre pas, à ce stade, la situation des services de la société de l'information provenant d'un prestataire établi dans un pays tiers à la Communauté. En pratique cela signifie que les prestataires de services qui ne sont pas établis dans la Communauté ne peuvent pas bénéficier des opportunités de l'espace sans frontières intérieures tel qu'il est garanti par la présente directive. Pour pouvoir en bénéficier ils devraient s'établir dans un Etat membre (...)* », *ibidem*, pp. 16 et 17.

(13) *Ibidem*, p. 14.

(14) Sur cette affaire (une décision d'une juridiction allemande obligeant Compuserve à empêcher l'accès à un site contenant du matériel pornographique impliquant des enfants) et ses développements ultérieurs, voy. : http://www.perkinscoie.com/resource/ecommm/netcase/cases_%2D14.htm

SECTION 2. – *La communication de la Commission sur le commerce électronique et les services financiers*

Le 7 février 2001, la Commission a publié une communication concernant le commerce électronique et les services financiers (15). Cette démarche trouve sa source dans l'importance accordée à ce secteur. Le Conseil européen de Lisbonne avait en effet élevé l'achèvement du marché intérieur pour les services financiers au rang de priorité. La communication de la Commission a pour but d'analyser les mesures à prendre afin de « *favoriser une meilleure articulation entre commerce électronique et services financiers, pour mettre un terme à la fragmentation du marché observée au niveau des services financiers de détail et pour renforcer la confiance des consommateurs* » (16).

C'est dans son Plan d'Action (17) adopté le 11 mai 1999 que la Commission annonce son intention de publier « *un livre vert examinant si la législation financière actuelle contient des dispositions cohérentes en matière de procédures prudentielles et fournit un environnement propice au développement des prestations de services financiers par voie électronique, tout en assurant que les intérêts des consommateurs ne sont pas lésés* ».

La nécessité d'une communication de la Commission sur les liens juridiques entre la directive commerce électronique et les directives en matière de services financiers apparaîtra avec une acuité encore plus grande pendant les négociations des propositions de directives « *modification des directives OPCVM* » (18) et « *services financiers à distance* » (19).

La Communication comporte une première partie qui tente de clarifier les relations entre la directive commerce électronique et les directives sectorielles. Cette partie est essentielle pour comprendre la position de la Commission sur ce point. Nous y reviendrons plus tard.

La communication présente ensuite les trois domaines considérés comme prioritaires par la Commission : 1) l'adaptation des règles

(15) Commission européenne, *op. cit.*

(16) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le commerce électronique et les services financiers, p. 4.

(17) Commission Européenne, Communication : Services Financiers : Mise en œuvre du cadre d'action pour les services financiers : Plan d'action, COM (1999) 232, 11 mai 1999.

(18) Voy. note 4.

(19) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE, C 385, 11 décembre 1998, p. 10.

nationales, notamment en vue d'assurer la convergence des règles de protection des consommateurs et investisseurs en ce qui concerne plus particulièrement les obligations contractuelles et non contractuelles; 2) l'élaboration de mesures visant à assurer la sécurité des systèmes de paiement et l'existence de systèmes de recours au niveau transfrontalier; 3) enfin, l'amélioration et le renforcement de la coopération entre instances de supervision, de sorte qu'elles puissent affronter les nouveaux défis transfrontaliers. Nous reviendrons en particulier sur ce dernier objectif lorsque nous aborderons la question de l'exercice du contrôle par les autorités compétentes.

CHAPITRE II. – LES PRINCIPES

A l'instar des directives bancaires, la directive commerce électronique tente de régler le problème du concours de compétence entre les Etats membres en ce qui concerne l'exercice de la libre prestation des services de la société de l'information.

Contrairement aux directives bancaires et financières qui présentent un caractère sectoriel que l'on peut aussi qualifier de « vertical », la directive commerce électronique se veut horizontale et couvre, parmi l'ensemble des services de la société de l'information, les services bancaires et financiers qui sont fournis sous la forme de services de la société de l'information (ci-après les SSI).

Selon l'article premier, son objectif est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres.

Les points 2 et 3 de l'article premier apportent quelques précisions quant au statut des dispositions contenues dans la Directive par rapport à l'acquis communautaire. La directive a deux fonctions : d'une part, elle rapproche dans la mesure nécessaire à l'objectif énoncé certaines dispositions nationales applicables aux SSI et qui concernent entre autre le marché intérieur et l'établissement des prestataires (20). D'autre part, la directive complète le droit communautaire applicable aux SSI sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et de protection des consommateurs, établi

(20) Mais également les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre les Etats membres.

par les instruments communautaires et la législation nationale les mettant en œuvre, dans la mesure toutefois où cela ne restreint pas la libre prestation de SSI.

L'article premier comporte enfin une disposition très importante qui concerne la nature des règles contenues dans la directive. Le point 4 dispose en effet que la directive n'établit pas de règles additionnelles en matière de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions.

Le cœur de la directive est constitué par un principe qui est lui-même au fondement du droit communautaire : la reconnaissance mutuelle (21).

Ce principe fait l'objet des dispositions de l'article 3 de la directive. Toutefois, ce qui est original en l'espèce, c'est l'étendue des conséquences donnée à ce principe, au travers, notamment, de la définition du domaine coordonné par la directive.

SECTION I. – *Les définitions*

§ 1. *La notion de « services de la société de l'information »*

La définition des « services de la société de l'information » figure non pas dans la directive 2000/31 mais à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE (22). Il s'agit en l'occurrence « *de tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données à la demande individuelle d'un destinataire de service* ».

L'article 1 § 2 de la directive 98/48, qui modifie elle-même la directive 98/34, précise que :

« *Aux fins de la présente définition, on entend par :*

– *les termes « à distance » : un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes,*

(21) En matière de services, voyez par exemple CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, *Commission c/ RFA*, C-205/84, *Rec.*, I, 1986, p. 3765.

(22) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *JOCE*, L 204, 21 juillet 1998, p. 37, modifiée par la directive 98/48/CE, *JOCE*, L 217, 5 août 1998, p. 18.

– « *par voie électronique* » : un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques,

– « *à la demande individuelle d'un destinataire de services* » : un service fourni par transmission de données sur demande individuelle ».

Cette définition pose un certain nombre de problèmes d'interprétation.

a) *La notion de « service »*

L'article 1 § 2 de la directive 98/48 vise incontestablement les *services au sens du traité*. Le considérant 19 de cette directive précise en effet que « *par services, il faut entendre, aux termes de l'article 60 du traité tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice, une prestation fournie normalement contre rémunération* ».

L'article 50 (ex-60) du Traité dispose que « *au sens du présent traité, sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ». En effet, la notion de service a, en droit communautaire, un contenu résiduaire clairement confirmé par la jurisprudence de la Cour de Justice (23).

Ce caractère résiduaire est sans conteste d'application dans le cadre de l'article 1 § 2 de la directive 98/48 (24).

La question de savoir si la directive « commerce électronique » s'applique à la vente de *marchandises* au sens du traité (25) est, dans le

(23) Voy. par exemple CJCE, arrêt du 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, C-205/84, *Rec.*, I-1986, p. 3755 et CJCE, arrêt du 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, C-286/82 et 26/83, *Rec.*, I-1984, p. 377.

(24) Voy. S. d'ACUNTO, « Le mécanisme de transparence réglementaire en matière de services de la société de l'information instauré par la directive 98/48/CE », *RMUE*, 1998, pp. 59 et s.

(25) Eu égard au fait que la directive couvre en effet les services, et compte tenu des termes de l'article 60 qui exclut que les dispositions relatives à la libre prestation de services puissent s'appliquer si les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises ont vocation à s'appliquer, on peut en effet s'interroger sur l'application de la directive au commerce de *marchandises* au sens du traité, étant entendu qu'une *vente* de marchandises n'est pas en elle-même constitutive d'un service, à défaut de quoi les dispositions relatives à la libre circulation des services s'appliqueraient à toutes formes d'échanges quelles qu'elles soient, méconnaissant par là même la distinction opérée par le traité entre la libre prestation de services et les autres libertés et, partant, les termes de l'article 50 (ex-60) du Traité. Le traité instaure en effet la libre circulation des marchandises et la libre

domaine des services financiers, pratiquement toujours indifférente, eu égard à la nature même des services financiers.

Infiniment moins indifférente est la question de savoir dans quelle mesure la directive s'applique dès lors que l'on est en présence d'un *mouvement de capital* au sens du traité, lequel relève de la libre circulation des capitaux.

La libre circulation des capitaux est assurée par l'article 56 du Traité, qui dispose que « *dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites* ».

L'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 (26) « pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité », adopté avant l'introduction de l'article 56, mais qui reste encore aujourd'hui une source utile d'interprétation (27), précise que « *les États membres suppriment les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les États membres, sans préjudice des dispositions figurant ci-après. Pour faciliter l'application de la présente directive, les mouvements de capitaux sont classés selon la nomenclature établie à l'annexe I* ».

L'annexe I établit une nomenclature qui vise la plupart des services financiers : investissements directs et immobiliers, opérations sur titres normalement traités sur le marché des capitaux, opérations sur parts d'OPC, opérations sur titres et instruments normalement traités sur le marché monétaire, opérations en compte courant et de dépôts auprès des établissements financiers, prêts et crédits financiers, cautionnement et autres garanties, transferts en exécution de contrats d'assurances, mouvements de capitaux à caractère personnel, etc.

Le lien entre la libre circulation des capitaux et la libre circulation des services financiers est établi par l'article 51 § 2 du traité : « *la libération des services des banques et des assurances qui sont liés à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération de la circulation des capitaux* ».

circulation des services, sans que cette dernière ne recouvre la libre circulation de la vente en général (de marchandises et/ou de services).

(26) JOCE, L 178, du 8 juillet 1988, p. 5.

(27) Voy. http://europa.eu.int/comm/economy_finance/policies/capital/index_en.htm. On notera que cette directive n'a pas été abrogée.

La prééminence établie par cet article des règles relatives à la libre circulation des capitaux sur les règles relatives à la libre prestation de services ne fait pas de doute, et confirme la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice : « *the judiciary has (...) expressly recognised the importance of capital movements for the exercise of the freedom to provide financial services. In the case of Van Eycke (28), the Court declared that the cross-border savings deposits had not yet been liberalised under the First Capital Directive, the provisions on the free movement of banking services cannot have been infringed. It clearly established the legal position that capital movement rules shall prevail over the freedom to provide services* » (29) (30).

Le rapport de subordination d'une liberté par rapport à l'autre n'empêche cependant pas que l'on puisse établir l'existence d'une entrave à la libre prestation de services en l'absence d'une entrave à la libre circulation des capitaux. Dans son arrêt *Bachmann* (31), concernant la déductibilité de primes d'assurances payées à deux assureurs allemands au titre d'une police d'assurance-vie et d'une police d'assurance maladie-invalidité, déductibilité qui avait été refusée par l'administration belge alors que celle-ci aurait été possible si les primes avaient été versées à des assureurs établis en Belgique, la Cour de Justice a décidé qu'il y avait entrave à la libre circulation des travailleurs ainsi qu'à la libre circulation des services, mais qu'il n'y avait pas entrave à la libre circulation des capitaux, dans la mesure où « *l'article 67 n'interdit pas les restrictions qui ne visent pas les transferts de capitaux, mais qui résultent indirectement de restrictions aux autres libertés fondamentales (...)* » (32). La Cour a par ailleurs considéré que l'entrave pouvait être justifiée au regard de la nécessité d'assurer la cohérence du régime fiscal belge.

L'application combinée des deux catégories de dispositions semble dès lors devoir suivre l'approche suivante :

(28) CJCE, arrêt du 21 septembre 1988, *Van Eyckel/ASPA*, C-267/86, *Rec.*, I-88, p. 4769.

(29) S. MOHAMED, *European Community law on the free movement of capital and the EMU*, Kluwer Law International, Stockholm, 1999, p. 183.

(30) Voy. également CJCE, arrêt du 23 février 1995, *Bordessa*, C-358/93 et 416/93, *Rec.*, 1995, I-361.

(31) CJCE, arrêt du 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.*, I, p. 249. Voy. M. DASSESE, « L'arrêt *Bachmann* et la loi du 28 décembre 1992 : une victoire à la Pyrrhus? », *J.D.F.*, 1992, pp. 321-342; D. FOSSELDARD, « L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur », *CDE*, 1993, p. 472.

(32) Attendu 34.

« (...) it is possible to identify three distinct transactions. The first transaction that could be inferred is that the banking services are ordinary banking services and therefore only the Treaty provisions on the freedom to provide services should apply (investment advice and rental of safe deposit boxes are two examples). Secondly, if the transaction involves a banking service connected with the movement of capital, then such a transaction should be liberalised in line with the progressive liberalisation of the movement of capital. The last line of interpretation that could be inferred is that if the transaction involves purely a movement of capital, then it is not considered as services within the meaning of (article 50) and therefore only the detailed rules on capital movements should apply » (33).

Les mouvements de capitaux étant intégralement libérés, les services bancaires et d'assurances devraient l'être également.

La limite de la libération est toutefois fixée par le traité lui-même, en son article 58. Or, cet article prévoit que « l'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les Etats membres :

a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis;

b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique ».

La doctrine estime en outre que « the general good principle developed in the context of free movement of goods gradually had its impact on the other freedoms, including those related to financial services. This tendency was affirmed in Gebhardt where the Court held that the principle of general good has a general application to all four economic freedom » (34).

(33) S. MOHAMED, *ibidem*.

(34) S. MOHAMED, *ibidem*; la Cour de Justice, dans son arrêt *Gebhardt*, a dit pour droit que « lorsqu'un accès à une activité spécifique n'est soumis à aucune réglementation dans l'État d'accueil, le ressortissant de tout autre État membre a le droit de s'établir sur le territoire du premier État et d'y

Il semble donc qu'il faudra, dans chaque cas d'espèce, vérifier si l'on est en présence d'un « pur » service, auquel cas la directive commerce électronique pourra avoir vocation à s'appliquer, ou d'un « pur » mouvement de capital, auquel cas elle ne devrait logiquement pas s'appliquer, ou d'un service lié à un mouvement de capital.

La nomenclature laisse clairement entrevoir la difficulté de la tâche, dans la mesure où la plupart des transactions relèveront, bien souvent, de la troisième catégorie... (35) Des restrictions qui ne pourraient être admises au titre de la libre circulation des services de par l'application de la directive « commerce électronique » pourraient donc toutefois être maintenues au titre de la libre circulation des capitaux, et influencer, dès lors, sur la libre circulation du service financier qui sous-tend le mouvement de capital.

On relèvera que la Cour de Justice, dans un arrêt récent, a jugé que *« les articles 73 B, paragraphe 1, et 73 D, paragraphes 1, sous b), et 3, du traité (devenus articles 56, paragraphe 1, CE et 58, paragraphes 1, sous b), et 3, CE) doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une taxation, instaurée par la législation d'un État membre, de contrats de prêts, y compris ceux conclus dans un autre État membre, et qui frappe, sans considération de la nationalité des contractants ni du lieu de conclusion du contrat de prêt, toutes personnes physiques et morales résidant dans l'État membre en cause qui souscrivent un tel contrat. En effet, si une telle législation prive les résidents d'un État membre de la possibilité de bénéficier d'une absence d'imposition qui pourrait être attachée aux prêts souscrits en dehors du territoire national, ce qui est de nature à dissuader ces résidents de contracter des prêts auprès des personnes établies dans d'autres États membres et, partant, constitue une restriction aux mouvements de capitaux, elle vise à assurer l'égalité des résidents devant l'impôt en empêchant que les assujettis à l'impôt puissent se soustraire aux obligations découlant d'une législation fiscale nationale, et est, dès lors, indispensable pour*

exercer cette activité. En revanche, lorsque l'accès à une activité spécifique, ou l'exercice de celle-ci, est subordonné dans l'État membre d'accueil à certaines conditions, le ressortissant d'un autre État membre, entendant exercer cette activité, doit en principe y répondre; toutefois, les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ».

(35) En ce sens, voyez CJCE, 14 novembre 1995, *Svensson-Gustavsson*, C-484/93, *Rec.*, I-1995, p. 3955; M. DASSESE, *JDF*, 1995, pp. 333-340.

faire échec aux infractions aux lois et aux règlements nationaux en matière fiscale » (36).

b) *La notion de « service fourni à la demande individuelle d'un destinataire de services »*

La notion de service fourni à la demande individuelle d'un destinataire de services retient également l'attention.

Le considérant 18 de la directive 2000/31 précise que « (...) *les services de télévision, au sens de la directive 89/552/CEE et de radiodiffusion ne sont pas des services de la société de l'information car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle; en revanche, les services transmis de point à point, tels que les services de vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information* ».

L'annexe V de la directive 98/48/CE donne plus de précisions concernant ce qui n'est pas couvert par cette notion de demande individuelle; il s'agit de services fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission « point à multi-point »). Les exemples qui illustrent cette exclusion montrent combien le texte de cette directive est influencé par la grande importance qu'avait la radiodiffusion télévisuelle à cette époque : il s'agit de services de radiodiffusion télévisuelle (y compris la quasi vidéo à la demande), les services de radiodiffusion sonore et le télétexte (télévisuel).

Ces précisions, qui se justifiaient dans le cadre des services de radiodiffusion, éclairent cependant la directive commerce électronique d'un jour différent.

En effet, il faut éviter de confondre une activité « point à point » qui suppose en effet une individualisation du service, et la notion de « *demande individuelle d'un destinataire de service* », qui implique *in terminis* une *demande*.

Une extension de la notion de « demande individuelle » à des services non sollicités paraît incompatible avec les termes mêmes du prescrit légal. Une interprétation contraire aboutirait en effet à supprimer de facto l'application du critère de la demande individuelle.

(36) CJCE, Répertoire de Jurisprudence Communautaire, v° Libre circulation des capitaux et liberté des paiements, sommaire de l'arrêt du 14 octobre 1999, *Sandoz*, C-439/97, *Rec. I*, p. 7041.

Il n'est donc pas impossible de considérer qu'un service qui n'est pas fourni *au sens strict* à la demande individuelle du destinataire puisse être considéré comme n'étant pas un service de la société de l'information, ce qui restreindrait dès lors considérablement l'étendue de ce concept.

Si une telle interprétation devait être suivie, la directive commerce électronique ne couvrirait pas, par exemple, les envois de communications commerciales non sollicitées alors que celles-ci sont explicitement visées par l'article 7! (37)

c) Le traitement différencié des services financiers dans le cadre de la directive 98/48 et de la directive 2000/21

Le paragraphe 5 du même article 1^{er} de la directive 98/48 ajoute qu'au sens de la directive, la notion de « règle relative aux services » doit être entendue comme étant « *une exigence de nature générale relative à l'accès aux activités de services visées au point 2 et à leur exercice, notamment les dispositions relatives au prestataire de services, aux services et au destinataire de services, à l'exclusion des règles qui ne visent pas spécifiquement les services définis au même point.*

(...) La présente directive ne s'applique pas à des règles concernant des questions qui font l'objet d'une réglementation communautaire en matière de services financiers, tels qu'énumérés de manière non exhaustive à l'annexe VI de la présente directive » (38).

Cette exception n'est pas d'application dans le cadre de la directive commerce électronique puisque cette dernière vise explicitement (et exclusivement) l'article 1^{er} paragraphe 2.

(37) Sur les conséquences possibles de cette analyse en ce qui concerne l'application de la clause marché intérieur, voy. *infra*, section 2 § 1.

(38) L'annexe prévoit une liste indicative des services financiers visés à l'article 1^{er}, point 5, troisième alinéa :

- Services d'investissement – Opérations d'assurance et de réassurance
- Services bancaires
- Opérations ayant trait aux fonds de pensions
- Services visant des opérations à terme ou en option.

Ces services comprennent en particulier :

- a) les services d'investissement visés à l'annexe de la directive 93/22/CEE, les services d'entreprises d'investissements collectifs;
- b) les services relevant des activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle et visés à l'annexe de la directive 89/646/CEE,
- c) les opérations relevant des activités d'assurance et de réassurance visées :
 - à l'article 1^{er} de la directive 73/239/CEE,
 - à l'annexe de la directive 79/267/CEE,
 - par la directive 64/225/CEE, – par les directives 92/49/CEE et 92/96/CEE.

Si l'on peut comprendre que cette exclusion des réglementations en matière de services financiers du champ d'application de la directive « notification » se justifie – à tout le moins partiellement – dans la mesure où d'autres procédures du même type ou ayant une finalité similaire existent dans ce domaine particulier au titre des directives sectorielles, il n'en demeure pas moins que l'absence de coïncidence des champs d'application *ratione materiae* des deux directives, alors même que l'une est censée faire référence au champ d'application de l'autre, n'en facilite ni la lecture ni l'interprétation.

§ 2. *La notion de prestataire établi*

Le prestataire établi est le 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* » (39).

Cette définition pose, de manière générale, trois problèmes (40) : celui de la stabilité de l'installation, on ne peut plus relative dans le monde d'Internet, celui d'une activité exercée pour une durée illimitée, ce qui ne coïncide pas toujours avec la possible limitation dans le temps des sociétés commerciales, et celui de la multiplicité des lieux d'établissement du prestataire.

La directive, dans son considérant 19, apporte une solution à ces problèmes :

- il est admis qu'une société constituée pour une période donnée répond à l'exigence d'activité exercée pour une durée illimitée, et ce malgré la contradiction *in terminis* (41);
- le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où il exerce son activité économique (42);

(39) Article 2 littera c.

(40) Sans avoir à ce stade égard aux questions spécifiques relatives aux services financiers.

(41) Il convient cependant de garder à l'esprit qu'un considérant ne peut qu'illustrer ou éclairer la portée d'une disposition d'une directive, et ne saurait avoir un effet dispositif qui n'est pas prévu par la directive ou un effet dispositif contraire à celle-ci. On s'interroge donc sur la portée réelle de ce considérant.

(42) Sur les conséquences de cette distinction, cfr. *infra*.

- lorsque le prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est fourni; lorsqu'il est difficile de déterminer le lieu à partir duquel un service est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique.

§ 3. *Comparaison avec la notion d'établissement stable développée par l'OCDE dans le nouveau commentaire de son Modèle de convention fiscale*

La directive commerce électronique introduit des précisions nécessaires pour déterminer le lieu d'établissement d'un prestataire de services de la société de l'information en écartant les « impressions » d'établissement que peuvent générer des installations technologiques.

Pendant, d'autres travaux ont eu lieu au niveau international concernant la notion d'établissement. Récemment, l'OCDE a publié une modification (43) des commentaires sur le Modèle de Convention fiscale, adoptée par le Comité des Affaires fiscales le 22 décembre 2000 et qui concerne l'application de la définition actuelle de l'établissement stable dans le contexte du commerce électronique.

En vertu de l'article 7 du Modèle de convention, un Etat contractant ne peut imposer les bénéfices d'une entreprise d'un autre Etat contractant que si celle-ci exerce ses activités grâce à un établissement stable situé dans ce premier Etat. D'où l'importance cruciale de cette notion d'établissement stable définie par l'article 5 comme étant « *une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* (44) ».

L'OCDE avait déjà publié d'importants commentaires sur ces articles; cependant, ceux-ci ne suffisaient pas à régler les nombreuses questions posées par l'avènement du commerce électronique. C'est pourquoi, l'OCDE vient de rendre public des commentaires complémentaires adaptés au contexte du commerce électronique. Et ces commentaires prennent une optique quelque peu différente de celle de la directive commerce électronique.

Le commentaire s'attache à préciser un à un les points de la définition, en commençant par « *l'installation d'affaires* ». Dans la défini-

(43) Ce texte est disponible sur le site : http://www.oecd.org/daf/fa/material/mat_07.htm#material_final.

(44) *Idem*.

tion de ce concept, une distinction est faite entre d'une part les données et logiciels qui ne constituent pas un bien corporel et d'autre part le serveur sur lequel sont stockés ces données et logiciels qui lui « *pourrait être installé sur un site de façon à constituer un établissement stable dans certaines circonstances* » (45). Le commentaire donne l'exemple d'un site web qui, en tant que combinaison d'éléments logiciels et de données électroniques, ne constitue pas un bien corporel et ne peut donc avoir d'emplacement. Par contre le serveur sur lequel ce site est hébergé est « *un élément d'équipement ayant une localisation physique et cette localisation peut donc constituer une installation fixe d'affaires de l'entreprise qui exploite ce serveur* », à condition bien sûr que les autres conditions de la définition soient remplies.

Il faut que l'installation soit fixe et que l'entreprise exerce tout ou partie des ses activités via cet équipement. Le commentaire fait remarquer que la présence de personnel sur les lieux n'est pas nécessaire pour déterminer qu'une entreprise exerce ses activités à un endroit (46).

D'autre part, il n'y a normalement pas d'établissement stable si les activités effectuées à l'aide de cet équipement informatique sont seulement préparatoires, à moins que « *ces activités constituent en elles-mêmes une partie essentielle et significative de l'activité commerciale de l'entreprise dans son ensemble* » (47). La détermination de ces fonctions essentielles dépend alors de la nature des activités exercées par l'entreprise.

Il est dommage que ces précisions apportées par l'OCDE ne concordent pas avec la définition de « prestataire établi » développée par la Commission. Ces différences risquent d'avoir des effets pervers en soumettant un prestataire de services à la loi du pays où il est établi au sens de la définition donnée par la directive commerce électronique, c'est-à-dire là où il exerce de manière effective son activité économique et en permettant l'imposition de ses revenus dans un autre Etat en vertu de l'interprétation du concept d'établissement stable développé par l'OCDE.

(45) OCDE Modèle de convention, commentaires sur l'article 5 concernant la définition d'établissement stable, n° 42.2.

(46) Commentaires n° 42.5 et 42.6.

(47) Commentaires 42.7 à 42.9.

§ 4. *La notion de « domaine coordonné »*

L'article 1 § 2 indique que « *la présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1 (48), certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre Etats membres* ».

Cette disposition devrait en principe déterminer l'étendue du domaine coordonné par la directive. Tel n'est cependant pas le cas.

En effet, par « domaine coordonné », la directive entend « *les exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux* » (49) (50).

L'article 2 littera h précise que :

« *le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent :*

- *l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification;*
- *l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire* ».

Toutefois, le domaine coordonné « *ne couvre pas les exigences telles que : – les exigences applicables aux biens en tant que tels; – les exi-*

(48) La directive a, en l'occurrence, pour objectif « *de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres* » (article 1 § 1).

(49) Article 2 littera h.

(50) Selon le commentaire des articles (COM (1998) 586 final, p. 22) qui figure dans l'exposé des motifs de la proposition originale, cette définition permet de déterminer les réglementations nationales dont le respect devra être garanti par les Etats membres en vertu de l'article 3. Ainsi cette définition couvre toutes les exigences qui peuvent être opposables à un opérateur agissant en tant que prestataire de la société de l'information ou aux services de la société de l'information.

gences applicables à la livraison des biens; – les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique ».

Cette définition du domaine coordonné va bien au-delà de ce que l'on entend généralement sous ce concept (51).

SECTION 2. – *Le mécanisme de répartition des compétences entre les Etats membres : La « clause marché intérieur » : le principe du pays d'origine et la reconnaissance mutuelle*

La clause sur le marché intérieur doit être considérée comme le moteur de la directive commerce électronique. La communication sur le commerce électronique confirme l'importance de cette clause qu'elle considère comme « *essentielle à la compréhension de la directive* » (52).

Cet article fonctionne sur la base d'un principe assorti d'une série de limites générales et particulières.

Le souci qui est à l'origine de cette clause est de pallier le manque de clarté concernant le cadre juridique existant. En effet, la partie commerciale de la société de l'information implique des échanges qui sont souvent transfrontières et qu'il est difficile de localiser (53). Comme le rappelle la Commission, ces services « *ne se développent pas dans un vide juridique mais au contraire sont déjà soumis à une série de réglementations nationales* » (54). L'important est dès lors de

(51) Il n'existe pas de définition classique de cette notion, mais la Cour de Justice s'est toutefois penchée sur cette question dans une affaire *De Agostini* : « *Quant à une éventuelle application de la directive, il y a lieu tout d'abord de rappeler que, en dépit d'une rédaction déféctueuse, il ressort de son intitulé que celle-ci vise à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle en vue de la suppression des entraves à la libre diffusion à l'intérieur de la Communauté. Il ressort par ailleurs des huitième, neuvième et dixième considérants de la directive que les entraves que le législateur communautaire a entendu abolir sont celles qui résultent des disparités existant entre les dispositions des États membres en ce qui concerne l'exercice de l'activité de diffusion et de distribution des programmes de télévision. Il s'ensuit que les domaines coordonnés par la directive ne le sont que pour ce qui concerne la radiodiffusion télévisuelle proprement dite telle qu'elle se trouve définie à l'article 1^{er}, sous a)* »; CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, C-34/95, *Rec.*, I, p. 3843; J. STUYCK, note sous CJCE, *CMLR*, 1997, p. 1445.

(52) Communication p. 7.

(53) Sur cette question, voyez notamment pour une analyse du « cyberspace » comme sphère juridique autonome : D.R. JOHNSON et D. G. Post, « *Law and borders : the rise of law in Cyberspace* », *Stanford Law Review*, 1996, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.cli.org>; Dan L. BURK, « *Jurisdiction in a world without borders* », *Virginia Journal of Law and Technology*, 3 (Spring 1997); D. MENTHE, « *Jurisdiction in Cyberspace : a theory of international spaces* », *Michigan Telecom. Tech. L. Rev.*, 1998, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.mttl.org/volfour/menthe.html>

(54) COM (1998) 586 final, p. 7.

savoir de quelle réglementation nationale il s'agit, ou, à tout le moins, celle qu'il convient de favoriser.

Ce peut être celle du pays d'origine du fournisseur, ce qui aurait pour effet de faciliter pour celui-ci la prestation de services transfrontières ; ce peut être aussi celle du pays de destination, ce qui correspondrait au soucis toujours renouvelé de protéger l'intérêt de la partie faible au contrat, le consommateur, en lui assurant la protection de ses lois nationales (55).

Cette incertitude pour le prestataire pose d'importants problèmes d'organisation et de développement de son activité. Elle risque également de générer des frais non négligeables d'analyse juridique.

La directive tente dès lors de résoudre cette question au profit de l'application du droit du pays d'origine du prestataire du service.

§ 1. *Le principe et sa portée*

i) *La conformité avec le droit du pays d'origine.*

L'article 3 § 1 dispose que « *chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné* ».

Ce paragraphe veille à fixer de manière claire le principe de l'application du « droit du pays d'origine » aux services de la société de l'information (56).

La communication de la Commission du 7 février 2001 rappelle qu'« *exiger d'un prestataire de services financiers qu'il se conforme à quinze régimes juridiques différents serait excessivement lourd. Si tel était néanmoins le cas, les prestataires de services financiers se verraient obligés pour respecter les exigences propres à chaque Etat membre, ce qui découragerait les initiatives de commerce électronique couvrant l'ensemble de l'Union européenne. Les choix proposés à la clientèle en seraient limités et, plus gravement encore, les prestataires pourraient tendre à privilégier les marchés nationaux les plus impor-*

(55) Exemple : la possibilité pour les autorités de l'Etat membre de destination de prendre les mesures nécessaires pour faire respecter les règles d'intérêt général, conformément à l'article 21 de la deuxième directive bancaire.

(56) COM (2001) final, p. 7.

tants, au détriment des Etats membres de plus petite taille. Quant aux consommateurs de l'UE, ils se reporteraient sur le reste du monde pour leurs transactions électroniques ».

Le fait que la charge d'être confronté à quinze régimes juridiques différents soit dès lors reportée sur l'utilisateur ou le consommateur, ne semble pas, paradoxalement, avoir été jugée aussi problématique.

La Commission, dans sa communication, reconnaissant toutefois la difficulté d'une telle approche pour le consommateur, propose un ensemble de mesures – notamment d'harmonisation – destinées à pallier cette situation qui pourrait être jugée préjudiciable pour ce dernier.

ii) *L'interdiction des restrictions à la libre circulation*

Corollaire de la conformité avec le droit du pays d'origine, la reconnaissance mutuelle est assurée par le paragraphe 2 de l'article 3 : « *Les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre* ».

Les conséquences de cette interdiction sont fonction de la définition du domaine coordonné, qui, on l'a vu précédemment, est extrêmement large.

iii) *Droit communautaire et droit international privé*

Il convient cependant de s'interroger sur la signification exacte de ces deux paragraphes, et notamment du rapport qu'ils entretiennent à la fois avec le droit international public et le droit international privé.

Il faut en effet rappeler que le droit communautaire ne s'oppose pas, en principe, à ce que le juge saisi dans le cadre d'un litige puisse appliquer son droit national dans le cadre de l'exercice d'une des libertés consacrées par le Traité. Ce qu'impose par contre le droit communautaire, c'est d'écarter les règles de ce droit qui constituent des entraves au marché intérieur (57) (58).

(57) Voy. p. ex. A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de « reconnaissance mutuelle » en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, Collection de droit Européen, 1996, pp. 116-118 (et les nombreuses références citées) : « (...) le principe d'équivalence des exigences matérielles ne met pas fondamentalement en cause l'application parallèle des réglementations des Etats membres de provenance et d'accueil. Alors que la mise en œuvre de la législation du premier Etat va de soi, l'obser-

C'est en ce sens que l'on considère généralement que le droit communautaire n'établit pas de règles permettant de déterminer la loi applicable à un différend de droit privé, et laisse intact le jeu des règles du droit international privé.

Ces mêmes règles de conflit de lois « *ne constituent pas en elles-mêmes des restrictions. Ce n'est pas en principe le mécanisme de la désignation de la loi applicable qui constitue une entrave, mais le résultat auquel il aboutit, compte tenu du droit matériel désigné* » (59).

Certains auteurs ont cependant vu dans (ou derrière) le principe de libre circulation une règle de conflit de loi, désignant pour certains la règle la plus favorable à la libre circulation (60).

La question de savoir dans quelle mesure la directive sur le commerce électronique modifie l'approche traditionnelle, et crée une véritable règle de conflits de lois, au profit du droit du pays d'origine, est ouverte (61) (62).

vation des règles du second pays n'est exclue que si elle s'avère superflue. Plutôt que de définir le champ d'application d'ordres juridiques nationaux, ledit principe tend seulement à éviter les effets nuisibles de leur coexistence, en fixant une limite matérielle, de contenu, à la souveraineté législative des Etats membres. Aussi prescrit-il de 'prendre en considération' ('berücksichtigen') – et non d'appliquer ni de reconnaître a priori – le droit public de l'Etat membre d'origine dans l'Etat de destination. La mise en œuvre du droit est ainsi regardée comme un élément de fait survenu à l'étranger : la marchandise, le service ou la personne concerné a déjà fait l'objet des règles de l'Etat d'origine. Lorsque cette 'prise en considération' révèle le caractère disproportionné de certaines règles de l'Etat membre d'accueil, la jurisprudence se borne à relever l'inapplicabilité de celle-ci, sans que ni l'exécution ni l'application du droit public étranger n'entrent en ligne de compte ».

(58) Voy. p. ex. CJCE, arrêt du 18 mai 1993, *Yves Rocher*, C-261/91, *Rec.*, I, p. 2361.

(59) Commission européenne, Communication sur la libre prestation de service et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, SEC (97) 1193, du 20 juin 1997.

(60) Not. BASEDOW, « Das Kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis », *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1996, p. 1.; voy. pour une étude des différents courants doctrinaux : J. WOUTERS, « Conflict of laws and the Single Market for financial services », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 161 et p. 284 (essentiellement la seconde partie); voy. également A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1999, p. 31 et p. 245.

(61) Voy. p. ex. E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique : le projet Méditerranée », *RDUE*, 2000, pp. 749 et s.; C. KESSEDJAN, « Aspects juridiques du e-trading : règlement des différends et droit applicable », in *Journées de droit bancaire et financier*, Université de Genève, 2000, 29 p.

(62) Nous sommes d'avis que s'il ne s'agit pas comme tel d'une règle de droit international privé, elle n'en aura pas moins – selon la portée qu'on lui donne – un effet similaire. L'article 1 § 4 de la directive prévoit qu'elle « *n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé* ». Les règles du droit international privé – dont la Convention de Rome – s'appliqueront par conséquent. Si la règle matérielle désignée par le droit international privé est impérative, il faudra vérifier si elle constitue une entrave (en l'occurrence si elle restreint la libre circulation des SSI) et, si tel est le cas et que cette entrave ne peut pas être justifiée, la règle sera écartée au bénéfice de la seule application du droit du pays d'origine. Toutefois, plus les exceptions permettant de justifier l'application de la loi du pays de destination sont réduites, plus on tend à appliquer une règle qui est similaire

La Commission européenne, dans sa Communication du 7 février 2001, indique que « *cette clause permet aux prestataires de services de la société de l'information de proposer leurs services dans toute l'Union sur la base des règles et règlements appliqués par l'État membre dans lequel ils sont établis (le pays d'origine)* », la seule réserve étant les obligations contractuelles, pour lesquelles la Convention de Rome s'applique (63), ce qui semble indiquer que la Commission, en ce qui la concerne, soutient l'idée d'un changement d'approche (64).

iv) *Les exigences relatives aux services et aux prestataires*

Le domaine coordonné, dont nous avons examiné la définition à la section précédente, vise également les exigences que *le prestataire* lui-même peut devoir satisfaire et qui concernent *l'accès à l'activité* d'un service de la société de l'information – telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification – et *l'exercice de l'activité* d'un service de la société de l'information. Le principe du pays d'origine doit-il dès lors être interprété comme signifiant que son champ d'application inclut non seulement aux dispositions nationales qui ont trait aux *services* mais également celles qui ont trait aux *prestataires eux-mêmes*?

Ceci est d'autant plus important que l'article 3 § 2 prévoit que « *les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre* » (65), hormis pour les motifs et dans les conditions restrictives visées au paragraphe 4 du même article.

La question mérite d'être posée, dans la mesure où tant le paragraphe premier que le paragraphe 2 de l'article 3 ne semblent viser que *les*

sinon identique à celle du pays d'origine. L'application de la règle matérielle du droit désigné par la règle de DIP devient alors pratiquement une fiction si, dès qu'elle diffère, elle est écartée au profit de la seule application du droit du pays d'origine. Or, il y a tout un courant d'idées – justifiées ou non, nous ne nous prononcerons pas – qui considère que la seule application d'une loi différente de celle du pays d'origine constitue – à tout le moins pour les SSI – une entrave en soi. On voit sans difficulté que si ce courant d'idées devait l'emporter, l'effet de l'article 3 serait similaire à celui d'une règle de DIP.

(63) Communication, pp. 7 et 8.

(64) Voy. également en ce sens l'exposé des motifs de la proposition de directive, ainsi que les annexes du Rapport du groupe de politique des services financiers sur le commerce électronique et les services financiers en vue du Conseil ECOFIN du 7 mai 2001, Secrétariat du Conseil de l'UE, 8347/01, du 3 mai 2001, préparées par la Commission. Document disponible à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/general/fspg_report.htm.

(65) C'est nous qui soulignons.

services de la société de l'information, et ne font nulle mention du prestataire.

Force est toutefois de considérer que les exigences légales ayant trait au prestataire bénéficient également de la « clause marché intérieur », dans la mesure où, si le législateur communautaire a cru nécessaire de préciser la notion de domaine coordonné en insérant un point visant spécifiquement les règles ayant trait au prestataire et non directement aux services fournis par celui-ci, il y a lieu de donner au texte une interprétation conforme à cette précision.

La définition des services de la société de l'information amène en outre une question subséquente : pourrait-on considérer que seules les règles qui s'appliquent à *partir du moment* où il y a une demande individuelle sont concernées par la clause marché intérieur – dont on verra qu'elle emporte des conséquences particulièrement importantes sur le plan de la compétence résiduelle de l'Etat membre d'accueil – et par conséquent que les règles qui s'appliquent aux prestataires *avant* cette demande individuelle ne sont pas affectées?

Cette question n'est pas sans portée pratique en ce qui concerne les services financiers : il existe, par exemple, des règles qui imposent un agrément avant de pouvoir commencer une activité, des règles qui régissent l'usage de certains termes protégés, des règles qui imposent un contrôle préalable des contrats. Pourrait-on considérer qu'elles ne relèvent pas de la clause marché intérieur dès lors qu'elles s'appliquent aux prestataires avant toute demande individuelle?

Il ne nous semble cependant pas qu'une telle interprétation restrictive puisse être suivie.

En effet, la définition du domaine coordonné vise expressément « *l'accès à l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification* » ainsi que « *l'exercice de l'activité de la société de l'information, telles que (...) le contenu du service* ».

La volonté du législateur communautaire a sans conteste été de donner une définition la plus large possible du domaine coordonné, sans avoir égard au moment où ces règles étaient susceptibles d'entrer en œuvre, et par conséquent, ces règles dont l'application précède toute demande individuelle paraissent devoir être interprétées comme ressortissant au domaine coordonné.

v) *Conséquences*

Les conséquences juridiques sont simples : la libre circulation du service conforme au droit du pays d'origine et la reconnaissance mutuelle deviennent *automatiques*, sous réserve d'exceptions, limitées, prévues par la directive.

En réalité, c'est également là le mode de fonctionnement du droit communautaire classique : il y a application de la reconnaissance mutuelle, sous réserve des exceptions prévues par le traité et par la jurisprudence de la Cour de Justice.

Ici, c'est le domaine des exceptions, issues du traité et de la jurisprudence, qui se voit réduit à la portion congrue par la directive.

vi) *Vers un principe de responsabilité de l'Etat d'origine du prestataire pour non conformité du service avec la législation de celui-ci?*

Conformément à l'article 3 § 1, « *chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné* ».

L'article 19 § 1 de la directive ajoute que l'Etat d'origine est désormais tenu de disposer « *de moyens suffisants de contrôle et d'investigation nécessaires à la mise en œuvre efficace de la (...) directive et (veille) à ce que les prestataires leur fournissent les informations requises* ».

L'obligation qui incombe aux Etats membres ne se limite donc pas à *soumettre* les services et les prestataires de services à la loi du pays d'origine. Les Etats membres sont en effet tenus de *veiller à ce que les prestataires respectent le droit du pays d'origine*, en mettant le cas échéant en place des moyens de contrôle adéquats pour ce faire (66).

Que se passe-t-il si un prestataire dans un pays A fournit à un consommateur domicilié dans un pays B un service qui ne respecte pas les dispositions nationales du pays A qui relèvent du domaine

(66) « *Member States have to ensure that service providers established on their territory comply with the national requirements applicable to them (...). Member States are thus under a legal obligation to control services providers not only for the benefit of domestic customers but also in order to ensure that customers in other Member States are protected* » : Annexe au Rapport du groupe de politique des services financiers sur le commerce électronique et les services financiers, *op. cit.*

coordonné (en gardant à l'esprit l'étendue extraordinairement large de la notion de domaine coordonné telle que définie par la directive)?

On peut raisonnablement penser que l'Etat d'origine – ou les organes chargés du contrôle de l'application du droit du pays d'origine – encourra le cas échéant une action en responsabilité *civile* au même titre que le prestataire lui-même, la faute de l'Etat étant clairement caractérisée (67).

Ceci devrait conduire à un accroissement très net des mesures administratives de contrôle du respect de la législation – de quasiment toute la législation de quelque nature qu'elle soit – par les Etats membres, contrôle qui n'existe pas dans le monde du commerce non virtuel.

§ 2. *Les limites*

Trois limites sont fixées à la reconnaissance mutuelle « automatique » : les *dérogations générales*, qui sont visées à l'annexe de la directive; les dérogations prévues par l'article 3 §§ 4, 5 et 6, qui fonctionnent au cas par cas, qui permettent à l'Etat membre de destination de « reprendre la main » sur le contrôle du prestataire moyennant le respect d'une série de conditions et de procédures, et qui constituent en quelque sorte la soupape de sécurité du principe du contrôle de l'Etat membre d'origine; enfin, la réserve faite par l'article 1 § 4 aux *règles du droit international privé*.

(67) La Cour de Justice a en effet décidé que « (20) (...) ainsi qu'il découle de l'arrêt *Francovich e.a.*, précité, point 33, la pleine efficacité du droit communautaire serait mise en cause si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits ont été lésés par une violation du droit communautaire;

(21) Il en est ainsi lorsqu'un particulier, victime du défaut de transposition d'une directive et se trouvant dans l'impossibilité d'invoquer directement certaines dispositions de celle-ci devant le juge national, en raison de leur caractère insuffisamment précis et inconditionnel, engage une action en responsabilité contre l'Etat défaillant pour violation de l'article 189, troisième alinéa, du traité. Dans de telles circonstances, qui étaient celles de l'affaire *Francovich e.a.*, précitée, la réparation vise à effacer les conséquences dommageables, pour les bénéficiaires d'une directive, du défaut de transposition de celle-ci par un Etat membre.

(22) Il en est encore ainsi en cas de lésion d'un droit directement conféré par une norme communautaire que les particuliers sont précisément en droit d'invoquer devant les juridictions nationales. Dans cette hypothèse, le droit à réparation constitue le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions communautaires dont la violation est à l'origine du dommage causé; (...)

(32) Il en résulte que le principe est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement » (CJCE, arrêt du 5 mars 1996, *Brasseries du Pêcheur-Factortame III*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, I-1029); G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 6^e ed., p. 188.

i) *Les dérogations générales*

L'annexe de la directive vise un certain nombre de « *domaines* » (68) auxquels ces deux principes ne s'appliquent pas. Plusieurs de ces « *domaines* » concernent plus particulièrement notre propos, et nous y reviendrons ultérieurement. Il est cependant utile d'indiquer dès à présent que l'exclusion du champ d'application de la « *clause marché intérieur* » de ces différents domaines n'emporte pas automatiquement l'application du droit du pays de destination, et le droit pour cet Etat de destination de restreindre la libre circulation des services (et des prestataires) en provenance des autres Etats membres.

La règle, pour ces domaines, *et à moins qu'une règle particulière du droit communautaire ne prévoie l'application du droit du pays de destination* (69), est celle du droit communautaire « *traditionnel* » : le principe de reconnaissance mutuelle s'applique (70), mais la libre circulation peut être soumise au respect des règles du droit du pays de destination pour autant que celles-ci constituent des règles d'intérêt général et qu'elles respectent les critères fixés par la Cour de Justice à leur admissibilité (en l'occurrence, causalité, nécessité et proportionnalité).

Nous illustrerons cette analyse lorsque nous examinerons les obligations contractuelles, à la section 4 du chapitre III.

(68) Dérogations à l'article 3 §§ 1 et 2 :

« *Comme prévu à l'article 3, paragraphe 3, les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 ne s'appliquent pas dans les cas suivants :*

- *le droit d'auteur, les droits voisins, les droits visés par la directive 87/54/CEE et par la directive 96/9/CE ainsi que les droits de propriété industrielle,*
- *l'émission de monnaie électronique par des institutions pour lesquelles les Etats membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/46/CE,*
- *l'article 44, paragraphe 2, de la directive 85/611/CEE,*
- *l'article 30 et le titre IV de la directive 92/49/CEE (5), le titre IV de la directive 92/96/CEE, les articles 7 et 8 de la directive 88/357/CEE et l'article 4 de la directive 90/619/CEE,*
- *la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat,*
- *les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs,*
- *la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'Etat membre dans lequel le bien immobilier est situé,*
- *l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique ».*

(69) Comme par exemple l'article 44 § 2 de la directive OPCVM, en matière de publicité. Toutefois, même dans un tel cas, l'application par l'Etat d'accueil de ses dispositions est subordonnée au respect du droit communautaire général.

(70) Sur la portée du principe en ce qui concerne le droit applicable, voy. *supra*, ch. II, sec. 2, § 1, iii.

ii) *Les mesures individuelles dérogatoires*

Les paragraphes 4, 5 et 6 de l'article 3 fixent une seconde limite, plus restreinte que la première, en ce qu'elle fixe un certain nombre de conditions strictes ainsi qu'une procédure à suivre en vue de son application :

« § 4. *Les Etats membres peuvent prendre (a), à l'égard d'un service (b) donné de la société de l'information, des mesures (c) qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions ci-après sont remplies :*

a) les mesures (d) doivent être :

i) nécessaires pour une des raisons suivantes (e) :

- *l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine (f);*
- *la protection de la santé publique (f),*
- *la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationale (f);*
- *la protection des consommateurs, y compris des investisseurs;*

ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs (g);

iii) proportionnelles à ces objectifs (h);

b) l'Etat membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire (i), y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale :

- *demandé à l'Etat membre visé au paragraphe 1, de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes;*
- *notifié à la Commission et à l'Etat membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures.*

§ 5. *Les Etats membres peuvent, en cas d'urgence, déroger aux conditions prévues au paragraphe 4 point b. Dans ce cas, les mesures sont notifiées dans les plus brefs délais à la Commission et à l'Etat visé au paragraphe 1, en indiquant les raisons pour lesquelles l'Etat membre estime qu'il y a urgence.*

§ 6. *Sans préjudice de la faculté pour l'Etat membre de prendre et d'appliquer les mesures en question, la Commission doit examiner dans les plus brefs délais la compatibilité des mesures notifiées avec le droit communautaire; lorsqu'elle parvient à la conclusion que la mesure est incompatible avec le droit communautaire, la Commission demande à l'Etat membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question (j) ».*

Quelques explications s'imposent :

(a) le texte vise la possibilité de « prendre » des mesures (individuelles); reste-t-il possible de « maintenir » des mesures (individuelles) existantes, qui auraient été prises dans le passé et dont les effets perdureraient, sans les soumettre à la procédure prévue par cet article? Cette possibilité paraît exclue, eu égard à la formulation claire du texte.

(b) le texte vise « un service ». Une mesure à l'égard d'un prestataire est-elle possible sans avoir à respecter cette procédure? Ou au contraire plus aucune mesure à l'égard d'un prestataire n'est-elle désormais tolérée? Ou par service, y a-t-il lieu d'entendre également le prestataire, eu égard aux mesures visées par la définition du domaine coordonné?

Cette troisième solution paraît la plus adéquate, dans la mesure où le renvoi au paragraphe 2 est explicite, lequel renvoie lui-même à la définition du domaine coordonné.

(c) en visant « un service donné », le texte vise sans ambiguïté des mesures individuelles.

– L'exception n'a pas pour objet de permettre à un Etat membre d'obtenir une exemption pour une règle de portée générale. Il n'est donc pas possible de faire « valider sa législation » par la Commission au travers de cette procédure (71).

– Consciente cependant des difficultés de transposition que pose la directive, la Commission fait certaines propositions dans sa communication du 7 février 2001 : « Pour assister les États membres et les prestataires de services et assurer une bonne application de la directive, la Commission s'efforcera d'identifier les types de législation auxquels les États membres pourraient souhaiter appliquer la dérogation. La

(71) Voy. E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique : le projet Méditerranée », *RDUE*, 2000, pp. 749 et s.

Commission consultera les États membres et les autres parties intéressées au cours de 2001. L'objectif de cette consultation sera d'analyser les divergences dans les niveaux de protection offerts par certaines dispositions nationales que les États membres pourraient vouloir continuer à appliquer aux services en provenance du reste de l'UE et de faciliter l'examen de la proportionnalité de ces dispositions au regard de l'article 3 (paragraphes 4 à 6).

Cette analyse ne sera pas juridiquement contraignante et sera, bien entendu, sans préjudice des interprétations éventuelles de la Cour de justice. Elle sera néanmoins très utile car elle permettra d'évaluer la nécessité et la proportionnalité de certaines mesures que pourraient prendre les États membres sur la base de l'article 3, paragraphes 4 à 6. Elle aidera ainsi les États membres à mieux cerner celles de leurs règles nationales de protection des consommateurs et petits investisseurs qu'ils souhaitent appliquer aux services fournis depuis le reste de l'UE, et donc à informer les prestataires de services sur leur politique en la matière » (72).

La Commission indique elle-même que son appréciation ne constituera pas un élément de sécurité juridique absolu.

En effet, dans l'hypothèse où la Commission estimerait que l'Etat membre est habilité à bénéficier des dispositions de l'article 3 §§ 4 à 6, cet Etat membre pourra légitimement supposer que la Commission n'invalidera pas sa mesure dans un cas concret (et similaire, cfr. *infra*). Mais rien n'empêcherait un opérateur d'agir en arguant de la non-conformité de la mesure avec le droit communautaire, et, le cas échéant, d'obtenir gain de cause, malgré l'avis « théorique » favorable de la Commission.

De la même manière, un avis « théorique négatif » de la Commission dans ce cadre n'empêcherait nullement un Etat membre de « tenter sa chance » et, si, dans un cas concret, la Commission persiste, de porter l'affaire devant la Cour de Justice, avec la possibilité de voir celle-ci invalider la décision de la Commission.

– L'adoption de mesures d'ordre général par les Etats membres reste-t-elle possible? La formulation du texte ne permet pas de se prononcer sur ce point, mais de telles mesures étant visées par la directive 98/48/CE (qui soumet l'adoption de telles mesures à une procé-

(72) COM (2001) final, p. 14.

de notification à la Commission et d'examen de celles-ci par cette dernière), il y a lieu de considérer que tel est le cas. On notera cependant que les directives 98/34 et 98/48 n'incluent pas les services financiers dans leur champ d'application (73).

– Dans une version initiale de sa proposition, la Commission avait même envisagé d'étendre cette mesure aux juridictions nationales avant l'adoption de décisions judiciaires.

Si le texte actuel n'est plus aussi explicite, le considérant 25 semble confirmer cette approche (74).

La Commission a par ailleurs indiqué que, selon elle, « *the measures [Member States] could take (injunctions, court proceedings) would have to satisfy the conditions of article 3(4) (consumer protection, prior notification to the Commission and to country [of origin], and proportionality)* » (75).

La Commission européenne devrait – ou pourrait – donc avoir un droit de regard sur le contenu des décisions judiciaires *avant l'adoption* de celles-ci par les juridictions compétentes, et, plus particulièrement sur la *proportionnalité de la mesure individuelle*, indépendamment de la proportionnalité de la législation qui fonde la mesure (76).

La compatibilité de l'application de cette disposition aux juridictions nationales avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (77) nous paraît devoir être examinée.

Le principe d'indépendance du juge national est-il respecté dans le cadre d'une telle procédure « d'autorisation » menée non pas par une autre juridiction – la Cour de Justice – mais par la Commission?

(73) Cfr. *supra*.

(74) « *Les juridictions nationales, y compris les juridictions civiles, statuant sur les différends de droit privé peuvent déroger à la libre prestation des services de la société de l'information, conformément aux conditions définies dans la présente directive* ». Voy. également E. CRABIT, *op. cit.*, p. 790.

(75) Annexe explicative au Rapport groupe de politiques des services financiers sur le commerce électronique et les services financiers, *op. cit.*

(76) Sur cette question, v. *infra*.

(77) « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

L'indépendance du tribunal doit d'abord exister « *notamment à l'égard du pouvoir exécutif et des parties* » (78).

Cette indépendance s'exprimera « (...) *dans l'impossibilité juridique d'adresser aux membres de l'organe des injonctions ou même des recommandations relative à leur activité juridictionnelle* » (79).

Cette indépendance doit également exister à l'égard « *des pouvoirs de fait, tels que les groupes de pressions politiques, économiques ou sociaux* » (80).

Cependant « *le fait qu'un tribunal soit lié par une réponse préjudicielle n'entame évidemment pas son indépendance. Si la réponse préjudicielle émane non pas d'une autre juridiction, mais d'un organe administratif ou législatif, l'article 6 ne sera pas méconnu si les parties disposent d'un recours devant un tribunal contre cette réponse* » (81).

Un tel recours est, en l'espèce, possible devant la Cour de Justice (82).

Il reste toutefois à savoir si la procédure prévue par l'article 3 peut être assimilée à une procédure préjudicielle au sens de la Convention. Il ne s'agirait en effet pas en l'espèce d'une procédure visant à obtenir une réponse à une question de droit nécessaire pour trancher le litige, mais bien d'une procédure visant à apprécier *la décision judiciaire elle-même*.

Il ne fait pas de doute que le juge national soit tenu de respecter et d'appliquer le droit communautaire. Pour ce faire, le traité a toutefois mis en place une procédure de question préjudicielle.

On peut s'interroger sur la question de savoir si cette procédure est aujourd'hui modifiée, dans la mesure où une phase administrative s'y substitue – ou y est adjointe – qui n'est pas prévue par le Traité.

De surcroît, selon la Cour de Justice CE, « *eu égard aux termes de la question préjudicielle, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la Cour n'est pas compétente pour statuer sur la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire. Elle a toutefois compétence pour fournir à la juridiction nationale tous les élé-*

(78) CEDH, arrêt *Campbell & Fell*, 28 juin 1984, *Série A*, n° 80, p. 39.

(79) CEDH, arrêt *Campbell et Fell*, *ibidem*.

(80) Cass., 22 février 1983, *Pas.*, 1983, I, n° 354; J. VELU et R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme. Extrait du Répertoire pratique du droit belge*, tome VII, 1990, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 454.

(81) Commiss., décision du 10 juillet 1987, req. n° 11761/85, *EuGRZ*, 1988, pp. 307 et s.

(82) Contre la décision de la Commission, cfr. *infra*.

ments d'interprétation relevant du droit communautaire qui peuvent lui permettre d'apprécier cette compatibilité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie » (83) (84).

La Cour de Justice vient en outre de rappeler, ce 8 mars 2001, dans un arrêt *Gourmet*, que « *s'agissant, (...) de l'appréciation à porter sur la proportionnalité de l'interdiction de la publicité en cause au principal, et en particulier sur le point de savoir si l'objectif recherché pourrait être atteint par des interdictions ou des limitations de moins grande ampleur ou affectant de manière moindre le commerce intracommunautaire, elle suppose une analyse des circonstances de droit et de fait qui caractérisent la situation dans l'État membre concerné que la juridiction de renvoi est mieux à même d'effectuer que la Cour* » (85).

(d) L'appréciation de la proportionnalité porte-t-elle sur la proportionnalité de la mesure ou de la législation qui sous-tend la mesure?

Le texte semble indiquer que c'est la proportionnalité de la mesure qui sera jugée. Mais on imagine mal comment une telle appréciation pourrait faire abstraction d'une appréciation préalable de la proportionnalité de la législation qui fonde la mesure en droit.

(e) Les mesures admises au titre de l'intérêt général se sont diversifiées, au fil du temps et de la jurisprudence de la Cour de Justice (86). La Commission, jugeant qu'il s'agissait d'une source de dérive néfaste à la réalisation du marché intérieur (87), après avoir tenté à plusieurs

(83) Voir, notamment, arrêt du 14 juillet 1994, *Rustica Semences*, C-438/92, *Rec.* p. I-3519, point 10.

(84) CJCE, arrêt du 11 août 1995, *Belgapom*, C-63/94, *Rec.*, 1995, I-2467.

(85) Sur la proportionnalité, on lira J. JANS, « Proportionality revisited », *Legal Issues of Economic Integration (LIEI)*, 2000, pp. 239-265.

(86) Voy. COMMISSION EUROPÉENNE, *La libre circulation des services : Guide de la jurisprudence de la Cour de Justice des CE relative aux articles 59 et suivants du Traité*, Action Robert Schumann, OPOCE, 1.1.1997.

(87) « *La disparité de certaines législations applicables aux services de la société de l'information conduit à des cas où un Etat membre peut, par dérogation au principe de libre circulation et conformément à la jurisprudence de la Cour, soumettre un service provenant d'un autre Etat membre à des mesures de contrôle ou à sa propre législation. En pratique, cela signifie qu'un prestataire de service qui veut offrir son service dans l'ensemble du marché intérieur, et qui respecte la réglementation du pays dans lequel il est établi, doit, en outre, s'assurer que son activité est compatible avec les législations des 14 autres Etats membres. Une importante insécurité juridique caractérise le cadre juridique actuel. L'insécurité porte sur la légalité des mesures que peut prendre un Etat membre à l'encontre des services des prestataires établis dans un autre Etat membre (sont-elles justifiées au regard du principe de libre circulation des services ou du droit communautaire dérivé qui met en œuvre ce principe?). L'insécurité juridique porte aussi sur la détermination des exigences qui doivent être respectées par les services de la société de l'information (dans quelle mesure telle ou telle législation s'applique-t-elle à ces activités de services?)* », exposé des motifs, pp. 7 et 8.

reprises de limiter l'application de cette jurisprudence (88), a décidé de porter un coup d'arrêt à celle-ci. La directive renverse donc cette tendance en limitant strictement les raisons pour lesquelles une mesure dérogatoire est désormais admise. Ainsi, les raisons tenant à par exemple à la réputation du secteur, à la loyauté des transactions commerciales, à la cohérence fiscale, admises pourtant par la Cour de Justice comme relevant de mesures d'intérêt général, sont désormais exclues.

(f) L'articulation de ces dispositions avec les articles 55 (ex-66) et 46 § 1 du traité nécessite que l'on s'y attarde quelques instants.

L'article 46 § 1 du traité prévoit que pour « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* », des mesures dérogeant à la libre prestation pourront être adoptées par les Etats membres.

La directive reprend ces trois catégories, et y ajoute la protection des consommateurs, y compris des investisseurs.

La directive innove toutefois par rapport au traité, en prévoyant une procédure particulière à l'admissibilité des mesures dérogatoires, et notamment la saisine préalable de l'Etat d'origine, qui limitent sans conteste l'usage que les Etats membres pourraient faire de ces dispositions (89).

(g) Il faut qu'il y ait soit « *atteinte* » à ces différents objectifs, soit un « *risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs* ».

En d'autres termes, l'application d'une même législation pourra être justifiée dans certains cas d'espèces, lorsqu'un tel risque grave et sérieux sera reconnu par la Commission, tandis que dans d'autres circonstances, elle ne le sera pas.

Ceci crée malheureusement une situation d'incertitude en termes de prévisibilité juridique tant pour les opérateurs que pour les Etats membres.

(h) La Commission appréciera donc la proportionnalité de la mesure.

(88) Voy. Commission européenne, *Les communications commerciales dans le marché intérieur. Livre vert de la Commission européenne*, 8 mai 1996; Commission européenne, *Communication interprétative de la Commission : liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire*, SEC (97) 1193, 20 juin 1997; Commission européenne, *Communication interprétative de la Commission : liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances*, C(99)5046, 2 février 2000.

(89) Voy. E. CRABIT, *op. cit.*, p. 790.

Il convient de rappeler que, dans le cadre de la procédure en manquement, « *c'est à la Commission qu'il incombe d'établir l'existence du manquement allégué, conformément au principe actori incumbat probatio* » (90) et plus particulièrement de démontrer le caractère non proportionné de la mesure (91).

Il nous semble qu'il devrait en aller de même dans le cadre de cette procédure particulière.

(i) On a dit que les décisions judiciaires étaient – à tout le moins suivant la Commission – soumises à la procédure prévue par l'article 3 § 4.

Ceci emporte pour conséquence que l'Etat membre de destination doit demander préalablement à l'Etat sur le territoire duquel le prestataire est établi de prendre des mesures.

Nous doutons que le juge de l'Etat du for puisse adresser directement une injonction à l'Etat d'origine (92), et ce d'autant plus que cet Etat ne sera plus que vraisemblablement même pas à la cause (93). Il devra donc logiquement s'adresser à ses propres autorités nationales qui devront saisir l'Etat d'origine.

Le littéra b du § 4 précise toutefois que cette disposition est « *sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale* ».

Cette précision a pour objet d'éviter que ce détour par le pays d'origine ne constitue une entrave au bon déroulement d'une procédure judiciaire menée devant les juridictions de l'Etat d'accueil.

Nous pensons toutefois que cette exception – ou plus exactement cette possibilité d'exception – n'a vocation à s'appliquer qu'à titre exceptionnel, à tout le moins dans les procédures civiles : tel sera par exemple le cas dans le cadre d'une procédure en référé, mais pas dans le cadre d'une procédure au fond. L'urgence qui caractérise à la fois la demande, la procédure et la décision se verrait en effet entravée s'il fallait recourir à une demande préalable à l'Etat d'origine. Tel ne

(90) *Commentaire Megret*, Tome 10, p. 78.

(91) *Commentaire Megret*, Tome 1, p. 301.

(92) Sur ces questions particulièrement complexes, voy. P.M. DUPUY, *Droit International Public*, 3^e ed., Dalloz, Paris, 1995, pp. 80 et s., et les nombreuses références citées.

(93) Il ne pourrait d'ailleurs pas non plus donner d'injonction à l'Etat dont il relève si celui-ci n'était pas à la cause.

serait vraisemblablement pas le cas dans le cadre d'une procédure normale diligentée devant les juges du fond.

(j) La procédure en manquement prévue par le traité est-elle modifiée?

La procédure en manquement a pour objet de « *permettre de contrôler la conformité de l'action (des Etats membres) au traité et de trancher les différends qui peuvent surgir à ce sujet. (...) La procédure en constatation de manquement revêt un caractère largement objectif. Elle a pour but de permettre « de déterminer la portée exacte des obligations des Etats membres en cas de divergence d'interprétation» (CJCE, arrêt du 14 décembre 1971, Commission c/ France, C-7/71, Rec., p. 1003) » (94).*

La procédure prévue par l'article 3 de la directive a, pour l'essentiel, le même objet.

Cette procédure diffère toutefois de la procédure en manquement, en ce qui concerne plus particulièrement la phase pré-contentieuse.

En effet, il semble bien que la procédure prévue par la directive débouche sur une décision de la Commission (qui elle-même pourrait valoir mise en demeure, au sens de la phase pré-contentieuse de la procédure en manquement, à tout le moins lorsque celle-ci porte sur une mesure déjà prise (95)).

Dès lors, les Etats membres ne pouvant se faire justice à eux-mêmes, il leur appartiendrait, s'ils estimaient la décision de la Commission non fondée, d'attaquer la décision dans le cadre d'un recours en annulation, et non plus d'attendre que la Commission leur adresse un avis motivé au sens de l'article 226 (ex-169).

Or, « *il est de jurisprudence constante qu'en dehors du recours en constatation de manquement, il n'appartient pas à la Cour de statuer sur la compatibilité d'une disposition nationale avec le droit communautaire» et que « cette compétence revient aux juridictions nationales, le cas échéant après qu'elles ont obtenu de la part de la Cour, par la voie du renvoi préjudiciel, les précisions nécessaires sur la portée et l'interprétation du droit communautaire » (CJCE, arrêt du 22 mars 1990, Triveneta Zuccheri, aff. C-347/87, Rec., I-1083). Ainsi la Cour a-t-elle jugé qu'elle ne saurait, dans le cadre d'un recours en annulation intro-*

(94) *Commentaire Megret*, Tome 10, p. 57.

(95) Voy. E. CRABIT, *op. cit.*, p. 791.

duit contre un acte d'une institution de la Communauté, statuer sur la compatibilité d'une législation nationale avec le droit communautaire (ibidem) » (96).

iii) *L'article 1 § 4*

L'article 1 § 4 prévoit que la directive « *n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions* ».

Nous examinerons la portée de cette exception au chapitre III, section 5.

SECTION 3. – *La notion de « site dirigé »*

La directive sur le commerce électronique ne fait en aucune façon référence à la notion de « site dirigé », de site « accessible », ou encore de « site actif » ou « passif ».

Cette notion n'est toutefois ni inconnue ni sans importance dans la réglementation des activités commerciales sur Internet, et plus particulièrement dans le domaine des services financiers (97).

§ 1. *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 (98)*

Le règlement 44/2001, qui actualise et intègre dans le droit communautaire les Conventions de Bruxelles et de Lugano, a été adopté, après des débats intenses, le 22 décembre 2000.

Ces débats ont porté avant tout sur la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs, et plus particulièrement sur les dispositions de l'article 15 § 1 litt. c, qui prévoit que « *en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5 point 5 (...) c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce*

(96) *Commentaire Megret*, Tome 10, p. 103.

(97) Sur cette question, on lira L. ROLIN JACQUEMYS, Th. VERBIST, « L'offre de service et produits financiers sur Internet », *Revue de Droit Commercial Belge*, 2000, n° 2000/2, pp. 71-89.

(98) *JOCE*, L 12, 16 janvier 2001, p. 1.

des activités commerciales ou professionnelles sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ».

Une déclaration concernant les articles 15 et 68 a été adoptée par la Commission et le Conseil, qui apporte quelques précisions utiles :

« 1. Le Conseil et la Commission sont conscients que le développement du commerce électronique dans la société de l'information facilite la croissance économique des entreprises. Le droit communautaire constitue un atout essentiel pour que les citoyens, les opérateurs économiques ainsi que les consommateurs, puissent bénéficier des possibilités offertes par le commerce électronique.

Ils considèrent que le développement de nouvelles techniques de commercialisation à distance fondées sur l'utilisation d'Internet repose en partie sur la confiance réciproque qui peut s'instaurer entre les entreprises et les consommateurs. Un des éléments importants de cette confiance est la possibilité offerte aux consommateurs, par l'article 16 du règlement, de porter d'éventuels litiges devant les juridictions de l'Etat membre dans lequel ils sont domiciliés, lorsque le contrat conclu par le consommateur est couvert par l'article 15 du règlement.

Le Conseil et la Commission rappellent à cet égard que pour que l'article 15 paragraphe 1 alinéa c) soit applicable, il ne suffit pas qu'une entreprise dirige ses activités vers l'Etat membre du domicile du consommateur, ou vers plusieurs Etats dont cet Etat membre, il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités. Cette disposition concerne plusieurs méthodes de commercialisation, dont les contrats conclus à distance par l'intermédiaire d'Internet.

Dans ce contexte, le Conseil et la Commission soulignent que le simple fait qu'un site Internet soit accessible (99) ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent » (100).

(99) C'est nous qui soulignons.

(100) L'exposé des motifs de la proposition de règlement indiquait lui aussi que le concept d'activité dans ou dirigée vers l'Etat du domicile du consommateur « a pour objet de rendre clair que le paragraphe c) s'applique au contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur. Le simple fait que le consommateur ait pris connaissance d'un service ou de la possibilité d'acheter des marchandises via un site Internet passif accessible dans

Les critères définis par cette déclaration restent toutefois parcellaires, et c'est à la jurisprudence qu'il appartiendra de mieux définir les contours de cette notion.

§ 2. *La notion de site dirigé dans le domaine des services financiers*

i) *L'OICV-IOSCO*

Confrontées au problème particulièrement aigu de la définition de leur compétence de contrôle à l'égard des activités menées sur Internet, les autorités de contrôle des valeurs mobilières se sont penchées sur la définition d'un certains nombres de principes en la matière, que l'on retrouve dans un rapport du Comité Technique de l'OICV-IOSCO (Organisation Internationale des Commissions de Valeurs/ International Organization of Securities Commissions) de 1998 (101).

Dans ce document, l'OICV aborde la question des critères qui permettent à une autorité de contrôle de se déclarer compétente ou non face à une offre de services financiers par Internet.

Parmi les critères qui permettent de déterminer la compétence des autorités de contrôle, figurent notamment le fait que l'information soit dirigée vers les résidents du ressort de l'autorité, le fait que le fournisseur de services accepte des transactions émanant de ces résidents ou encore, le fait que le fournisseur utilise des techniques de communication pour « pousser » (*push*) l'information vers ces derniers.

Par contre, si le fournisseur de services précise clairement à qui s'adresse son offre, que le site web contient une liste des pays dans lequel le prestataire est autorisé (ou non) à fournir ses services ou qu'il prend les mesures raisonnables pour empêcher la fourniture de

l'Etat de son domicile ne suffit pas à faire jouer la compétence protectrice. Le contrat électronique est ainsi assimilé aux autres contrats à distance passés par téléphone, fax, etc. ouvrant droit à la compétence de l'article 16 » (c'est nous qui soulignons) (*Exposé des motifs*, pp. 16-17). Il est intéressant de souligner que le considérant 13, qui figurait dans la proposition de règlement, indiquait que « il y a lieu de tenir compte du développement croissant des nouvelles technologies de communication, notamment dans le domaine de la consommation; en particulier la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un Etat membre constitue une activité dirigée vers cet Etat; lorsque cet Etat est celui du domicile du consommateur, celui-ci doit pouvoir bénéficier de la protection qui lui est offerte par le règlement lorsqu'il souscrit depuis son lieu de domicile un contrat de consommation par un moyen électronique ». Ce considérant était en contradiction avec l'exposé des motifs et a disparu du texte définitif.

(101) TECHNICAL COMMITTEE OF THE IOSCO, *Securities activity on the Internet*, 1998, disponible à l'adresse internet suivante : http://www.iosco.org/docs-public/1998-internet_security.html

services à des résidents relevant du ressort de l'autorité de contrôle, celle-ci ne devrait pas se déclarer compétente.

ii) *Les autorités de contrôle nationales*

Dans le fil des travaux de l'IOSCO, de nombreuses autorités de contrôle nationales (102) ont adopté des règles qui s'inscrivent dans la même logique et qui précisent parfois plus amplement les critères d'appréciation de la notion de site dirigé (103).

– Ainsi, la FSA (Financial Services Authority, Royaume-Uni), dans sa Guidance Release 2/98 de mai 1998 intitulée *Treatment of material on overseas Internet World Wide Web sites accessible in the UK but not intended for investors in the UK* (104), *Wide Web sites accessible in the UK but not intended for investors in the UK* (105), énumère une série de critères concernant le contenu du site mais aussi sa promotion sur base desquels elle déterminera si un site s'adresse ou non à un résident britannique.

Concernant le site lui-même, la FSA se basera notamment sur le fait que celui-ci contient une mention précisant que le service n'est disponible que dans certains pays, sur le fait que les services ne sont pas disponibles dans les pays pour lesquels le prestataire n'a pas obtenu d'autorisation de vendre ou de promouvoir ses produits, ou encore sur le fait que le contenu du site est rédigé d'un manière qui fait apparaître clairement qu'il ne s'adresse pas à des investisseurs britanniques (106).

Concernant la promotion du site, la FSA retiendra notamment comme critère le fait que les responsables du site aient renseigné l'existence du site à des moteurs de recherche britanniques ou qu'ils aient mis en place des services de communication comme des « chat

(102) Outre celles que nous visons ici, nous mentionnerons également pour les Pays-Bas la Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE), Beleidsnotitie nr. 99-0003 van Juni 1999 inzake het Internet in relatie tot het toezicht op het effectenverkeer in Nederland, et, hors UE, pour les USA, la Securities and Exchange Commission (SEC), et notamment la SEC Interpretative Release, Use of electronic media, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.sec.gov/rules>.

(103) Voyez aussi, L. ROLIN JACQUEMYNS, Th. VERBIST, *op. cit.*, *Revue de Droit Commercial Belge*, 2000, n° 2000/2, pp. 74-76.

(104) Disponible à l'adresse internet suivante : http://www.fsa.gov.uk/pubs/guidance/gr02_1998.pdf

(105) Disponible à l'adresse internet suivante : http://www.fsa.gov.uk/pubs/guidance/gr02_1998.pdf

(106) La FSA retient par exemple comme critère le fait que des éléments propres au Royaume-Uni ne sont pas retenus dans des boîtes de dialogue à choix multiples contenant des codes postaux, noms de pays.

rooms » ou autres BBS associés au site utilisés activement pour promouvoir l'investissement au Royaume-Uni.

– Le 3 septembre 1999, la COB (Commission des Opérations de Bourse, France) adoptait une *Recommandation n° 99/02 relative à la promotion ou la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat via internet* (107), dans laquelle elle indiquait, en ce qui concerne le public visé que

« La société qui choisit d'ouvrir un site Internet de promotion et/ou de commercialisation de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat est tenue de veiller à ce que son offre respecte les règles en vigueur dans les territoires visés.

La Commission rappelle qu'en France il s'agit, outre les dispositions légales et réglementaires, des règles de bonne conduite, particulièrement celles concernant les conditions d'information des clients et de commercialisation des produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat.

Lorsque le site vise les résidents d'autres territoires, la société s'enquiert des réglementations spécifiques à chaque territoire et veille à les respecter.

Afin que les résidents des pays où il est possible de consulter le site ne soient pas induits en erreur, la société est invitée à préciser le champ géographique de son offre par un avertissement ».

– Nous citerons enfin la CBF (Commission Bancaire et Financière, Belgique) dans une circulaire annexe de la circulaire du 5 mai 2000, intitulée *Services Financiers : exigences prudentielles*, recommande aux établissements la prudence lorsqu'ils démarchent des clients via leur site web sur le territoire d'un autre Etat (108) et suggère une série de mesures susceptibles de prévenir les malentendus.

Les établissements sont invités par exemple à mentionner sur leur site web que celui-ci s'adresse aux investisseurs d'une zone géographique déterminée, dans laquelle l'entreprise opère conformément à la règle-

(107) Disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.cob.fr/frset.asp?rbrq=inet>

(108) « Caractère potentiellement transfrontalier des services offerts ou fournis : 30. En ce qui concerne plus précisément l'utilisation d'un site sur Internet, plusieurs autorités de contrôle étrangères considèrent que l'offre via Internet de services ou d'instruments provenant de l'étranger est réputée avoir lieu sur leur territoire lorsque cette offre est adressée ou mise à la disposition d'investisseurs sur ledit territoire. Lors de l'appréciation de ces critères, chaque cas est en principe examiné séparément, en vue notamment de déterminer si les ressortissants du pays concerné sont spécifiquement visés (langue utilisée, prix dans la monnaie du pays, mention d'adresses de contact locales), si des transactions ou services sont effectivement effectués via le site web et si les investisseurs sont sollicités par e-mail ou d'autres techniques de communication ».

mentation, à vérifier si un investisseur relève du groupe cible par différents moyens de communication comme le téléphone ou le courrier. La CBF suggère également d'éviter que le site web soit incompatible avec la zone géographique visée, de protéger l'accès au site par des mots de passe communiqués uniquement à des personnes faisant partie du groupe cible ou encore de prendre contact avec les autorités de contrôle compétentes pour s'assurer de la conformité du site à la législation locale.

§ 3. *La notion de « site dirigé » et l'absence de définition de l'Etat d'accueil dans la directive sur le commerce électronique*

La directive sur le commerce électronique ne donne aucune définition de l'Etat d'accueil, contrairement aux directives qui ont trait aux services financiers, et plus particulièrement les directives 2000/12 de coordination bancaire (109) et 93/22 « services d'investissement » (110).

L'Etat membre d'accueil, selon ces directives, est l'Etat membre dans lequel une entreprise d'investissement a une succursale ou fournit des services.

En vertu de ces directives, un certain nombre de compétences – et notamment des compétences de contrôle – sont conférées aux autorités de l'Etat d'accueil.

Dans le cadre de la directive commerce électronique, on se rappellera que l'article 3 § 4 permet aux « Etats membres » de prendre des mesures qui dérogent au paragraphe 2 du même article pour autant qu'un certain nombre de conditions soient remplies. Le paragraphe 2 de l'article 3 indique uniquement que « *les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre* ».

On pourrait logiquement s'attendre à ce que ce soit l'Etat membre dans lequel le service est fourni qui ait recours à l'article 3 § 4, même si l'on peut en principe considérer que le service pouvant être potentiellement fourni dans n'importe quel Etat, n'importe quel Etat pour-

(109) Article 1 point 7.

(110) Article 1 point 7.

rait exciper de cette compétence, à moins que le prestataire n'ait manifesté son intention de limiter géographiquement son offre.

On voit immédiatement que l'application de la notion de « sites dirigés » à ce problème conduit à préciser quels sont les Etats membres qui, en vertu de l'article 3 § 4, sont en principe habilités à prendre les mesures visées par cet article : les Etats membres vers lesquels l'activité sera dirigée seront également ceux qui seront habilités à prendre les mesures dérogatoires à la clause marché intérieur.

Toutefois, compte tenu de la définition donnée à la notion de « prestataire établi », qui exclut la référence aux moyens techniques et technologiques comme critère de rattachement, on pourrait également imaginer que l'Etat où sont situées ces installations estime avoir compétence pour agir en vertu du paragraphe 4, quand bien même le prestataire exclurait-il volontairement toute fourniture de service sur le territoire de cet Etat (111).

On peut également imaginer l'exercice de compétences concurrentes à l'encontre d'un même fournisseur ou d'un même service. Or, ces mesures pourraient ne pas être nécessairement compatibles entre elles – quand bien même elles seraient justifiées sur le plan du droit communautaire. Le rôle de la coopération entre autorités de contrôle d'une part, et de la Commission d'autre part, sera déterminant, et conduit à une réflexion plus large sur l'opportunité de formes nouvelles de contrôle, qui ne soient plus seulement nationales.

CHAPITRE III. – L'IMPACT DE LA DIRECTIVE SUR LE DROIT COMMUNAUTAIRE DES SERVICES FINANCIERS

Loi spéciale, loi générale, loi postérieure?

On s'est beaucoup posé la question de savoir si l'articulation de la directive commerce électronique avec les directives traitant des services financiers pouvait être résolue par une application du principe « *lex specialis* ».

Force est toutefois de constater que ce principe ne fonctionne pas en l'espèce.

(111) Ce qui n'est évidemment pas interdit par la directive.

Les directives « services financiers » dérogent au droit général, mais traitent les services financiers sans considération du mode de distribution.

La directive commerce électronique ne vise qu'un mode de distribution, mais traite indifféremment l'ensemble des services, quels qu'ils soient, susceptibles d'être distribués électroniquement.

Il semble dès lors inévitable de considérer que c'est l'application du principe « *lex posterior derogat priori* » qui l'emporte (112).

La directive commerce électronique comporte un certain nombre d'indications dans le sens d'une application de la « *lex posterior* ». Dans la mesure où elle prévoit un certain nombre d'exceptions à l'application de la clause marché intérieur qui ont trait à d'autres directives, cela signifie que cette clause s'applique pour le surplus aux dispositions de ces mêmes directives non visées à l'annexe, et dès lors l'application du contrôle du pays d'origine se substitue aux dispositions de ces autres directives qui prévoiraient un autre mécanisme, il faut considérer qu'elle modifie donc les directives existantes et plus particulièrement les directives relatives aux services financiers, sous réserve de ces exceptions.

SECTION I. – *Les conséquences sur les agréments et les principes de reconnaissance mutuelle qui les accompagnent*

Le cadre réglementaire communautaire mis en place en matière de services financiers repose, pour l'essentiel, sur un modèle identique qui est fondé sur l'octroi d'un agrément par les autorités de contrôle du pays d'origine, et la reconnaissance mutuelle de cet agrément par les autorités des autres Etats membres.

Tel est le cas pour les établissements de crédit au sens des première et deuxième directives bancaires (telles que modifiées par les direc-

(112) Voy. P.M. DUPUY, *op. cit.*, p. 238; en droit communautaire, voy. conclusions de l'avocat général COLOMER, 23 février 1999, dans l'affaire C-64/98, *Rec.*, I, 1999, p. 5187; conclusions de l'avocat général VAN GERVEN, 27 octobre 1993, dans l'affaire C-128/92, *Rec.*, I, 1994, p. 1209; [...] La Cour de Justice considère en effet que « *selon un principe généralement reconnu, les lois modificatives d'une disposition législative s'appliquent, sauf dérogation, aux effets futurs de situations créées sous l'empire de la loi ancienne* » (...) CJCE, arrêt du 4 juillet 1973, *Westzucker*, aff. 1173, *Rec.*, p. 723. Voy. G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 6^e ed., 1999, p. 138.

tives concernant la monnaie électronique (113)), pour les OPC (114), et pour les services d'investissement.

Quel est l'impact de la directive commerce électronique sur ces dispositions relatives aux agréments et à la reconnaissance mutuelle qui les accompagne?

La réponse à cette question nécessite une remarque préliminaire : les établissements qui ne relèvent pas des directives bancaires – parce qu'ils ne répondent pas à la définition de ces établissements et ne font par exemple que dispenser du crédit ou qu'accepter des dépôts – ou les OPC non coordonnés, ou encore les entreprises d'investissement qui ne seraient pas couvertes par la directive « services d'investissement », s'ils ne disposent pas du passeport qui peut leur être délivré en vertu des directives d'harmonisation, peuvent quand même circuler *sur base des dispositions du traité*, c'est à dire dans le respect du droit communautaire général; en d'autres termes, selon les libertés octroyées par le droit communautaire, et en conformité avec les restrictions admises par le droit communautaire à l'exercice de ces libertés (115).

Ce que modifie la directive commerce électronique, c'est que désormais les restrictions admises à la liberté au titre du droit communautaire général ne s'appliquent plus, sous réserve des exceptions prévues par la directive elle-même.

En d'autres termes, la liberté *existait* et la directive e-commerce n'a pas créé cette liberté; elle modifie cependant les limites précédemment admises à l'exercice de cette liberté.

On peut dans cette mesure considérer que la directive crée une forme de « passeport bis » qui va permettre aux fournisseurs de services financiers de fournir leurs services par internet dans l'ensemble des autres Etats membres sans qu'ils n'aient besoin de passeport et sans qu'ils n'aient à se soumettre aux conditions plus restrictives des directives « passeport traditionnel ».

(113) Directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 modifiant la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE*, L 275 du 27 octobre 2000, p. 37 et Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, *JOCE*, L 275 du 27 octobre 2000, p. 39.

(114) Telles qu'actuellement en cours de modification.

(115) Voy. B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Paris, Dalloz, 1995.

Ainsi, un « courtier de crédit » qui, aujourd'hui, ne dispose pas d'un passeport, pourra, demain, vendre des crédits dans toute l'Union sur base du respect du droit de son pays d'établissement, sans que les Etats de destination ne puissent le soumettre à quelque condition que ce soit hormis celles qui relèveraient des exceptions prévues par la directive e-commerce.

Il convient toutefois de souligner que l'article 4 § 2 de la directive précise que le principe de non-autorisation préalable fixé par le paragraphe 1 du même article « *est sans préjudice des régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information (...)* ».

L'article 4 § 1 interdit toute forme d'autorisation préalable, ainsi que toute autre exigence ayant un effet équivalent, en ce qui concerne l'accès à l'activité d'un prestataire de SSI et l'exercice de celle-ci.

L'article 4 § 2 vise quant à lui à préserver les régimes – de droit national ou de droit communautaire – qui ont un caractère général et indépendant du mode de distribution choisi, comme par exemple dans le domaine bancaire. C'est en ce sens que les mots « qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les SSI » doivent être entendus.

Toutefois, les régimes d'autorisation à caractère général restent soumis aux principes de la clause marché intérieur. En d'autres termes, si un prestataire de services financiers *lambda* bénéficie d'un agrément *national* qui se situe en dehors du cadre des agréments « communautaires », il bénéficiera, en vertu de la clause marché intérieur, de la reconnaissance mutuelle qui s'y attache en vertu de la clause marché intérieur (ce que l'on peut qualifier de « passeport bis »).

Mais ceci ne vaudra qu'à l'égard des SSI prestés par ce fournisseur de services financiers, et pas à l'égard des services prestés sous une autre forme. Pour ces derniers, les règles du « droit commun des services financiers » retrouvent leur pleine application, ce qui est de nature à poser problème en ce qui concerne les services qui ne sont pas prestés entièrement sous forme électronique.

Une seconde difficulté qui nous semble devoir être soulignée est celle du démarchage non sollicité par internet. Si l'on devait admettre qu'il ne s'agit pas d'un SSI parce que ce service n'est pas fourni sur demande individuelle de son destinataire, le prestataire ne bénéficierait pas de ce « passeport bis » pour de tels services.

SECTION 2. – *La notion de libre prestation de service : les conséquences sur les procédures de notification, le problème des succursales et les réserves relatives à l'intérêt général*

§ 1. *Les conséquences sur les procédures de notification*

Diverses directives financières ont prévu, dans le cadre de la libre prestation de services une procédure de notification lorsqu'un établissement de crédit, un OPC, ou une entreprise d'investissement désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre Etat membre. Cette procédure permet l'information de l'autorité de contrôle de l'Etat membre d'origine qui est tenue ensuite d'informer l'autorité de l'Etat membre d'accueil.

Ainsi, en matière bancaire, l'article 21 de la directive de coordination bancaire 2000/12/CE, dispose que « *tout établissement de crédit qui désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre état membre dans le cadre de la libre prestation des services notifie à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine celles des activités comprises dans la liste figurant à l'annexe qu'il envisage d'exercer* ».

Cependant, les termes « sur le territoire » ne sont pas très clairs, en particulier lorsqu'il s'agit de services fournis par voie électronique.

En réponse à ces interrogations, la Commission a fourni, dans le cadre de sa Communication interprétative de 1997 (116), une interprétation de cette notion : « *afin de déterminer où une activité est exercée, il faut déterminer le lieu où est fourni ce qu'on peut appeler la prestation caractéristique du service qui est la prestation essentielle pour laquelle le paiement est dû* » (117).

La Commission avait exprimé l'avis que « *la fourniture de services bancaires à distance, par le biais d'internet, ne devrait pas, selon la Commission, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client* » (118).

(116) Communication interprétative 97/C 209/04 de la Commission relative à la libre prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, *JOCE*, n° C 209/6, 10/07/1997, pp. 10 et s.

(117) Initialement, la Commission s'était orienté vers une approche fondée sur la notion d'initiative, mais qu'elle a ensuite abandonné.

(118) Communication interprétative, *op. cit.*, pp. 6 et s.

Cette interprétation a fait couler beaucoup d'encre (119) et n'a pas recueilli l'unanimité parmi les autorités de contrôle des Etats membres (120). La Commission Bancaire et Financière belge, par exemple, a clairement exprimé ses réticences dans l'un de ses rapports annuels (121), et a confirmé sa position dans la circulaire qu'elle a adopté concernant les services financiers et Internet.

Elle y indique que

« 28. *Un site web ayant, par définition, une portée internationale, l'offre et la fourniture de services par ce canal peuvent revêtir un caractère transfrontalier.*

29. *En cas de prestation de services transfrontaliers au sein de l'EEE, l'établissement doit tout d'abord se plier aux obligations de notification que lui impose son statut légal. Concernant l'obligation de notification, la CBF a, jusqu'à présent, adopté le point de vue suivant : il convient de considérer qu'une prestation de services est transfrontalière non seulement lorsque la prestation caractéristique du service (c.-à-d. la prestation essentielle, pour laquelle le paiement est dû) a lieu sur le territoire d'un autre Etat membre, mais également lorsque l'entreprise sollicite des investisseurs dans cet autre Etat membre soit en se déplaçant, soit en recourant à des techniques de vente à distance ou à des procédés de publicité, autres que la publicité de notoriété.*

Au stade actuel, l'intermédiaire doit respecter les règles d'intérêt général, y compris les règles de conduite, en vigueur dans le pays sur le territoire duquel il offre ou fournit ses services. Il est à noter, toutefois, que cette situation peut changer si la proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur est adoptée sous sa forme actuelle (...) » (122).

(119) Voyez notamment M. TISON, « Lecture critique de la communication interprétative », *Revue de la Banque*, 1998/3, pp. 162 à 173. J.-F. LEROUGE, « La libre prestation des services bancaires virtuels », *JTDE*, pp. 111 à 114. B. TAEVERNIER et A.-S. PIJKE, « La communication interprétative et ses enseignements pour l'interprétation de la DSI », in *Revue de la Banque*, 1998/3, pp. 152 à 161.

(120) Voy. L. ROEGES, « L'attitude de la Commission Bancaire et Financière à l'égard des établissements de crédit qui opèrent en LPS en Belgique ou à l'étranger », in *Banques et assurances : quel avenir pour la libre prestation de services financiers?*, Journée d'étude organisée par Slyroom Events, 9 décembre 1997, et L. ROEGES, « Quelques réflexions critiques sur le cadre légal pour la libre prestation de services bancaires et financiers », *Euredia*, 2/2000, p. 149.

(121) Commission Bancaire et Financière, *Rapport annuel 1997-1998*, pp. 61 à 63.

(122) CBF, *op. cit.*

La première question qu'il convient de se poser est donc de savoir si l'article 21 a été modifié – tacitement – par la directive sur le commerce électronique.

Ainsi que nous l'avons souligné précédemment, l'article 4 § 2 de la directive vise à préserver les régimes *d'autorisation* – de droit national ou de droit communautaire – qui ont un caractère général et indépendant du mode de distribution choisi, comme par exemple dans le domaine bancaire. Cet article ne vise pas les régimes de *notification*.

La définition du domaine coordonné vise quant à elle explicitement « *les exigences (...) de notification* », exigences pour lesquelles les Etats membres ne peuvent restreindre la libre circulation des SSI en provenance d'un autre Etat membre dès lors que les règles du pays d'origine sont respectées par le prestataire (article 3 §§ 1 et 2).

Les règles du pays d'origine incluent les règles des directives relatives aux services financiers, et donc, par voie de conséquences, les obligations de notification qu'elles comportent.

On peut donc logiquement en déduire que ces obligations perdurent, sous réserve de la question de savoir si la prestation de services financiers sur internet constitue ou non une prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre.

Il nous semble par conséquent que la controverse antérieure subsiste, et l'on ne peut qu'espérer qu'elle soit tranchée par la Cour de Justice.

Il convient, en conséquence, de s'interroger sur la question de savoir, en pratique, comment doivent procéder des prestataires de services qui veulent offrir des services financiers à destination d'autres Etats membres? Si le service en question peut être considéré comme un service de la société de l'information, c'est-à-dire s'il est presté à la demande individuelle, ce sont les mécanismes de la directive commerce électronique qui s'appliquent en vertu du principe de la *lex posterior*.

Il faut faire ici la différence entre les obligations qui ont trait aux déclarations qui doivent être faites à l'Etat membre d'origine et celles qui doivent être faites aux Etats membres de destination.

Le prestataire doit respecter les dispositions nationales applicables relevant du domaine coordonné dans l'Etat membre où il est établi et en particulier l'obligation dans certains cas de notifier à l'autorité

de contrôle son intention de fournir des services sur le territoire d'un autre Etat membre (123).

Dans d'autres cas, des obligations d'informations sont prévues au profit de l'Etat membre d'accueil (nous pensons en particulier aux règles européennes applicables aux OPCVM (124) qui prévoient des compétences particulières dans le chef de l'Etat membre de destination).

L'article 46, par exemple, stipule que « *si un OPCVM se propose de commercialiser ses parts dans un Etat membre autre que celui où il est situé, il doit en informer au préalable les autorités compétentes ainsi que les autorités de cet autre Etat membre. Il doit communiquer simultanément à ces dernières autorités :*

- *une attestation des autorités compétentes certifiant qu'il remplit les conditions énoncées dans la présente directive,*
- *son règlement de fond ou ses documents constitutifs,*
- *son prospectus,*
- *le cas échéant, le rapport annuel et le rapport semestriel subséquent,*
- *des informations sur les modalités prévues pour les modalités prévues dans cet autre Etat membre...».*

Doit-on considérer que ces règles sont modifiées par la directive commerce électronique, seule la communication aux autorités de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi étant nécessaire?

Cette thèse pourrait en effet être défendue si l'on estime que « *la fourniture de services bancaires à distance, par le biais d'internet, ne devrait pas (...) nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client* » (125).

On pourrait objecter que l'article 1.3 de la directive commerce électronique dispose que « *la présente directive complète le droit communautaire applicable aux services de la société de l'information sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments commu-*

(123) Voyez par exemple l'article 87 de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaire, au statut des entreprises d'investissement à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement, *Mon. B.*, 9 juin 1995.

(124) Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant sur la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), *JOCE*, n° L 375, du 31/12/1985, pp. 3 à 18.

(125) Communication interprétative, *op. cit.*

nautaires et la législation nationale les mettant en œuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information ».

Cependant, il semble difficile de prétendre que la directive commerce électronique n'affecte pas la directive OPCVM alors qu'elle exclut explicitement dans l'annexe un paragraphe d'un article de cette directive (126).

Par ailleurs, il ne s'agit apparemment pas d'un régime d'autorisation, qui pourrait être exempté au titre de l'article 4 § 2.

Il faut donc sans doute en conclure – mais cela n'est qu'hypothèse – que cette notification à l'Etat d'accueil n'est plus nécessaire.

Si l'on peut considérer que le mécanisme présente une relative cohérence lorsqu'il s'agit d'un service presté par voie électronique, il n'en reste pas moins qu'il y aura toutefois un régime différent pour les services prestés par voie électronique et ceux qui ne le sont pas. Quel régime faudra-t-il alors appliquer aux services qui sont partiellement prestés par voie électronique et partiellement par voie non électronique (par exemple, un OPCVM qui envoie des prospectus par la poste mais qui permet la souscription directement via un site Internet appartenant à un prestataire établi dans un Etat membre autre que celui du destinataire du service)?

Nous examinons cette question de la distribution multi-modale à la section 5.

§ 2. *Le problème des succursales*

Si un établissement de crédit est établi dans le pays A, qu'il a une succursale dans le pays B, et que cette succursale vend par Internet un service financier à un consommateur domicilié dans un pays C, quel est le droit applicable?

La question du cumul de l'établissement d'une succursale et de la libre prestation de service n'est pas sans poser problème (127).

La Communication de la Commission du 7 février 2001 apporte une réponse à cette question :

(126) En l'occurrence, l'article 44§ 2 de la directive OPCVM.

(127) B. SOUSI-ROUBI, *op. cit.*, p. 136-137; voy. également L. ROEGES, « L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire », *Rev. Dr. Bc. Et Bourse*, 1994, pp. 17 et 113.

« Même si, pour les succursales, la directive sur le commerce électronique dispose que ce sont les autorités du pays d'établissement du prestataire du service de la société de l'information qui ont compétence pour veiller au respect des règles prudentielles applicables, cela n'affecte pas les transferts de compétences entre États membres déjà prévus par la législation sur les services financiers actuellement en vigueur. Dans ces conditions, les transferts de compétence du pays d'accueil au pays d'origine déjà réalisés (par exemple en matière d'agrément, de contrôle prudentiel, de dépôt de garantie et de surveillance des succursales) restent intégralement d'application. Par conséquent, du fait des transferts de compétences déjà explicitement opérés par les directives sectorielles de l'UE, le contrôle prudentiel des succursales continue à relever du « pays d'origine » au sens de ces directives sectorielles » (128).

La question du droit applicable n'est toutefois pas tranchée.

En effet, eu égard à la définition de prestataire établi au sens de la directive commerce électronique (*« prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée »*) et des termes de l'article 3 § 1 (*« chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné »*), il semble que l'autorité du contrôle du pays où est établi l'établissement de crédit (pays d'origine au sens des directives bancaires) soit désormais tenu de veiller au respect des règles qui relèvent du domaine coordonné applicables *dans l'Etat membre du pays où est située la succursale* (pays d'origine au sens de la directive e-commerce).

Il va sans dire que le rôle des autorités de contrôle va s'en trouver singulièrement compliqué.

§ 3. Les règles relatives à l'intérêt général

i) Les principes

L'article 22 § 5 de la directive 2000/12/CE coordonnant les directives « bancaires » (anciennement article 21 § 5 de la deuxième directive bancaire) dispose que *« les dispositions des paragraphes 1 à 4 (de l'ar-*

(128) Page 20.

title 22) n'affectent pas le pouvoir de l'Etat membre d'accueil de prendre des mesures appropriées pour prévenir ou réprimer sur son territoire les actes qui sont contraires aux dispositions qu'il a arrêtées pour des raisons d'intérêt général... ».

L'article 44 § 1 de la directive OPCVM dispose quant à lui que « *un OPCVM qui commercialise ses parts dans un autre Etat membre doit respecter les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui sont en vigueur dans cet Etat et qui ne relèvent pas du domaine régi par la présente directive* ».

L'article 11 § 2 de la directive « Services d'investissement » prévoit que « *sans préjudice des dispositions à prendre dans le cadre d'une harmonisation des règles de conduite, la mise en œuvre et le contrôle du respect de celles-ci demeurent de la compétence de l'Etat membre où le service est fourni* ». La Commission a présenté, le 16 novembre 2000, un communication à ce sujet (129) (130). On sait que FESCO s'est attelé à la tâche de rapprocher/harmoniser ces règles de conduite (131).

En matière de commerce électronique, la directive 2000/31/CE restreint désormais grandement les possibilités d'application par l'Etat membre de destination de ses règles d'intérêt général. La procédure prévue par l'article 3 §§ 4 à 6 vient désormais se substituer, dans le cadre de ce mode de distribution, aux règles précitées, qui demeurent toutefois applicables pour les services qui ne sont pas fournis en ligne, ou qui ne relèvent pas de la directive sur le commerce électronique.

ii) *La Communication sur les services financiers et le commerce électronique*

La Commission, consciente du problème que pose l'application par l'Etat membre de destination de mesures destinées à protéger le consommateur et l'investisseur, propose, dans le cadre de sa Communication, d'opérer un travail d'analyse des réglementations nationales

(129) COMMISSION EUROPÉENNE, *Application des règles de conduite en vertu de l'article 11 de la directive concernant les services d'investissement (93/22/CE)*, disponible à l'adresse internet suivante : [HTTP://EUROPA.EU.INT/COMM/INTERNAL_MARKET/FR/FINANCES/MOBIL/ISD-ART11.HTM](http://EUROPA.EU.INT/COMM/INTERNAL_MARKET/FR/FINANCES/MOBIL/ISD-ART11.HTM)

(130) Voy. également FESCO, *A European Passport for Issuers – A Report for the EU Commission*, 17 janvier 2001, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.europefesco.org>

(131) Voy. FESCO, *Consultative Paper on « the Harmonisation of Core Conduct of Business Rules for Investor Protection »*, 7 février 2001, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.europefesco.org>

et d'éclairer les États membres sur la compatibilité de leur réglementation avec le droit communautaire tel qu'il résulte de l'application de la directive commerce électronique.

« Aussi longtemps qu'un niveau approprié de convergence des règles nationales ne sera pas assuré, les États membres pourront éprouver le besoin, dans certains domaines, de continuer à appliquer la réglementation nationale aux consommateurs et investisseurs de détail. Cela suppose toutefois que cette application soit conforme aux dérogations prévues par la directive sur le commerce électronique, en particulier celle de son article 3.

Pour assister les États membres et les prestataires de services et assurer une bonne application de la directive, la Commission s'efforcera d'identifier les types de législation auxquels les États membres pourraient souhaiter appliquer la dérogation. La Commission consultera les États membres et les autres parties intéressées au cours de 2001. L'objectif de cette consultation sera d'analyser les divergences dans les niveaux de protection offerts par certaines dispositions nationales que les États membres pourraient vouloir continuer à appliquer aux services en provenance du reste de l'UE et de faciliter l'examen de la proportionnalité de ces dispositions au regard de l'article 3 (paragraphes 4 à 6).

Cette analyse ne sera pas juridiquement contraignante et sera, bien entendu, sans préjudice des interprétations éventuelles de la Cour de justice. Elle sera néanmoins très utile car elle permettra d'évaluer la nécessité et la proportionnalité de certaines mesures que pourraient prendre les États membres sur la base de l'article 3, paragraphes 4 à 6. Elle aidera ainsi les États membres à mieux cerner celles de leurs règles nationales de protection des consommateurs et petits investisseurs qu'ils souhaitent appliquer aux services fournis depuis le reste de l'UE, et donc à informer les prestataires de services sur leur politique en la matière.

Cette analyse évoluera en fonction de l'expérience acquise dans l'application de la directive, des transformations du marché, des progrès réalisés dans la convergence et tiendra compte du délai de 2005 fixé pour la mise en œuvre intégrale du plan d'action sur les services financiers ».

On a dit précédemment que cette procédure ne pouvait avoir pour effet de « valider » des mesures à caractère général.

La tâche de la Commission se révélera extrêmement complexe.

En effet, pour se conformer à la procédure de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique, la compatibilité avec le droit communautaire de chaque mesure invoquée par un Etat membre ne devrait pas être jugée « *in abstracto* », par rapport aux législations de l'ensemble des autres Etats membres, mais bien *au cas par cas*, par rapport à chaque mesure nationale distincte qui lui correspondra (ou ne lui correspondra pas) de chacun des autres Etats membres.

Une telle analyse conduira par exemple à une validation de certaines dispositions du droit d'un Etat A en ce qui concerne les services issus des Etats B, C, D, E et F, mais à une incompatibilité de ces mêmes dispositions par rapport aux services issus des 9 autres Etats membres.

SECTION 3. – *Les règles de commercialisation*

§ 1. *Quant aux règles*

i) *Les règles relatives à la publicité*

La directive commerce électronique comporte des dispositions concernant les communications commerciales aux articles 6 à 8. La définition des communications commerciales, telle qu'elle résulte de l'article 2 litt. f) de la directive, couvre la publicité.

La proposition de directive sur la commercialisation à distance des services financiers comporte par ailleurs une disposition concernant les communications non sollicitées.

Il faut également mentionner la proposition de directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (132), dont l'article 13 prévoit, en ce qui concerne les communications non sollicitées, que « 1. *L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable* ».

Certaines directives bancaires et financières contiennent également des dispositions concernant la publicité.

(132) COM (2000) 385, du 12 juillet 2000, disponible à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/information_society/policy/framework/pdf/com2000385_fr.pdf

Ainsi, la deuxième directive bancaire (133) comporte un article 21 § 11 qui dispose que « *le présent article n'empêche pas les établissements de crédit dont le siège est situé dans un autre Etat membre de faire de la publicité pour leurs services pour tous les moyens de communications disponibles dans l'Etat membre d'accueil, pour autant qu'ils respectent les règles éventuelles arrêtées pour des raisons d'intérêt général* ».

La directive 85/611/CEE sur les OPCVM (134) comporte un chapitre 8 qui concerne les dispositions spéciales applicables aux OPCVM qui commercialisent leurs parts dans des Etats membres autres que ceux où ils sont situés. Premier article de cette section, l'article 44 § 2 dispose que :

« *2. Tout OPCVM peut faire de la publicité dans l'Etat membre de commercialisation. Il doit respecter les dispositions régissant la publicité dans cet Etat* ».

Ces deux dispositions vont connaître un sort très différent suite à l'adoption de la directive commerce électronique.

Le paragraphe 2 de l'article 44 de la directive OPCVM figure à l'annexe de la directive commerce électronique et relève dès lors des exceptions aux paragraphes 1 et 2 de l'article 3 de celle-ci. En conséquence, la compétence en matière de publicité telle qu'elle est formulée dans l'article 44 § 2 demeure du ressort de l'Etat membre d'accueil.

L'article 21 § 11 de la deuxième directive bancaire n'est quant à lui pas visé à l'annexe.

On doit donc en principe conclure *a contrario* que puisque cette compétence n'est pas explicitement conservée à l'Etat membre de destination par une exception figurant à l'annexe de la directive commerce électronique, elle appartient désormais à l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi. Ceci pose une série de questions très pratiques : comment l'Etat membre d'établissement pourra-t-il contrôler toute la publicité qui est « émise » par des prestataires établis sur son terri-

(133) Deuxième directive 89/646/CE du Conseil du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive 77/780/CEE, *JOCE*, n° L 386 du 30/12/1989, pp. 1-13.

(134) Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), *JO*, L 375, 31.12.1985, p. 3.

toire mais qui ne concerne par exemple que des destinataires établis dans d'autres Etats membres? Comment l'Etat membre d'établissement pourra-t-il contrôler la publicité sachant que les installations informatiques peuvent ne pas être situées dans ce même Etat (135)?

Enfin, quel sort réserver à un service qui n'est pas fourni sur demande individuelle, comme par exemple un envoi de courrier électronique non sollicité qui propose un produit du type OPCVM? Si l'on devait être amené à considérer qu'une communication non sollicitée ne rentre pas dans la définition de service de la société de l'information parce que n'étant pas sur demande individuelle (136), il serait donc régi non pas par la directive commerce électronique mais par la directive sur les OPCVM en attendant l'adoption puis l'entrée en vigueur du projet de directive sur la commercialisation à distance des services financiers.

ii) *Les règles de protection des consommateurs et des investisseurs*

a) *Le droit communautaire de la consommation harmonise certaines règles d'intérêt général*

Le droit communautaire de la consommation se compose d'un certain nombre de directives dont plusieurs ont une incidence directe sur la commercialisation des services financiers par Internet.

Ces directives relèvent toutefois de degrés d'harmonisation variables qui ont pour effet de laisser subsister, dans un certain nombre de cas, une compétence de l'Etat de destination, c'est-à-dire de l'Etat membre où réside le consommateur (137).

L'harmonisation peut en effet avoir pour effet d'empêcher l'Etat membre de destination d'invoquer des règles différentes de celles prévues par la directive – on parlera alors d'harmonisation « totale » – ou au contraire, en vertu d'une disposition spécifique, permettre aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des règles plus protectrices du consommateur que celles que fixent la directive – on parlera alors d'harmonisation minimale.

(135) Voyez ci-avant la définition de prestataire établi.

(136) Cfr. *supra*, chapitre I.

(137) Voy. M. VAN HUFFEL, « Protection du consommateur et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence », *Ubiquité*, 5/2000.

Dans l'hypothèse de l'harmonisation minimale, l'Etat membre de destination peut exiger du prestataire de services en provenance d'un autre Etat membre le respect de ses règles plus protectrices – que celles de la directive et que celles de l'Etat d'origine – pour autant que ces règles respectent le critère de proportionnalité tel que défini par la Cour de Justice (138).

La directive sur les clauses abusives (139), ainsi que la directive sur le crédit à la consommation (140) sont des directives d'harmonisation minimale. L'articulation de ces directives avec la directive commerce électronique doit donc être examinée, compte tenu de la compétence – à tout le moins potentielle – de l'Etat de destination d'imposer des règles différentes de celles de l'Etat d'origine.

Dans un autre registre, la proposition de directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (141) présentée par la Commission opte pour l'harmonisation « totale » des dispositions qui entrent dans son champ d'application, et devrait donc permettre d'éviter l'écueil de l'application concurrente de dispositions divergentes, en prévoyant un régime juridique similaire pour l'ensemble des Etats membres (142). Les débats, au Conseil

(138) Voy. CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, C-382-87, *Rec.*, 1989, p. 235; CJCE, 1 décembre 1998, *André Ambry*, C-410/96, *Rec.*, 1998, I-7875; Commission européenne, Communication interprétative : liberté de prestation de service et intérêt général dans la deuxième directive bancaire, *op. cit.* : « L'imposition par un Etat membre, pour des raisons qu'il juge d'intérêt général, à un établissement de crédit communautaire travaillant sur son territoire, d'un niveau de protection du consommateur plus strict que le niveau fixé par une disposition communautaire minimale devrait, en tout état de cause, satisfaire au test de proportionnalité »; voy. M. VAN HUFFEL, « Rapprochement des législations, intérêt général et exigences impératives : analyse critique. L'exemple du droit bancaire européen », *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1997/4, p. 262; *contra* : E. CRABIT, *op. cit.*

(139) Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE*, L 095 du 21/04/1993, pp. 0029-0034.

(140) Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, L 278 du 11/10/1988 p. 0033, telle que modifiée par la directive 90/88/CEE du Conseil du 22 février 1990 et par la directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998.

(141) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *JOCE*, C 385, 11 décembre 1998, p. 10; Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, COM (1999) 385 final, 23 juillet 1999.

(142) Dans un tel régime, la reconnaissance mutuelle est encore nécessaire – il ne s'agit en effet pas d'un règlement ayant effet direct dans tous les Etats membres, mais bien de dispositions qui devront faire l'objet d'une transposition dans le droit de chacun des Etats membres : la question du droit applicable demeure donc, du moins théoriquement – mais elle est rendue possible par l'absence de possibilité d'invoquer des dispositions relevant de l'intérêt général. En réalité, il s'agit non pas d'une harmonisation « totale » mais d'une harmonisation au sens strict du terme. En effet, l'un

notamment, ont toutefois montré la difficulté d'une telle approche (143). Les travaux actuels semblent indiquer que l'on s'orienterait vers un compromis basé d'une part sur certaines dispositions d'harmonisation totale, et d'autre part sur certaines dispositions pour lesquelles une certaine flexibilité serait possible, sous réserve du respect du droit communautaire, sans que cela ne soit nécessairement de l'harmonisation minimale au sens strict (144).

Enfin, les directives relatives à la protection des déposants (145) et à la protection des investisseurs (146), fixent des règles « minimales », qui permettent aux Etats membres d'établir des règles plus strictes *pour leurs propres opérateurs (discrimination à rebours)*, mais qui autorisent la reconnaissance mutuelle sans que l'Etat de destination ne puisse exiger le respect de sa législation, dès lors que l'opérateur respecte le droit de son pays d'origine (147).

b) *Conséquences de la directive sur le commerce électronique sur les règles de protection des consommateurs*

• *Conséquences sur les règles harmonisées*

De manière générale, ces conséquences vont différer selon le type d'harmonisation et l'objet des règles harmonisées.

des critères fixés par la Cour de Justice à l'admissibilité de mesures d'intérêt général, est que « *cet intérêt ne soit pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi* » (CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *Säger*, C-76/90, *Rec.*, 1991, I-4221); dans le cas d'une harmonisation ne s'accompagnant pas d'une clause minimale, l'harmonisation aura en principe pour effet de conduire à la sauvegarde de cet intérêt dans l'Etat membre d'origine d'une manière qui ne permettra plus l'invocation d'une règle différente par l'Etat de destination. Cet effet est toutefois généralement circonscrit par la Cour de Justice aux *seules* règles harmonisées par la directive, c'est-à-dire *au domaine coordonné* par la directive : voy. CJCE, arrêt du 9 juillet 1997, *De Agostini*, C-34 à 36/95, *Rec.*, 1997, I-3843; voy. note J. STUYCK, *CMLR*, 1997, pp. 1445-1468.

(143) Voy. 2171^e réunion du Conseil du 13 avril 1999, Doc. 7206/99.

(144) Voy. pour un état des travaux à la fin de la présidence suédoise (1^{er} semestre 2001) : M. VAN HUFFEL, « Distance marketing of financial services : genesis of a compromise », Académie de Droit Européen de Trèves et Irish Centre of European Law, *E-Commerce and Community Law*, Dublin, Ireland, 15-16 juin 2001, 38 p.; pour une première présentation de l'accord politique intervenu du conseil sous présidence belge (27 septembre 2001) : M. VAN HUFFEL, « Contrats à distance, services financiers à distance et commerce électronique : la dynamique d'une évolution juridique en droit européen et en droit belge », *Cahiers du juriste d'entreprise*, 2001, à paraître.

(145) Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts, *JOCE*, L 135 du 31 mai 1994, p. 5.

(146) Directive 97/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs, *JOCE*, L 84, 26 mars 1997, p. 22.

(147) Sur la distinction entre « harmonisation minimale » et « harmonisation comportant une clause minimale », voy. M. VAN HUFFEL, *op. cit.*, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1997/4, p. 262.

Première catégorie : les règles qui relèvent des exceptions à la clause marché intérieur visées par l'annexe

Trois types de règles relèvent de cette première catégorie :

- les « obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs »; la portée de cette exception n'est pas sans poser elle-même des difficultés d'interprétation (cfr. *infra*, section 5);
- les limites à l'utilisation de certains modes de communication : « l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique »; cette exception est fondée sur la compétence reconnue à l'Etat de destination par les articles 10 de la directive 97/7/CE (148) concernant les contrats à distance, et 12 de la directive 97/66/CE (149) concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications. Cette compétence est sauvegardée.

Pour ces deux premiers types de règles, deux principes d'application peuvent être définis :

- a) l'exclusion du champ d'application de la clause marché intérieur implique que le droit du pays d'origine ne s'applique pas automatiquement;
- b) il y a application des principes du droit communautaire « traditionnel » c'est-à-dire qu'il y a normalement application de la reconnaissance mutuelle, sous réserve de l'application de règles du pays d'accueil plus strictes que les règles harmonisées, mais à la condition que celles-ci respectent les critères du « test d'intérêt général » tels que fixés par la Cour de Justice, et plus particulièrement le critère de proportionnalité.

– Un certain nombre – important – de dispositions relevant des directives « assurances vie et non-vie », et notamment l'ensemble des dispositions relevant des titres de ces directives relatifs à la libre prestation de services (les titres IV des directives 92/49 et 92/96).

Ces dispositions harmonisées comportent notamment des règles visant soit à assurer soit à permettre l'application d'un droit autre

(148) *JOCE*, L 144 du 04/06/1997, p. 19.

(149) *JOCE*, L 024 du 30/01/1998, p. 01. Une proposition de directive visant à modifier cet article a été présentée par la Commission (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, COM (2000) 385 du 12 juillet 2000); cette proposition tend à exiger le consentement préalable du consommateur pour les courriers électronique, au même titre que pour les fax et les automates d'appel.

que celui de l'assureur. Ces dispositions échappant à la clause marché intérieur, elles continuent donc à s'appliquer sans que la clause marché intérieur ne vienne modifier le régime établi par ces directives.

Deuxième catégorie : les règles qui ne relèvent pas du champ d'application de l'annexe

- Il y a harmonisation « maximale » : il n'y a alors pas de problème, des règles de même nature préservant l'intérêt général de manière identique s'appliquant partout, le respect des seules règles du pays d'origine suffit et n'est plus de nature à créer de problème (confusion, risque juridique, etc.) au consommateur ;
- S'il y a harmonisation « assortie d'une clause minimale » au sens des directives « protection des consommateurs » : 1) la clause marché intérieur a vocation à s'appliquer puisque l'on est en dehors du champ des exceptions ; 2) toutefois, l'Etat de destination peut essayer d'obtenir une dérogation au titre de l'article 3 § 4 ;
- Il y a « harmonisation minimale » (au sens de la directive « garantie des dépôts » (150)) : la clause marché intérieur s'applique sans réserve et la reconnaissance mutuelle joue sans que l'article 3 § 4 puisse être valablement invoqué.

• *Conséquences sur les règles non harmonisées*

Bon nombre de règles qui relèvent de la protection des consommateurs ne font l'objet d'aucune harmonisation (règles à caractère général, telles que les dispositions de la loi belge sur les pratiques du commerce (151), ou règles propres aux services financiers, telles que les dispositions réglementant le crédit hypothécaire, les opérations bancaires, etc ...).

L'Etat membre de destination peut tenter de justifier ces règles au titre de l'une ou l'autre des deux réserves prévues par la directive, c'est-à-dire les exceptions visées à l'annexe et/ou la procédure de l'article 3 § 4.

A défaut d'une telle justification, l'application de la « clause marché intérieur » (article 3 §§ 1 et 2) est sans réserve.

(150) Directive 94/19 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts, *JOCE*, L 135 du 31 mai 1994, p. 5.

(151) Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

iii) *Les règles qui n'ont pas pour objet la protection des consommateurs*

Les autres règles d'« intérêt général » ne peuvent plus être évoquées (la loyauté des transactions commerciales, la cohérence du système fiscal, la protection des créanciers, le maintien de la bonne réputation du secteur financier, notamment), eu égard à la teneur de l'article 3.

En ce qui concerne les autres règles, nous renvoyons à la section II du chapitre III.

§ 2. *Quant à la compétence de contrôle*

Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer les problèmes que pourrait poser la directive commerce électronique en termes de contrôle pour l'Etat d'origine ou pour ses organes.

Les principales difficultés seront assurément pratiques.

Comment contrôler l'activité de ses prestataires à l'étranger? Comment contrôler des activités qui sont menées dans des langues autres que celles de l'Etat d'origine? Comment l'autorité de contrôle du pays d'origine sera-t-elle mise au courant des intentions d'un prestataire de traiter des opérations transfrontières en ligne dès lors que, selon la Communication interprétative de la Commission de 1997 relative à la libre prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire, « *la fourniture de services bancaires à distance, par le biais d'Internet, ne devrait pas, selon la Commission, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client* »?

Le fait pour un prestataire de respecter le droit de l'Etat où il est établi pour la partie de ses activités à destination des consommateurs de son propre pays n'empêcherait nullement que des parties de son site, destinées aux consommateurs ou aux investisseurs en provenance d'autres Etats membres, ne respectent pas le droit du pays d'origine. De tels agissements ne sont pas inimaginables.

On objectera qu'il importe, pour les autorités de contrôle, de renforcer leur coopération, et que les autorités du pays d'accueil pourront dénoncer l'absence de conformité des services du prestataire – voire du prestataire lui-même – avec le droit du pays d'origine.

C'est sans doute vrai, mais ces dernières sont aussi les plus mal placées pour apprécier la conformité d'un service ou d'un prestataire avec un droit qui n'est pas le leur.

Les mécanismes de coopération devront dès lors être renforcés, ainsi que le prévoit la Communication de la Commission du 7 février 2001 (152).

SECTION 4. – *Les obligations contractuelles*

« *Les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 ne s'appliquent pas dans les cas suivants : (...) les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs* ».

Quelle est exactement la portée de cette exception ?

L'interprétation qu'il convient de donner à cette exception est controversée. Certains estiment qu'il convient d'interpréter cette notion de la manière la plus restrictive qui soit (153); d'autres – et notamment certains Etats membres – semblent considérer qu'une portée très large devrait être donnée à cette notion d'obligations contractuelles.

Pour notre part, nous pensons qu'il conviendrait d'interpréter cette notion en distinguant quatre questions : la notion d'obligations contractuelles proprement dite (§ 1), le sort qu'il convient de réserver à l'information préalable (§ 2) et aux règles de conduite au sens de la directive « services d'investissement » (§ 3), et, enfin, l'impact sur ces notions de la Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles et du Règlement CE 44/2001 (dit « Bruxelles I ») sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (§ 4) (154) :

§ 1. *La notion d'obligations contractuelles*

La notion « d'obligations contractuelles » au sens de cette directive devrait être interprétée d'une manière identique à celle de la Convention de Rome, à défaut de quoi l'application de celle-ci serait rendue extrêmement aléatoire.

(152) Page 20.

(153) Voy. p. ex. E. CRABIT, *op. cit.*, p. 795.

(154) Quant au rapport entre droit international privé et droit communautaire, nous renvoyons *supra*, au chapitre II, section 2, § 1, ii.

En effet, la directive « *n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé* » selon l'article 1 § 4. Ceci doit être lu en parallèle avec l'article 20 de la Convention, qui précise que « *la présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans les matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes* »; en l'occurrence, la directive indique de manière explicite qu'elle n'introduit pas un régime dérogatoire à celui de la Convention.

Dès lors, les règles fixées par la Convention, et *a fortiori* le champ d'application *ratione materiae* de celle-ci, demeurent inchangées (155), *y compris dans le domaine du commerce électronique*. La similitude terminologique renforce cette idée.

La Convention de Rome met en place un système cohérent dans lequel les différentes phases du contrat sont traitées de manière commune. Il convient de se référer plus particulièrement par les articles 8, 9 et 10 de celle-ci (156), qui visent respectivement :

- le consentement et la validité au fond du contrat (article 8) : « § 1. *L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables.* § 2. *Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent* »;
- la forme des actes juridiques unilatéraux relatifs à un contrat à conclure, et donc notamment la forme de l'offre (157) (article 9 § 4) : « *Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à*

(155) Si l'on ne suivait pas une telle interprétation, la convention et les principes qu'elle établit en matière de contrats de consommation s'en trouveraient affectés sans qu'il ne soit possible de déterminer l'étendue exacte des modifications apportées par la directive.

(156) Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée) *JOCE*, n° C 027 du 26/01/1998, p. 0034-0046.

(157) A tout le moins en droit belge : voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, sur la différence de fondement de la notion d'offre en droit français et en droit belge.

conclure (158) est valable quant à la forme (159) s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu » (160).

- la forme du contrat (article 9 § 5) : « *La forme (des) contrats (qui entrent dans le champ d'application de l'article 5) est régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle » (161);*
- le domaine de la loi du contrat (article 10) : « *1. La loi applicable au contrat en vertu des articles 3 à 6 et de l'article 12 de la présente convention régit notamment :*
 - a) son interprétation;*
 - b) l'exécution des obligations qu'il engendre;*
 - c) dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent;*
 - d) les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai;*
 - e) les conséquences de la nullité du contrat ».*

On notera par ailleurs que « *c'est la loi ayant édicté la condition violée, qu'il s'agisse d'une condition de fond (loi du contrat, loi de police du for ou d'un Etat tiers, loi personnelle pour la capacité) ou d'une condition de forme, qui est compétente pour déterminer la sanction*

(158) Relèvent de cette notion l'offre, l'acceptation, la promesse de vente, la remise de dette, la déclaration de résiliation : voy. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1991, pp. 287 et s.

(159) P. LAGARDE, *ibidem* : « *La convention ne définit pas la notion de forme. Le rapport (p. 29) en emprunte la définition à Vincent DELAPORTE, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse, Paris I, 1974, mult. p. 6. Il considère comme une forme « tout comportement extérieur imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans lequel cette manifestation de volonté ne peut se voir attribuer une pleine efficacité ».*

(160) L'obligation d'information ne constitue pas une obligation de forme en soi. Mais un écrit signé indiquant que le cocontractant a reçu un prospectus, par exemple, relèverait de cette catégorie.

(161) En ce qui concerne les contrats qui ne sont pas des contrats de consommation, conformément à l'article 9 § 1, (« *Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu* ») et à l'article 9 § 2 (« *Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays* »), la loi applicable à la forme est la loi applicable au fond.

encourue – et le cas échéant la nullité – du fait de cette violation. Toutefois, si la cause de nullité relève de la loi de la condition violée, c'est la loi du contrat qui, selon l'article 10 § 1 e), régit les conséquences de la nullité du contrat. Les auteurs de la convention ont surtout pensé ici aux restitutions qui doivent intervenir entre parties à la suite de la constatation de la nullité du contrat. Plutôt que de soumettre ces restitutions à la loi, à déterminer, régissant l'enrichissement sans cause ou le paiement de l'indû, il a paru préférable de faire régir cette question par la loi du contrat. Pour les mêmes raisons, pourrait être soumise à la loi du contrat la responsabilité, pourtant extra-contractuelle, encourue du fait de l'annulation (162). En revanche, il ne semble pas que l'article 10 § 1^{er} litt. e) doive s'appliquer à l'étendue de la nullité. Savoir, par exemple, si une cause illicite est simplement réputée non écrite ou si sa présence dans le contrat emporte la nullité de celui-ci dans son ensemble relève de la loi ayant édicté la condition violée, qui peut être différente de la loi du contrat » (163).

L'application de la Convention n'empêche cependant pas que le principe suivant lequel la loi de renvoi doit être conforme au droit communautaire continue à s'appliquer (164). En conséquence, le droit du pays d'origine a vocation à s'appliquer (165), sauf si l'Etat d'accueil peut justifier d'une exigence impérieuse d'intérêt général, conforme aux conditions fixées par la Cour de Justice à leur admissibilité.

(162) Sur la réparation du préjudice résultant de l'annulation et la théorie de la culpa in contrahendo, voy. *infra*, § 2, ii.

(163) P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 328.

(164) C'est en ce sens qu'il faut lire le considérant 23 qui précise que « la présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois ni de traiter de la compétence des tribunaux. Les dispositions du droit applicable désigné par les règles de droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue par la présente directive ». Pour de plus amples détails sur la procédure à suivre, on renvoie à la Communication interprétative de la Commission concernant la seconde directive bancaire.

(165) Le contrat contiendra en effet le plus souvent une clause par laquelle le droit du fournisseur de services sera désigné comme loi applicable. Ce choix de la loi applicable par les parties demeure possible conformément aux dispositions de l'annexe de la directive commerce électronique. Sur les clauses faisant choix d'un droit applicable au regard du droit communautaire, on lira L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police : A la suite de l'arrêt CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, Aff. C-381/98 », *La semaine juridique*, 2001, n° 24, p. 1158, et sur les clauses d'élection de for au regard du droit communautaire, on lira L. BERNARDEAU, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, *Oceano*, Aff. C-240/98) », *REDC*, 2000, n° 3, p. 261.

§ 2. L'information préalable

« L'information préalable » dispensée aux consommateurs relève-t-elle de cette même exemption ?

Trois types d'information préalable nous paraissent devoir être distingués, en fonction de la sanction qui est attachée au manquement à l'obligation d'informer :

- premier type : la sanction affecte la *validité du contrat* (nullité en raison d'un vice de consentement – erreur ou dol (166) – ou de la violation de dispositions d'ordre public ou impératives, par exemple) ou encore son *exécution* (le consommateur est sublevé de tout ou partie des obligations qui découlent du contrat en raison du manquement (167)); la sanction peut encore prendre la forme d'une inopposabilité de certains éléments du contrat n'ayant pas fait l'objet d'une information appropriée (168); la sanction peut être établie par la loi qui fixe l'obligation d'information préalable, mais aussi par le droit civil général (169) (*i, infra*);
- deuxième type : la loi impose certaines obligations d'information mais sans les assortir de sanctions spécifiques. Pour autant que la loi n'ait pas de caractère impératif et qu'il n'y ait pas vice de consentement, le contrat demeure valablement conclu, et le manquement à l'obligation d'informer résulte d'une application de la

(166) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. I, PUB, Bruxelles, 3^e ed., 1999-2000, p. 72 : la réticence peut être constitutive de dol; « la qualification du silence qui caractérise la réticence peut ainsi résulter de : – l'obligation de parler résultant de la loi; – l'obligation de parler résultant de la situation professionnelle ou de la position particulière de l'une des parties; – l'obligation de parler résultant des circonstances dans lesquelles se déroulent les pourparlers préliminaires et de la bonne foi qui doit y présider; – l'obligation de répondre aux questions posées (obligation de loyauté) ».

(167) Voyez par exemple les différents types de sanctions prévues par la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation.

(168) Voy. F. DOMONT-NAERT, « L'information du consommateur dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Ed. Du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1991, pp. 105 et s.; P. WOLFCARIUS, « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur*, Ed. Du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1991, pp. 259 et s.

(169) L'article 47 § 2 de la loi belge du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire impose à l'entreprise hypothécaire de mettre à la disposition des intéressés une information sous forme de prospectus. Il s'agit d'une disposition impérative, mais qui n'est pas assortie d'une sanction civile particulière par la loi. Si la loi belge est applicable, la nullité relative du contrat pourra être invoquée par le consommateur en cas de manquement à l'obligation. Mais celui-ci pourrait aussi décider de ne pas invoquer la nullité, mais demander une réparation du dommage qu'il a subi sous forme de dommages et intérêts, en se fondant sur la *culpa in contrahendo*.

- théorie de la *culpa in contrahendo* (170) (171). La sanction prendra la forme de dommages et intérêts (172) (173) (*ii, infra*); c'est essentiellement l'obligation de renseignement ou de conseil qui est ainsi sanctionnée (174);
- troisième type : l'obligation d'information concerne la publicité, et le manquement à cette obligation est sanctionné au titre des règles qui ont trait à la publicité (*iii, infra*).

i) *Premier type d'informations préalables*

Ce premier type de règles relève sans conteste, selon nous, du régime de l'exception visée à l'annexe de la directive, dans la mesure où l'on se trouve en présence de règles ayant – directement – trait aux *obligations contractuelles*.

Cette interprétation est confortée par les termes du considérant 56 de la directive : « *en ce qui concerne la dérogation prévue par la présente directive pour les obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs, celles-ci doivent être interprétées comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits des consommateurs, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter* ».

Ces informations sur « *les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits des consommateurs, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter* » sont en réalité celles que la loi applicable aux obligations contractuelles juge telles et auxquelles celle-ci attache une sanction en cas de manquement.

(170) Voy. L. CORNELIS, « La culpa in contrahendo », note sous Cass., 3 avril 1962, *RCJB*, p. 270; L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *RGDC*, 1990, p. 391; B. DE CONINCK, « Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats », *RGDCB*, 1998, p. 195; P. VAN OMMESLAGHE, *ibidem*, pp. 177 et s.

(171) Notons que l'application de la théorie de la culpa in contrahendo est également possible lorsque le contrat a été annulé. Mais il s'agit d'une sanction distincte. Voy. L. CORNELIS, *ibidem*, *RGDC*.

(172) Sur une éventuelle nullité du contrat voy. B. DE CONINCK, *ibidem*, p. 199, qui cite notamment C. RENARD, E. VIEUJEAN, et Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations », *Les Nouvelles*, t. 4, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 208, (lesquels indiquent que nul principe ne s'oppose à ce que le dol incident, fondé sur les règles de responsabilité délictuelle, soit sanctionné par l'annulation si celle-ci apparaît comme le moyen le plus approprié pour réparer le dommage).

(173) Sur une possible modification des termes du contrat, voy., pour une analyse de la doctrine et de la jurisprudence belge récente, B. DE CONINCK, *ibidem*, pp. 197-202.

(174) Voy. L. CORNELIS, *op. cit.*, pp. 411 et s.

La loi applicable à la validité du contrat, à sa forme et à l'exécution des obligations qui en résultent relevant de la loi applicable au fond au titre de la Convention, on peut logiquement en déduire que la loi applicable à ce type d'information relève également de la loi applicable aux obligations contractuelles proprement dites. Cette interprétation est étayée par la lecture des articles 8, 9 et 10 de la Convention (175), laquelle, on l'a dit, vise à mettre en place un système cohérent dans lequel les différentes phases du contrat sont traitées de manière commune de sorte à éviter un dépeçage toujours néfaste (176).

Il pourrait difficilement en aller autrement, dans la mesure où l'on ne saurait artificiellement détacher le contrat de ses conditions de formation et de validité, de ses conditions de forme, et de ses conditions d'exécution et soumettre ces dernières à un régime juridique différent.

En outre, certaines modalités d'information étant intrinsèquement liées au contenu du contrat, l'information risquerait d'être dépourvue de toute portée pratique si les deux régimes étaient séparés (177).

ii) *Deuxième type d'informations préalables*

Le deuxième type d'informations préalables que nous avons distingué concerne les obligations d'information qui sont prévues par la loi, mais qui n'entraînent pas – ni de manière spécifique, ni de manière générale – l'application de sanctions qui affectent la validité ou l'exécution du contrat.

Dans une telle hypothèse, il faut considérer que l'on se trouve en dehors du champ des obligations contractuelles –, et, partant, de l'exception à la clause marché intérieur prévue à l'annexe de la directive commerce électronique. La clause marché intérieur s'applique donc à ce type d'informations.

Toutefois, la nécessité de déterminer si l'obligation est ou non assortie d'une sanction affectant le contrat en cas de manquement impose

(175) Cfr. *supra*.

(176) Voy. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 5^e ed., 1996, p. 179, n^o 174.

(177) Ainsi, l'information qui serait donnée par un banquier belge au titre des dispositions détaillées de la loi sur le crédit à la consommation du 12 juin 1991, et notamment de l'article 14 § 4 qui prévoient une information quant à certaines garanties que la loi belge donne au consommateur, seraient dépourvues de toute utilité pratique si, par exemple, le droit anglais – lequel, par hypothèse, ne contiendrait pas de dispositions protectrices similaires – était applicable au contrat.

de déterminer préalablement la loi applicable aux obligations contractuelles.

Dans une telle hypothèse, le détour par la Convention de Rome s'impose une nouvelle fois (178).

On notera par ailleurs qu'en droit belge, la responsabilité, fondée sur l'application de la théorie de la *culpa in contrahendo*, est de nature extra-contractuelle. Dans une telle hypothèse, il faut logiquement en déduire que l'on est en dehors du champ des obligations contractuelles. Mais tel ne serait pas le cas par exemple en droit allemand, dans lesquels le fondement de la responsabilité est *contractuel* (179).

Quel est le droit applicable à la *culpa in contrahendo* si le litige est transfrontière?

En droit belge, le juge appliquera les règles de droit international privé (180) relatives aux obligations extra-contractuelles afin de déterminer quelle est la loi applicable au litige. Par contre, en droit allemand, dans un même cas, le juge appliquera les principes de la convention de Rome (qui ont été incorporés en droit allemand).

Il faudra ensuite déterminer s'il y a eu faute (tant en droit allemand qu'en droit belge, la faute doit être établie). Pour ce faire, il faudra que le juge examine si la loi qui était applicable – aux obligations contractuelles – prévoyait une obligation d'information préalable à charge du fournisseur.

On voit que même dans cette hypothèse, le détour par la convention de Rome s'impose.

iii) *Troisième type d'informations préalables*

La troisième catégorie d'informations préalables, qui visent la publicité et qui, par hypothèse, n'ont pas de rattachement avec le contrat (181), relève quant à elle du régime des communications commerciales.

(178) En outre, le juge pourrait être amené à considérer qu'il y a lieu d'appliquer une « loi de police » au sens de l'article 7 de la Convention : *cfr. supra*.

(179) Voy. O. LANDO et H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague, Kluwer, 2000, p. 189.

(180) Belges, en l'absence d'une convention ou d'un acte de droit communautaire sur le sujet des obligations extra-contractuelles. Un tel acte communautaire est annoncé, et la Commission devrait présenter une proposition en la matière dans le courant de l'année 2001.

(181) Sinon, on serait en présence d'une information de la première catégorie.

La distinction entre règle relative à la publicité et règle ayant trait aux obligations contractuelles est toutefois, dans bien des cas, ténue. En effet, une règle relative à l'indication, dans la publicité, du TAEG en matière de crédit à la consommation pourrait-elle être considérée comme n'ayant pas de rattachement avec le contrat, dès lors qu'une indication du TAEG doit également figurer dans le contrat? La question n'est pas indifférente dès lors que l'on sait que des méthodes de calcul différentes (en ce qui concerne l'assiette et la période) demeurent possibles en l'état actuel du droit communautaire, et ce malgré les efforts de la Commission d'aboutir à une formule de calcul unique.

En outre, l'article 10 de la Convention de Rome prévoit que la loi applicable au contrat régit notamment son interprétation. Or, en droit belge, l'article 24 § 3 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (182) dispose que « *les contrats et les conditions de fourniture de produits et de services aux consommateurs peuvent être interprétés notamment en fonction des données de fait visées au § 1^{er} et contenues dans la publicité* », le § 1 de cet article visant notamment « *les conditions de vente, de location, de prestation, de livraison ou de garantie de produits ou de services qui font l'objet de la publicité* ». Cette disposition transcrit dans la loi le principe suivant lequel « *si les informations qui sont contenues dans la publicité ne constituent pas une offre véritable, elles ont une valeur contractuelle lorsqu'elles contiennent des éléments suffisamment précis et détaillés et qu'elles sont destinées à emporter le consentement du destinataire* » (183).

* *Information contractuelle, non-contractuelle et pré-contractuelle*

On notera en conclusion que cette analyse conduit logiquement à opérer, entre les différents types d'information que nous avons dégagés sur base de la sanction attachée à l'obligation d'information, une distinction fondée sur l'existence ou l'absence de rattachement avec le contrat. Cette distinction entre information contractuelle et non-contractuelle souligne selon nous l'absence de réelle portée juridique de la notion d'information « pré-contractuelle ».

(182) *M.B.*, 29 août 1991.

(183) V. SIMONART, « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, colloque organisée par l'ADBr et le Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, 3 et 4 février 1994, Bruxelles, Bruylant, pp. 59 et s.

§ 3. *Les règles de conduite*

L'article 11 § 1 de la directive « services d'investissement » prévoit que « *les Etats membres établissent des règles de conduite que les entreprises d'investissement sont tenues d'observer à tout moment. Ces règles doivent mettre à exécution au moins les principes énoncés aux tirets figurant ci-dessous (...). Ces principes obligent l'entreprise d'investissement : (...) – à agir dans l'exercice de son activité loyalement et équitablement au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché; – à agir avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché; (...) – à s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés; (...) – à communiquer de manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec ses clients (...)* ».

Ces règles, telles qu'elles ont été traduites en droit belge – notamment – par l'article 36 de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, aux entreprises d'investissement, aux intermédiaires et aux conseillers en placement, ne constituent pas des règles d'information préalable à charge du professionnel à l'égard de son client (184).

Elles ne relèvent pas non plus de la publicité.

Elles expriment, selon nous, les modalités d'une norme plus générale de comportement loyal et responsable qui incombe au professionnel, qui est sanctionnée – en droit belge à tout le moins – au travers de la responsabilité quasi-délictuelle (1382 C. Civ.) (185).

En effet, si les obligations en cause ne sont pas respectées, la responsabilité quasi-délictuelle du professionnel pourra éventuellement être invoquée en cas de dommage causé par le manquement.

On est bien en dehors du champ d'application des obligations contractuelles.

(184) L'obligation de « s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés » n'est pas une obligation d'information du client à charge du professionnel, mais bien l'inverse. Le professionnel doit veiller à être informé, mais pas à informer lui-même. Il en va de même en ce qui concerne l'obligation de « *communiquer de manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec ses clients* ». Cette obligation ne vise pas le contenu de l'information, mais bien la manière de communiquer l'information.

(185) Voy. L. CORNELIS, *RGDC*, *op. cit.*

L'article 11 § 2 dispose en outre que « *sans préjudice des décisions à prendre dans le cadre d'une harmonisation des règles de conduite, la mise en œuvre et le contrôle du respect de celles-ci demeurent de la compétence de l'Etat membre où le service est fourni* ».

On peut considérer que l'article 11 §§ 1 et 2 a pour effet de déterminer la loi applicable aux règles de conduite, sous réserve pour l'Etat membre du pays dans lequel le service est fourni de respecter les principes fondamentaux du droit communautaire.

Si l'on admet que la directive commerce électronique impose l'application du droit du pays d'origine au titre des dispositions de son article 3 §§ 1 et 2, force est alors de considérer que cette règle est modifiée par la directive commerce électronique.

Si, par contre, l'article 3 de la directive commerce électronique n'a pour seul effet que d'écarter les règles de ce droit qui constituent des entraves au marché intérieur, mais ne s'oppose pas à ce que le juge saisi dans le cadre d'un litige puisse appliquer son droit national dans le cadre de l'exercice de la libre circulation, alors, dans ce cas, les règles de conduite applicables demeurent celles du pays d'accueil, sous réserve de leur compatibilité avec les conditions fixées par l'article 3 §§ 4 à 6 de la directive (186).

§ 4. *L'impact de la Convention de Rome et du Règlement « Bruxelles I »*

Il convient de rappeler que l'article 5 de la Convention de Rome établissant un régime spécifique en ce qui concerne les contrats conclus par des consommateurs n'est pas applicable lorsque l'on est en présence d'un contrat de fourniture de services « *lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle* ».

Tel pourrait bien être le cas dans la majorité des contrats portant sur des services financiers : « *cette disposition a désormais beaucoup plus de chance de s'appliquer qu'auparavant. En effet, avant l'intervention d'Internet, les cas dans lesquels le consommateur se déplaçait à l'étranger pour bénéficier des prestations de services était relativement rare. Désormais, avec Internet, l'exception devient la règle. Plus rien ne s'oppose à ce que l'on traite avec un prestataire de services situés dans un*

(186) Voy. *supra*, en ce qui concerne les rapports entre Droit communautaire et DIP.

pays même lointain. En réalité, Internet a favorisé considérablement cette hypothèse. En conséquence, on peut dire que les règles protectrices du consommateur en vigueur au lieu de situation de sa résidence habituelle n'ont plus guère de chance de s'appliquer » (187).

Deux réserves doivent toutefois être gardées à l'esprit :

- d'une part, les services doivent être fournis *exclusivement* dans un pays autre que celui de la résidence habituelle du consommateur; on peut donc raisonnablement estimer que ce n'est pas seulement la prestation caractéristique mais bien l'intégralité des services qui est ici visée. S'il ne fait pas de doute que la prestation caractéristique est le plus souvent fournie par le prestataire dans les contrats portant sur des services financiers, tel n'est pas nécessairement le cas de l'ensemble des services fournis par celui-ci; or, dans un tel cas, la réserve ne jouera pas. Il importe donc de vérifier avec précision la localisation de l'ensemble des services fournis.
- d'autre part, le juge compétent pour trancher le litige pourrait encore avoir recours aux dispositions de l'article 7 de la Convention de Rome (188) concernant l'application des lois de police :

« 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi applicable au contrat. Pour décider si cet effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application.

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

La seule réserve à ce principe est que les règles qui sont ici visées soient conformes au droit communautaire.

- Il convient ici de rappeler brièvement les nouvelles dispositions de droit communautaire en matière de compétence des Cours et Tribu-

(187) C. KESSEDJAN, « Aspects juridiques du e-trading : règlement des différends et droit applicable », *Journée de droit bancaire et financier*, Université de Genève, 2000.

(188) Sur la question de l'application combinée des articles 5 et 7, voy. M. FALLON, « La protection internationale de l'acheteur sur l'interréseau », in H. et B. STAUDER (eds), *La protection des consommateurs acheteurs à distance*, Actes du colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) de Genève, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 241 et s.

naux. Le Règlement CE 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (189) prévoit, en son article 15 § 1, que « *en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5 point 5 :*

- a) *lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;*
- b) *lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;*
- c) *lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités »,*

et en son article 16 que

- « 1. *L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.*
2. *L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. (...)* ».

Le littéra c, qui vise plus particulièrement le commerce électronique, et qui repose sur le concept d'activité dirigée, concept qui correspond au demeurant à celui retenu par l'OICV/IOSCO dans le cadre de la supervision, par les autorités de contrôle nationales, des services financiers sur Internet (190), est bien évidemment de nature à renforcer la compétence reconnue au juge de l'Etat dans lequel le consommateur a sa résidence dans le cas du commerce électronique.

(189) JOCE, L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

(190) Voy. *supra*, IOSCO (International Organization of Securities Commissions)/OICV (Organisation Internationale des Commissions de Valeurs), *Securities Activity on the Internet, Report by the Technical Committee*, September 1998.

SECTION 5. – *Les opérations « multi-modales »*

En excluant les exigences qui sont applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique, la directive introduit une différence de traitement entre les services qui sont prestés par voie électronique et ceux qui ne le sont pas. Les choses sont relativement claires dans des cas de figure bien tranchés lorsque les services sont intégralement prestés par voie électronique ou ne le sont pas du tout.

Que penser toutefois de la zone grise constituée par des services qui ne seraient que partiellement prestés par voie électronique (publicité en ligne et conclusion en face-à-face; transmission d'informations préalables par voie électronique et conclusion du contrat par courrier postal; conclusion du contrat en ligne, mais remise matérielle de titres à l'acheteur en agence)?

Dans sa communication, la Commission considère que *« les activités hors ligne ne relèvent en revanche pas du champ de la directive, même si elles sont connectées à un « service en ligne ». En conséquence, si des services financiers sont fournis pour partie hors ligne et pour partie en ligne, chaque partie sera soumise à un régime juridique différent. Lorsque la promotion d'un service s'effectue en ligne mais que celui-ci est fourni hors ligne, seule la publicité en ligne est donc couverte par la directive sur le commerce électronique. L'objectif global doit cependant être de mettre en place un ensemble cohérent de règles du marché intérieur s'appliquant à tous les modes de commercialisation (en ligne ou hors ligne). Plusieurs initiatives figurant dans le plan d'action sur les services financiers, en particulier la révision de la directive sur les services d'investissement et la proposition de directive sur la vente à distance de services financiers, ont été conçues pour assurer cette cohérence »* (191).

Il faut donc en conclure qu'une multiplicité de régimes juridiques différents vont être susceptibles de s'appliquer simultanément :

- un régime « prudentiel » différencié selon le mode de distribution;
- dans le cadre de la proposition de directive « commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs », la directive a vocation à s'appliquer, indépendamment du mode de communication utilisé, à *« tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le*

(191) *Ibidem*, p. 6.

cadre d'un système de vente ou de prestation de service à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat » (192); celle-ci s'appliquera en outre exclusivement aux consommateurs;

- dans le cadre de la directive e-commerce, la directive aurait vocation à s'appliquer même si seulement une partie de la transaction était « en ligne », et elle s'appliquera quelque soit la qualité du destinataire.

Force est toutefois de constater que même si tout est fait pour assurer *in fine* la cohérence du régime juridique entre les deux types de prestations, il n'en reste pas moins que la division entre service en ligne et hors ligne va subsister quelques temps encore.

Une telle approche différenciée pourrait apparaître à certains égards contradictoire avec les explications données dans l'exposé des motifs de la proposition de directive sur le commerce électronique, où il était très justement fait remarquer que « *les opérateurs, notamment les PME et micro-entreprises, qui n'ont pas les moyens de supporter les coûts d'une assistance juridique performante sont dissuadés d'exploiter les opportunités du marché intérieur et d'investir dans un développement européen de leurs activités* » (193).

CONCLUSION

La création d'un Marché intérieur intégré des services financiers est prévue pour 2005, ainsi qu'en a décidé le Conseil européen de Lisbonne.

La réalisation d'un marché intégré des services financiers de détail repose notamment sur la directive commerce électronique. Le principe qu'établit celle-ci est désormais celui du droit du pays d'origine (194), principe que la Commission souhaiterait étendre plus

(192) Article 2 litt. a, Proposition modifiée de directive Directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, COM (1999) 385 final, 23 juillet 1999.

(193) *Ibidem*, p. 10.

(194) Rebaptisé récemment par la Commission, lors des travaux du sous-groupe de FSPG sur le commerce électronique et les services financiers, « droit du pays d'établissement ».

généralement, tant aux services financiers off-line (195) qu'aux services en général (196), voire même peut-être un jour aux bénéficiaires de la liberté d'établissement (197).

Les conséquences de l'application de la directive sur le commerce électronique et de ce principe du pays d'origine restent cependant, à maints égards, incertaines (198), et l'intervention de la Cour de Justice sera sans doute régulièrement sollicitée pour apporter des éclaircissements nécessaires sur l'interprétation à donner à ces textes.

Paradoxalement, les entraves qui demeurent à la libre circulation des services financiers en ligne affectent en premier les consommateurs. Ceux-ci, aujourd'hui, ont encore beaucoup de mal à traiter, avec une sécurité juridique satisfaisante, avec les opérateurs établis dans d'autres Etats membres, qui demeurent eux-mêmes face à un système complexe et difficile à appliquer.

Une telle situation appelle une plus grande harmonisation des législations protectrices des consommateurs à tout le moins.

En effet, si les Etats membres veulent éviter que leurs consommateurs ne soient désormais confrontés au droit d'un autre Etat membre, ou que leurs entreprises ne subissent de plein fouet une concurrence fondée sur des niveaux différents d'intensité de la norme juridique, il est essentiel qu'ils comprennent l'intérêt d'harmoniser de la manière la plus complète possible les normes jugées d'intérêt général. Tel est notamment l'enjeu de la proposition de directive sur les services financiers à distance (199).

(195) Les futures politiques « devront : développer l'approche dont la directive jette les bases afin de créer un marché intérieur des services financiers de détail pleinement opérationnel; coordonner entre elles la législation sur les services financiers et la directive sur le commerce électronique; garantir la cohérence entre les services financiers en ligne et les modes de prestation de ces services plus classiques (...) ». Communication du 7 février 2001.

(196) Voy. Communication de la Commission, *Une stratégie pour le marché intérieur des services*, COM (2000) 888 du 29.12.2000.

(197) Voy. DG Markt, « Retail financial services : overcoming remaining barriers : a legal analysis », 20 mars 2000, disponible à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/obstacles1.pdf

(198) La Communication du 7 février 2001, ainsi que les travaux menés au sein du sous-groupe du FSPG sur les services financiers et le commerce électronique en vue du Conseil ECOFIN du 7 mai 2001, avaient en effet pour objet de lever un certain nombre de ces incertitudes; voy. conclusions du Conseil Marché intérieur/Consommateurs du 28.11.2000, Sec. Gen. Conseil, doc. 13402/00.

(199) Et l'on sait les difficultés auxquelles se heurtent les Etats membres à ce sujet. Voy. M. VAN HUFFEL, « Distance marketing of financial services : genesis of a compromise », *op. cit.*

La directive sur le commerce électronique prévoit elle-même la nécessité d'une telle approche : son considérant 65 indique en effet que « *le Conseil, dans sa résolution du 19 janvier 1999 sur la dimension consumériste de la société de l'information, a souligné que la protection des consommateurs méritait une attention particulière dans le cadre de celle-ci. La Commission étudiera la mesure dans laquelle les règles de protection des consommateurs existantes fournissent une protection insuffisante au regard de la société de l'information et identifiera, le cas échéant, les lacunes de cette législation et les aspects pour lesquels des mesures additionnelles pourraient s'avérer nécessaires. En cas de besoin, la Commission devrait faire des propositions spécifiques additionnelles visant à combler les lacunes qu'elle aurait ainsi identifiées* ».

Dans sa Communication du 7 février 2001, la Commission adopte la même analyse de la situation, et insiste sur la nécessité d'une plus grande harmonisation et d'une plus grande convergence des réglementations nationales. Parallèlement aux travaux qu'elle a entrepris et qu'elle a annoncés dans ce domaine (200), elle vient de présenter une Communication sur un droit européen des contrats (201).

Il s'agit là d'un chantier essentiel et de grande envergure, mais qui est à la mesure des défis que représentent la réalisation du Marché intérieur des services financiers.

(200) Voy. la Communication du 7 février 2001, ainsi que le 4^e rapport intermédiaire sur le plan d'action pour les services financiers : Commission européenne, *Services financiers : défis politiques*, COM (2001) 286 final, juin 2001, disponible à l'adresse internet suivante : http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/progress4fr.pdf

(201) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen concernant le droit européen des contrats, COM (2001) 398 final du 11.07.2001.