

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Contrats de l'informatique et commerce électronique

George, Florence; Hubin, Jean-Benoît; Gillard, Noémie; Jacquemin, Hervé

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F, Hubin, J-B, Gillard, N & Jacquemin, H 2017, 'Contrats de l'informatique et commerce électronique', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 68-69, pp. 9-60.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

2015-2017

I. CONTRATS DE L'INFORMATIQUE ET COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Florence GEORGE¹, Noémie GILLARD², Jean-Benoît HUBIN³ et Hervé JACQUEMIN⁴

1. Plan des développements. Cette partie de la chronique examine les décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2015 et le 31 décembre 2017 dans le domaine des contrats de l'informatique et du commerce électronique.

Nous analysons la jurisprudence en matière de contrats de l'informatique (A), de conformité au droit de l'Union de certaines législations ressortissant au commerce électronique (B), de publicité en ligne (C), de conclusion des contrats par voie électronique (D), de preuve et de signature électronique (E), de responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet (F) et de droit international privé (G)⁵.

A. Contrats de l'informatique

1. Formation du contrat

a. Qualification du contrat

2. Contrat de vente ou contrat d'entreprise. Déterminer la qualification d'un contrat de l'informatique n'est pas toujours aisé. Entre la simple fourniture de matériel informatique (contrat vente) et le développement d'un logiciel sur mesure (contrat d'entreprise), il existe une zone grise. En présence d'opérations complexes, il est possible de retenir une qualification globale et unique ou de dégager l'existence d'un « contrat mixte »⁶.

La cour d'appel de Liège eut à connaître d'un litige opposant une société chargée du développement d'un site internet à sa cliente. Cette dernière invoquait le bénéfice des règles qui gouvernent le contrat d'entreprise pour l'exécution des prestations et celles du contrat de vente pour la livraison. La cour d'appel refuse toutefois de faire droit à la thèse du contrat mixte aux

¹ Chargée de cours à l'UNamur (CRIDS), avocate au barreau de Huy.

² Chercheuse au CRIDS de l'UNamur, avocate au barreau de Liège.

³ Juge au tribunal de commerce francophone de Bruxelles, collaborateur scientifique à l'UNamur (CRIDS).

⁴ Chargé de cours à l'UNamur (CRIDS), avocat au barreau de Bruxelles.

⁵ Sur ces matières, voy. les précédentes chroniques : E. MONTERO, « Droit du commerce électronique – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 11-29 et H. JACQUEMIN, « Contrats informatiques – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 29-41 ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49, pp. 5 et s. ; J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Contrats de l'informatique et commerce électronique (2012-2014) », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information*, *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 7 et s.

⁶ E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique & de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, liv. 9, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 71 et s.



motifs que « la livraison du produit conçu et réalisé par le client n'est autre ici que l'aboutissement de l'exécution du contrat d'entreprise »⁷.

La cour reproduit les écrits et enseignements d'E. Montero aux termes desquels : « le contrat de développement de logiciel sur mesure est qualifié par une doctrine unanime de louage d'ouvrage étant donné que son objet consiste fondamentalement en une prestation de travail, de nature intellectuelle : analyse, conception et programmation. Deux autres éléments, de nature bien différente, confortent cette position : l'absence presque totale de matière fournie et la conformité de cette solution avec une jurisprudence majoritaire en droit de la propriété intellectuelle, qui qualifie de contrats d'entreprise les contrats de commande d'œuvres littéraires ou artistiques »⁸. La cour considère que le contrat qui consiste en la réalisation d'un site est un contrat sur mesure et non pas un contrat clé sur porte. En l'espèce, la commande avait, en effet, été passée sur la base d'un cahier des charges détaillé rédigé par la cliente. En outre, le site web était dynamique et en trois langues. Il avait pour objectif de devenir une plateforme entre entreprises et demandeurs d'emploi, ce qui était une grande première sur la toile. La cour opte, dès lors, pour la qualification de contrat d'entreprise.

b. La période des pourparlers

3. Prestations précontractuelles. La conclusion de nombreux contrats est généralement précédée d'accords préliminaires très divers⁹. La période des pourparlers n'est pourtant pas réglementée par le Code civil. Les principes applicables sont l'œuvre de la jurisprudence. Parmi ceux-ci figurent la liberté dans la conduite des négociations et le droit de rompre les pourparlers¹⁰.

Face à un échec de ces pourparlers, l'absence de documents précontractuels génère souvent moult difficultés. Le jugement du tribunal de commerce francophone de Bruxelles du 27 novembre 2017 nous en livre une illustration¹¹. Dans un litige opposant un assureur-crédit et une société de consultance active dans l'IT, le tribunal de commerce de Bruxelles dut trancher la question du caractère onéreux des prestations effectuées par la société de consultance durant les pourparlers. En l'espèce, l'assureur-crédit souhaitait opérer un changement de son environnement technique et migrer vers une solution SAP. Dans cette optique et préalablement à la conclusion de tout contrat, la société de consultance assuma différentes prestations d'analyse, de systématisation et de synthétisation en vue de proposer une solution adaptée. Seule une convention de confidentialité fut signée par les sociétés en négociations. Suite à la réception d'une première offre et vu les montants en jeu, l'assureur-crédit décida de rédiger un cahier des charges et de faire jouer la concurrence. *In fine*, l'offre de la société de consultance ne fut pas retenue. La société évincée adressa une facture à l'assureur-crédit pour les prestations effectuées durant les négociations. La charge de travail importante dont avait bénéficié l'assureur-crédit devait, selon la société de consultance, être rémunérée. La facture fut toutefois contestée par l'assureur-crédit qui refusa de reconnaître le caractère onéreux des prestations. Le tribunal de commerce de Bruxelles fut

⁷ Liège, 31 mars 2015, *D.A.O.R.*, 2016, p. 28.

⁸ E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique & de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, liv. 9, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 70, n° 28, cité par Liège, 31 mars 2015, *D.A.O.R.*, 2016, p. 28.

⁹ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 147 et s.

¹⁰ Voy. pour les hypothèses où cette rupture peut être considérée comme fautive, *ibid.*, p. 148.

¹¹ Comm. Bruxelles (ch. fr.), 27 novembre 2017, R.G. n° A/16/04691, inédit.



finalement saisi du litige. À l'appui de sa demande, la société de consultance invoquait un accord oral intervenu entre les sociétés en pourparlers aux termes duquel il fut prévu, par souci de simplification, de facturer les prestations précontractuelles en même temps que celles relatives à la mission à définir. Par ailleurs, elle soulignait que les prestations effectuées avaient bénéficié à l'assureur-crédit dans le cadre de l'établissement ultérieur de son cahier des charges. Le tribunal refuse d'épouser la thèse du demandeur dès lors que les prestations effectuées l'ont été en vue de l'établissement de l'offre dans l'espoir d'obtenir un marché important. Le tribunal affirme que si la société de consultance « ne voulait pas prendre le risque que son travail ne soit pas rémunéré et/ou ne profite pas [à l'assureur-crédit] sans contrepartie, elle aurait pu, par exemple, négocier une exclusivité (...), convenir d'une rémunération dans l'hypothèse où un autre candidat était retenu, ou obtenir l'engagement [de l'assureur crédit] de ne pas utiliser son travail dans le cadre de négociations avec d'autres candidats ». À défaut de rapporter la preuve du caractère rémunéré des prestations, la société de consultance succombe dès lors dans ses prétentions.

c. *Obligation d'information*

4. Devoir de conseil: portée. On enseigne également que le fournisseur informatique est tenu d'un devoir de conseil. Dans une affaire soumise au tribunal de commerce de Liège, division Huy¹², une société spécialisée dans la vente de logiciels informatiques de gestion avait vendu son logiciel à une société de transport routier suite à une démonstration effectuée au siège social de cette dernière. Le nouveau logiciel avait été présenté comme permettant, à l'instar de celui utilisé par la société de transport mais devenu obsolète, une synchronisation des données encodées entre les différentes applications du logiciel (feuilles de route, planification des tournées, facturation...). Après l'installation, des problèmes d'utilisation du nouveau logiciel furent rapidement dénoncés notamment au niveau de la synchronisation des données. Ils ne furent pas solutionnés par le fournisseur qui conseilla d'équiper les véhicules d'ordinateurs de bord afin de permettre la synchronisation. L'absence d'ordinateurs de bord n'avait pourtant pas été présentée, lors de la formation du contrat, comme un obstacle au fonctionnement du logiciel. Malgré l'achat de deux ordinateurs de bord, les problèmes subsistent. La société de transport se voit contrainte d'assigner le fournisseur et sollicite la résolution du contrat. Elle argue d'un manquement au devoir de conseil dans la phase précontractuelle.

Le tribunal de commerce saisi du litige accueille cette demande (voy. *infra*, n° 13) et rappelle le principe selon lequel « le contrat de fourniture informatique comporte implicitement mais nécessairement un devoir de conseil dans le chef du fournisseur en informatique ». Comme le précise le tribunal, ce devoir de conseil se décline en trois obligations. Tout d'abord, le fournisseur a l'obligation de s'informer des besoins spécifiques de son client. Ensuite, il est tenu d'informer complètement et objectivement son client des caractéristiques et conditions d'utilisation du logiciel. Enfin, il lui incombe de conseiller l'utilisateur en lui proposant le matériel et les méthodes de travail les plus appropriées au regard de ses besoins et souhaits¹³. Le tribunal ajoute que l'existence du devoir d'information n'est pas tributaire des biens ou services fournis. L'argument selon lequel le logiciel présente un caractère « standard » n'est dès lors nullement pertinent.

¹² Comm. Liège (div. Huy), 6 janvier 2016, R.G. n° A/15/00140, inédit.

¹³ *Ibid.*



Dans son arrêt du 21 avril 2016, la cour d'appel de Liège retient également un manquement au devoir de conseil dans le chef d'une société experte en informatique chargée de la mise au point d'un système informatique fonctionnel complet¹⁴. En l'espèce, l'installation du matériel informatique avait engendré de nombreux dysfonctionnements (voy. *infra*, n° 8). Le fournisseur informatique se retranchait notamment derrière le fait qu'il convenait de remplacer les différents postes en place pour que l'ensemble fonctionne. La cour refuse de faire droit à cet argument et rappelle que le fournisseur informatique doit « informer objectivement son client des caractéristiques, conditions d'utilisation, performances et contraintes du système en fonction des besoins exprimés ou non, des attentes et ressources financières de son client »¹⁵.

La cour d'appel de Bruxelles fait également peser sur le professionnel de l'informatique chargé de la mise à disposition d'un logiciel de sauvegarde informatique une obligation d'information et de conseil¹⁶. Pour la cour, cette obligation – qui relève de son devoir général de bonne foi – implique « celle de s'informer des besoins du client pour ensuite lui proposer le matériel le plus apte à répondre à ses besoins, eu égard à l'utilisation prévue »¹⁷. *In casu*, la cour considère qu'il incombait au professionnel de « participer activement à l'évaluation des besoins de stockage de [sa cliente], de s'informer de ses besoins et ensuite de lui conseiller une solution adaptée, tenant compte de son activité, y compris des perspectives de développement de celle-ci sur une durée de 4 ans ». En n'informant pas sa cliente de ses besoins de stockage et en ne l'avertissant pas des risques de saturation rapide, le professionnel a manqué à son obligation d'information et de conseil¹⁸.

5. Devoir de conseil : renversement de la charge de la preuve. Dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du 6 janvier 2016 mentionné *supra*¹⁹, le tribunal rappelle que le devoir de conseil constitue une obligation de moyens dans le chef du fournisseur. Il revient ensuite sur les principes qui gouvernent la charge de la preuve. Vu la haute technicité du domaine informatique, il est en effet admis que, dans l'hypothèse d'une inadéquation entre le logiciel fourni et les besoins ou attentes du client, celle-ci « est présumée résulter d'un manquement du fournisseur à son devoir de conseil ». La charge de la preuve étant renversée, il incombe au fournisseur, en sa qualité de spécialiste, de démontrer le bon respect de ses obligations d'information précontractuelle.

En l'espèce, la société spécialisée dans la vente de logiciel ne parvenait pas à rapporter la preuve qu'elle aurait informé la société du fait que l'absence d'ordinateurs de bord allait empêcher la société de transport de bénéficier de toutes les fonctionnalités prévues. Le tribunal prononce dès lors la résolution du contrat de fourniture du logiciel aux torts de la société spécialisée dans la vente de logiciel.

¹⁴ Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit.

¹⁵ J.P. TRIAILLE, R. ROBERT, « Les contrats informatiques », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 1, *Principes et contrats fondamentaux*, Kluwer, 2009, p. 1088, n° 1355, cité par Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit.

¹⁶ Bruxelles, 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Comm. Liège (div. Huy), 6 janvier 2016, R.G. n° A/15/00140, inédit.



2. Exécution du contrat

a. Obligation des parties

6. Distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. La question de la nature des obligations qui pèsent sur chacune des parties au contrat est souvent débattue devant les cours et tribunaux. Les principes applicables sont rappelés par la cour d'appel de Liège à l'occasion de son arrêt du 31 mars 2015²⁰.

En l'absence de disposition légale, la nature des obligations qui incombent à chacune des parties découle de la commune intention des parties. Il convient dès lors, dans un premier temps, de vérifier l'existence ou non d'une clause contractuelle précisant la nature de l'obligation. À défaut, il convient, dans un second temps, de recourir à des critères objectifs. Parmi ces critères, figurent l'importance de l'aléa que court le débiteur ainsi que le rôle de la victime dans l'exécution de l'obligation promise²¹. Ces critères s'appliquent pour chacune des obligations contractuelles et non pas de manière globale.

Confrontée à un contrat de réalisation d'un site internet, la cour d'appel retient dans le chef de l'entrepreneur chargé de ladite réalisation, la qualification d'obligation de moyens. Elle souligne l'importance de l'aléa encouru par le débiteur vu l'inexistence de sites semblables sur la toile. La cour a égard, en outre, au fait que le débiteur ne disposait pas d'une entière maîtrise de l'ensemble des paramètres du projet. D'une part, le client avait souhaité contractuellement garder la main-mise sur le graphisme du site. Or, les fonctionnalités du site restaient tributaires des modifications graphiques. D'autre part, le client s'était réservé la possibilité de solliciter des changements et améliorations en cours de projet. À défaut pour le créancier de prouver l'existence d'un écart de conduite dans le chef de la société chargée de la réalisation du site par rapport au comportement qu'aurait adopté un homme prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances concrètes, la responsabilité de la société n'a, dans le cas d'espèce, pu être engagée.

Durant la période examinée, ont été considérées comme obligations de moyens :

- l'obligation de livraison d'un site correspondant aux spécifications contractuelles et aux règles de l'art. La cour d'appel de Liège s'écarte, à cet égard, de la solution retenue par les premiers juges (Liège, 31 mars 2015, *D.A.O.R.*, 2016, p. 26) ;
- l'obligation de respecter le délai de livraison lorsqu'il est expressément indiqué dans le contrat que l'obligation de livrer dans le délai prévu constitue une obligation de moyens (Liège, 31 mars 2015, *D.A.O.R.*, 2016, p. 26).

A, par contre, été qualifiée d'obligation de résultat :

- l'obligation qui pèse sur un fournisseur informatique qui consiste en une prestation complète de fourniture d'une solution informatique globale fonctionnelle (hardware + software) à défaut d'aléa (Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit).

²⁰ Liège, 31 mars 2015, *D.A.O.R.*, 2016, p. 28. La cour s'appuie sur les importants travaux du professeur P. Wéry (P. WÉRY, « La théorie générale du contrat, Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1/1).

²¹ P. WÉRY, « La théorie générale du contrat, Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1/1, p. 617, n° 549.



7. Obligation d'exécution de bonne foi des conventions. Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions trouve également à s'appliquer dans les contrats informatiques. Ainsi, le professionnel de l'informatique qui, suite à une saturation de l'espace de stockage due à un manque d'information dans son chef, tente d'obtenir des montants supérieurs aux montants contractuellement prévus en proposant à sa cliente comme seule alternative pertinente l'achat d'espace complémentaire manque à son obligation de bonne foi²².

8. Obligation de livraison : portée. De nombreux litiges gravitent également autour de la portée de l'obligation de livraison. On songe, par exemple, à l'affaire déjà évoquée (*supra*, n° 4) relative à un contrat portant sur la fourniture d'un serveur, son installation, la configuration du service mail et la réintégration des machines au domaine ainsi que la migration des données²³. Suite à l'exécution des prestations prévues contractuellement, les problèmes s'enchaînent : problèmes réseau, mails, impression, connexion, lenteur, backup, spam et virus sur le serveur. Ces dysfonctionnements du système informatique obligèrent la cliente à faire appel à une société tierce en vue de diagnostiquer les problèmes et de les pallier. Les factures adressées par la société ayant vendu le matériel furent contestées tandis que la cliente sollicita par voie judiciaire le remboursement des factures déjà acquittées ainsi que l'indemnisation de son manque à gagner. Un expert fut désigné et son rapport d'expertise mit en exergue les manquements de la société experte en informatique. L'expert conclut à l'inadéquation du matériel informatique par rapport aux qualités attendues par les PME sur la base des considérations suivantes. Le serveur ne répondait pas aux besoins du client. Les tests et vérifications qui s'imposaient après assemblage n'avaient pas été effectués avant la livraison. Aucune solution de rechange n'avait par ailleurs été mise en place. Le service qui consistait en une solution informatique globale et fonctionnelle ne présentait donc pas la qualité attendue. De plus, l'expert souligna que les choix technologiques posés n'étaient pas conformes aux règles de l'art tandis que l'installation de tous les services sur un seul et même serveur était contraire aux bonnes pratiques. L'expert s'intéressa également à la gestion des risques qui incombaient au fournisseur. Il précisa que « le minimum aurait été de s'assurer de l'impact informatique sur le métier en cas d'indisponibilité dudit serveur et d'alerter le métier quant au danger potentiel et voir à proposer une solution adéquate ». La société experte en informatique aurait dû trouver une solution immédiate pour débloquer rapidement la situation.

S'appuyant sur les constatations de l'expert, la cour d'appel rappelle que ce qui est livré doit correspondre aux stipulations contractuelles et présenter une conformité fonctionnelle, c'est-à-dire permettant à l'utilisateur de se servir efficacement et normalement de l'objet livré compte tenu de sa nature et de sa destination. Le défaut de performance et de configuration du serveur assemblé par le fournisseur démontre l'existence de manquements contractuels dans le chef du fournisseur²⁴.

9. Obligation de livraison et réception. Dans son arrêt susmentionné du 31 mars 2015²⁵ (*supra*, n° 2), la cour d'appel de Liège doit trancher la question de l'incidence de l'absence de procès-verbal de réception sur l'obligation de livraison. Elle constate, tout d'abord, le recours de

²² Bruxelles, 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574.

²³ Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Liège, 31 mars 2015, D.A.O.R., 2016, p. 28.



plus en plus fréquent à la technique de la double réception. La cour souligne toutefois qu'il ne s'agit en aucun cas d'une obligation légale. En l'absence de disposition contractuelle l'imposant, il ne peut dès lors, selon la cour, « être tiré aucune conclusion de l'absence formelle de procès-verbal de réception ».

10. Obligation de garantie des vices cachés. Lorsque la qualification de contrat de vente est privilégiée, le client peut invoquer le bénéfice de la garantie des vices cachés prévue à l'article 1641 du Code civil²⁶. Cette garantie couvre notamment les erreurs de conception ou de programmation²⁷. On en trouve une illustration dans l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 avril 2016²⁸. Manque ainsi à son obligation de garantie, selon la cour d'appel de Liège, le fournisseur qui ne remédie pas aux problèmes que présente l'installation à laquelle il a procédé.

b. Inexécution contractuelle

11. Manquement contractuel et exception d'inexécution. L'exception d'inexécution offre un moyen de pression extra-judiciaire intéressant dans les contrats informatiques. Ce remède temporaire est en effet intrinsèque à tout contrat synallagmatique. Il permet à chacune des parties de « suspendre ou différer l'exécution de son obligation, sans intervention judiciaire, aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'exécuter les siennes »²⁹.

La cour d'appel de Bruxelles a ainsi eu à connaître d'un litige opposant un professionnel de l'informatique et son client. Le contrat conclu entre ces derniers prévoyait la mise à disposition d'un logiciel de sauvegarde et des services liés en faveur du client. Le client brandissait, pour justifier le non-paiement des factures adressées, le bénéfice de l'exception d'inexécution. Le non-fonctionnement du système installé par son cocontractant était en effet la conséquence d'une saturation de l'espace de stockage, laquelle était due à un manquement du professionnel de l'informatique à son obligation d'information et de conseil. L'unique remède suggéré par le professionnel de l'informatique consistait par ailleurs à imposer à son cocontractant de libérer de l'espace de stockage ou d'acheter de l'espace de stockage supplémentaire. La cour admet le recours à l'exception d'inexécution et déboute le professionnel de l'informatique de son action en paiement des factures³⁰.

12. Exception d'inexécution, coupure d'accès et bonne foi. L'exercice de l'exception d'inexécution ne requiert pas de mise en demeure préalable³¹. Le respect de la bonne foi est toutefois exigé³².

²⁶ Voy. les articles 1649bis et s. du Code civil lorsque le contrat est conclu entre une entreprise et un consommateur et que l'objet du contrat consiste en un bien meuble *corporel*.

²⁷ Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit qui cite J.P. TRIAILLE, R. ROBERT, « Les contrats informatiques », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 1, *Principes et contrats fondamentaux*, Kluwer, 2009, p. 1092, n° 1364.

²⁸ Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit.

²⁹ Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1864, cité par Bruxelles, 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574.

³⁰ Bruxelles, 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574.

³¹ Bruxelles, 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574; Comm. Hainaut (div. Charleroi (référé)), 11 septembre 2017, R.G. n° C/17/00019, inédit.

³² Bruxelles, 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574; Bruxelles, 8 septembre 2017, D.A.O.R., 2018, p. 74.



Ce devoir de bonne foi peut entraîner, dans certaines circonstances, l'obligation pour le débiteur de porter à la connaissance du créancier son intention de suspendre l'exécution de son obligation voire d'en indiquer les conséquences³³.

À l'occasion de son arrêt du 8 septembre 2017, la cour d'appel de Bruxelles fut ainsi amenée à sanctionner l'exercice abusif par une des parties au contrat de l'exception d'inexécution. Celui qui invoque l'exception d'inexécution à tort engage, en effet, sa responsabilité contractuelle.

Une convention de prestations de services informatiques ainsi qu'une convention de licence de logiciel avaient, en l'espèce, été signées entre les parties. Suite au non-paiement de plusieurs factures, la société chargée d'assurer la maintenance et le développement du logiciel avait décidé de suspendre ses prestations contractuelles sous couvert de l'exception d'inexécution. Elle cessa ainsi de travailler sur les projets de développement et n'assura plus le support informatique. Elle alla même un pas plus loin en bloquant l'accès de son cocontractant aux sites hébergés « off site » en privant, par voie de conséquence, l'ensemble du personnel d'accès aux mails et sites. L'activité du client fut dès lors paralysée eu égard notamment au caractère international de l'activité et à l'importance des outils informatiques. Pour la cour, la réponse de la société chargée de la maintenance est ici manifestement disproportionnée et viole « l'exigence de modération inhérente au principe général d'exécution de bonne foi »³⁴. Celle-ci « a abusé de la position de force qui était la sienne et de la dépendance de [son cocontractant] aux services informatiques fournis par elle (...) En bloquant l'accès (...) aux serveurs et en paralysant délibérément son activité sans pouvoir se prévaloir de l'exception d'inexécution, [elle] a donc commis une faute »³⁵.

Le président du tribunal de commerce du Hainaut, division Charleroi, s'est également penché sur le respect de la bonne foi dans son ordonnance du 11 septembre 2017³⁶. Suite à une attaque informatique (Ransomware), les fichiers d'une maison médicale avaient été rendus inaccessibles. La maison médicale refusa de payer la rançon et confia à l'entreprise chargée de la gestion au sens large de son administration (fourniture de matériel, licences, logiciels de gestion médicale, de facturation et de planning, téléphonie, ...) la mission de reconstituer les fichiers perdus. Suite à cette attaque informatique, la maison médicale mit fin aux relations contractuelles nouées entre parties. Cette rupture ne sembla toutefois pas plaire au cocontractant qui interrompit l'ensemble des services informatiques. Suite aux négociations, une migration partielle des données vers le nouveau prestataire informatique fut acceptée. Le prestataire initial conditionna toutefois la migration complète des données médicales (transfert de la clé de migration des données vers un autre serveur) au paiement de sa facture de 43.325,30 euros. Cette dernière fut toutefois fermement contestée par la maison médicale qui n'eut d'autre choix, pour récupérer ses données, que de porter le litige devant le juge des référés. Ce dernier rejette le bénéfice de l'exception d'inexécution invoqué par le prestataire initial aux motifs que, d'une part, la créance n'est ni certaine ni exigible et, d'autre part, la rétention des données est abusive. À cet égard, la cour réaffirme le principe selon lequel l'interdiction de l'abus de droit implique qu'il « doit exister une proportionnalité entre la nature du manquement reproché et le dommage résultant de la suspension par le

³³ Cass., 13 janvier 2017, *J.T.*, 2017, p. 483, cité par Bruxelles, 8 septembre 2017, *D.A.O.R.*, 2018, p. 74.

³⁴ Bruxelles, 8 septembre 2017, *D.A.O.R.*, 2018, p. 74.

³⁵ *Ibid.*, p. 81.

³⁶ Comm. Hainaut (div. Charleroi (référé)), 11 septembre 2017, R.G. n° C/17/00019, inédit.



créancier de ses obligations»³⁷. Or, la perte de contrôle sur des données médicales importantes et sensibles est hors de proportion avec le risque que court l'entreprise de ne pas être payée d'un montant qui, par ailleurs, paraît excessif eu égard aux heures de travail prestées³⁸.

3. *Dissolution du contrat*

13. Exécution en nature ou par équivalent. Appelé à se prononcer sur la résolution d'un contrat de fourniture d'un logiciel informatique intervenu entre une société spécialisée et une société de transport, le tribunal de commerce de Liège, division Huy, rappelle qu'il convient, en cas de manquement au devoir d'information, de se référer aux sanctions de droit commun. L'utilisateur du logiciel a dès lors le choix d'exiger de son débiteur, soit l'exécution en nature ou par équivalent du contrat, soit sa résolution, avec éventuellement des dommages et intérêts³⁹.

14. Résolution du contrat. La demande de résolution du contrat fondée sur l'article 1184 du Code civil est souvent privilégiée par le créancier victime d'un manquement grave de son débiteur.

Au cours de la période étudiée, on épingle plusieurs décisions en ce sens.

Une action en résolution est ainsi accueillie par la cour d'appel de Liège amenée à se prononcer sur de nombreux manquements imputables à un fournisseur de matériel informatique. En l'espèce, le fournisseur avait manqué à son devoir de conseil, son obligation de livraison et son obligation de garantie⁴⁰.

La cour d'appel de Bruxelles est également saisie d'une action en résolution qui présente la particularité d'être relative à deux contrats conclus simultanément par les parties. À cette occasion, la cour décide que le fait pour le créancier de procéder à une coupure d'accès aux mails et sites de son débiteur, en se prévalant fautivement de l'exception d'inexécution, justifie la résolution non seulement de la convention de services mais également de la convention de licence de logiciel avec laquelle elle est intimement liée⁴¹.

15. Action en garantie des vices cachés: action rédhibitoire. L'action en garantie des vices cachés fondée sur un contrat de vente de programme d'ordinateur (associé à un contrat de licence) peut impliquer des obligations de restitution.

En l'espèce, l'acheteur se plaignait devant les juridictions bruxelloises de temps d'attente inacceptables.

Dans son arrêt du 11 septembre 2015⁴², la cour d'appel de Bruxelles retient tout d'abord l'existence d'un vice dès lors que le software n'est pas adapté à l'utilisation pour laquelle il a été commandé. La cour évoque dans la foulée le choix dans le chef de l'acheteur entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire. La préférence de l'acheteur se marquant pour la première, la cour

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Comm. Liège (div. Huy), 6 janvier 2016, R.G. n° A/15/00140, inédit.

⁴⁰ Liège, 21 avril 2016, R.G. n° 2015/RG/790, inédit.

⁴¹ Bruxelles, 8 septembre 2017, D.A.O.R., 2018, p. 74.

⁴² Bruxelles, 11 septembre 2015, A&M, 2015, p. 392.



d'appel se penche sur l'obligation de restitution de la chose fondée sur l'article 1644 du Code civil. Comment appréhender cette obligation en présence d'un logiciel téléchargeable à partir d'un site internet – et donc livré sans le moindre support matériel ? Pour la cour, la résolution du contrat entraîne l'extinction du droit d'utiliser les licences. Il convient dès lors de considérer que la fin du droit d'utiliser les licences vaut restitution matérielle de la chose. La clause limitative de garantie est, par ailleurs, invalidée à la lumière des articles du Code civil et de la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel.

B. Conformité au droit de l'Union de certaines législations ressortissant au commerce électronique

16. Domaines soumis au test de conformité. Au cours de la période couverte par la présente chronique, les juridictions nationales et la Cour de justice ont été amenées à apprécier la conformité de certaines dispositions légales ou réglementaires (globalement applicables au commerce en ligne), au droit de l'Union.

Ces dispositions ont trait à la publicité pour des soins dentaires (1), aux jeux de hasard (2) et aux services d'Uber (3).

1. Publicité pour des soins dentaires

17. Conformité de la législation belge relative à la publicité pour des soins dentaires. Saisie sur questions préjudicielles, la Cour de justice s'est prononcée, le 4 mai 2017, sur la conformité de la législation belge encadrant la publicité pour les soins dentaires, à la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs⁴³, la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁴⁴ ainsi qu'aux articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁴⁵.

Luc Vanderborgh, un dentiste établi en Belgique, était poursuivi au pénal, devant le tribunal correctionnel de Bruxelles, pour avoir fait de la publicité pour des prestations de soins dentaires, en recourant à plusieurs canaux de communication (site internet, panneau d'affichage et annonces publiées dans des journaux locaux). D'après le ministère public et le Verbond der Vlaamse Tandartsen VZW (qui a déposé plainte), cette pratique constituerait une violation de l'article 8quinquies de l'A.R. du 1^{er} juin 1934 réglementant l'exercice de l'art dentaire – qui autorise uniquement « l'apposition d'une inscription ou d'une plaque de dimensions et d'aspect discrets » –

⁴³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.* L 149 du 11 juin 2005.

⁴⁴ 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 (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.* L 178 du 17 juillet 2000.

⁴⁵ C.J.U.E., 4 mai 2017, *Luc Vanderborgh*, aff. C-339/15.



et l'article 1^{er} de la loi du 15 avril 1958 relative à la publicité en matière de soins dentaires, qui interdit de manière générale et absolue toute publicité pour les soins dentaires⁴⁶.

Si les publicités incriminées constituent assurément des « pratiques commerciales » au sens de la directive 2005/29/CE⁴⁷, la Cour refuse d'examiner la conformité de l'interdiction en cause dans la mesure où l'hypothèse est exclue de son champ d'application (les États membres retrouvant dès lors leur marge de manœuvre) : la directive s'applique en effet « sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits »⁴⁸ et « sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation ou des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées que les États membres peuvent imposer aux professionnels »⁴⁹.

Par contre, elle juge que la publicité sur internet constitue une communication commerciale faisant partie d'un service de la société de l'information, soumis à l'article 8 de la directive sur le commerce électronique. Aux termes de cette disposition, « les États membres veillent à ce que l'utilisation de communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information fourni par un membre d'une profession réglementée, ou qui constituent un tel service, soit autorisée sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession ». En l'occurrence, la législation belge est jugée contraire à cette disposition, en ce qu'elle comporte une interdiction générale et absolue de toute forme de publicité en ligne⁵⁰. Le législateur national demeure donc libre d'encadrer la publicité des professionnels de la santé, mais pas au point d'interdire purement et simplement toute pratique en ce sens (comme c'est le cas actuellement).

L'interdiction prévue par le droit belge est également contraire au principe de la libre circulation des services, consacrée par l'article 56 du TFUE. Tout en reconnaissant une certaine marge d'appréciation aux États membres dans le domaine de la santé, la Cour décide que l'interdiction générale et absolue « dépasse ce qui est nécessaire pour réaliser les objectifs poursuivis par cette législation »⁵¹, consistant à « protéger la santé publique ainsi que la dignité de la profession de dentiste »⁵².

⁴⁶ Aux termes de cette disposition, « nul ne peut se livrer directement ou indirectement à quelque publicité que ce soit en vue de soigner ou de faire soigner par une personne qualifiée ou non, en Belgique ou à l'étranger, les affections, lésions ou anomalies de la bouche et des dents, notamment au moyen d'étalages ou d'enseignes, d'inscriptions ou de plaques susceptibles d'induire en erreur sur le caractère légal de l'activité annoncée, de prospectus, de circulaires, de tracts et de brochures, par la voie de la presse, des ondes et du cinéma, par la promesse ou l'octroi d'avantages de toute nature tels que ristournes, transports gratuits de patients, ou par l'intervention de rabatteurs ou de démarcheurs ».

⁴⁷ C.J.U.E., 4 mai 2017, *Luc Vanderborgh*, aff. C-339/15, point 25.

⁴⁸ Art. 3, § 3, de la directive 2005/29/CE.

⁴⁹ Art. 3, § 8, de la directive 2005/29/CE.

⁵⁰ C.J.U.E., 4 mai 2017, *Luc Vanderborgh*, aff. C-339/15, point 49.

⁵¹ *Ibid.*, point 72.

⁵² *Ibid.*, point 66.



2. Jeux de hasard

18. Libre prestation de services. L'arrêt *Unibet International*, du 22 juin 2017⁵³, concerne une réglementation hongroise sur l'autorisation des jeux de hasard en ligne, dont la compatibilité avec le principe de la libre prestation des services est questionnée.

La réglementation litigieuse prévoit deux voies distinctes pour la conclusion de contrats de concession par les opérateurs, sur la base desquels ils peuvent ensuite obtenir une autorisation pour l'organisation de jeux de hasard en ligne. La première consiste en la participation à un appel à concurrence organisé par le ministre de l'Économie, tandis que la seconde, réservée aux opérateurs dits «fiabes», vise la présentation d'une offre au ministre en vue de la conclusion d'un contrat de concession.

Le problème soulevé par Unibet provient, d'une part, de ce que la qualification d'opérateurs «fiabes» est tributaire de l'exercice préalable d'une activité de jeux de hasard en Hongrie pendant au moins dix ans, d'autre part, du manque de transparence quant aux conditions techniques à remplir par les opérateurs dans le cadre des appels à concurrence. Unibet soutient dès lors que chacune des deux voies offertes pour la conclusion des contrats de concession se révèle impraticable pour les opérateurs basés à l'étranger.

La Cour considère que la réglementation hongroise constitue une restriction injustifiée à la libre prestation des services, soulignant que celle-ci limite de manière discriminatoire et non transparente la possibilité pour les opérateurs établis dans d'autres États membres de fournir une offre de jeux en ligne en Hongrie⁵⁴.

19. Publicité et «règle technique». Dans l'arrêt *Falbert* du 20 décembre 2017⁵⁵, le juge européen est interrogé sur la qualification à donner à une législation nationale prévoyant des sanctions pénales en cas de commerce de jeux de hasard sur le territoire national sans autorisation et, suite à une modification de la loi, en cas de publicité pour de tels jeux non autorisés. Plus spécifiquement, la question porte sur l'éventuelle qualification de ces dispositions de «règles techniques» au sens de la directive 98/34⁵⁶, ce qui aurait pour effet de déclencher dans le chef des autorités nationales compétentes une obligation de notification à la Commission.

La Cour rappelle tout d'abord sa jurisprudence constante, selon laquelle les dispositions nationales qui se limitent à prévoir des conditions pour l'établissement ou la prestation de services, dont font partie celles qui soumettent la commercialisation de jeux de hasard à une autorisation

⁵³ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 22 juin 2017, *Unibet International*, aff. C-49/16.

⁵⁴ *Ibid.*, points 34 et s.

⁵⁵ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 20 décembre 2017, *Falbert e.a.*, aff. C-255/16.

⁵⁶ 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, la «règle technique» y étant définie comme «une spécification technique ou autre exigence ou une règle relative aux services, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont l'observation est obligatoire *de jure* ou *de facto*, pour la commercialisation, la prestation de services, l'établissement d'un opérateur de services ou l'utilisation dans un État membre ou dans une partie importante de cet État, de même que, sous réserve de celles visées à l'article 10, les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres interdisant la fabrication, l'importation, la commercialisation ou l'utilisation d'un produit ou interdisant de fournir ou d'utiliser un service ou de s'établir comme prestataire de services» (article 1^{er}, 11).



préalable, ne relèvent pas de la notion de « règle technique » et ne doivent dès lors pas être notifiées à la Commission⁵⁷.

Cette exclusion n'implique cependant pas que la règle relative à la publicité, introduite par une loi modificative de 2003 et différente quant à ses fonctions et à son champ d'application, se voie réserver le même traitement et ce, malgré le lien étroit qui existe entre les deux dispositions⁵⁸.

Ainsi, la Cour estime que, dans la seule hypothèse où la loi modificative élargit véritablement le champ d'application de la législation préexistante – ce qu'il revient au juge national de vérifier⁵⁹ –, la règle relative à la publicité qu'elle instaure doit être qualifiée de « règle technique » et oblige donc les autorités compétentes à procéder à une notification auprès de la Commission.

Le juge européen fonde sa conclusion sur le raisonnement suivant :

- la notion de « règle technique » recouvre plusieurs catégories de règles, dont celle des « règles relatives aux services ». Ce type de règles concerne uniquement, en vertu de la directive, les dispositions relatives aux *services de la société de l'information* et visant *spécifiquement* ces services⁶⁰ ;
- la disposition litigieuse, visant des services de publicité et de jeux prestés par voie électronique, concerne bien des *services de la société de l'information*⁶¹ ;
- la disposition litigieuse vise *spécifiquement* les services de la société de l'information, ayant clairement, ainsi qu'il ressort de ses travaux préparatoires, « pour finalité et pour objet d'étendre une règle existante à des services de la société de l'information »⁶².

20. Transposition des règles applicables au monde physique dans le monde virtuel.

L'idée de « canalisation », qui occupe une place centrale dans la loi du 9 novembre 1999⁶³, sert véritablement de fil conducteur au raisonnement de la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 9 novembre 2017⁶⁴.

La loi instaure, afin de contrer l'offre illégale de jeux de hasard, un système fondé sur trois catégories de licences. La licence A permet à son titulaire d'exploiter un casino, la licence B une salle de jeux automatiques, et la licence F1 est requise pour l'organisation de paris. Le deuxième pilier de ce régime consiste en l'interdiction de cumuler l'exploitation d'activités de natures différentes – c'est-à-dire relevant de licences différentes – au sein d'un même établissement.

L'avènement de la société de l'information a forcé le législateur à adapter ce dispositif afin d'y introduire des licences autorisant la fourniture de services de jeux de hasard sur des sites internet – les licences A+, B+ et F1+ –, celles-ci étant réservées aux seuls exploitants déjà titulaires de licences

⁵⁷ C.J.U.E. (1^{re} ch.), 20 décembre 2017, *Falbert e.a.*, aff. C-255/16, points 16-18.

⁵⁸ *Ibid.*, point 19.

⁵⁹ *Ibid.*, points 20-23.

⁶⁰ *Ibid.*, points 27 et 30.

⁶¹ *Ibid.*, point 29.

⁶² *Ibid.*, points 31-35.

⁶³ Loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les paris, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs, *M.B.*, 30 décembre 1999, p. 50040.

⁶⁴ C. const., 9 novembre 2017, n° 129/2017.



portant sur des activités de même nature dans le monde physique⁶⁵. Une telle restriction visant à éviter la création d'une offre supplémentaire en ligne⁶⁶.

Dans ce contexte, s'est posée la question de savoir si la loi du 7 mai 1999 était compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle n'interdisait pas que plusieurs exploitants titulaires de licences différentes puissent se réunir de manière à proposer, sur un même site internet, des jeux relevant de différentes catégories.

La Cour a répondu par la négative à cette question, rappelant que l'interdiction de cumul prévue pour le « monde réel » était destinée, d'une part, à obliger le joueur à se déplacer pour accéder à d'autres types de jeux et, d'autre part, à réduire le risque de se retrouver confronté à une offre non recherchée⁶⁷.

L'objectif de canalisation ayant également présidé à l'adoption de la législation destinée à réguler les jeux en ligne, il serait incohérent de permettre une offre centralisée de jeux de hasard de catégories différentes sur le web⁶⁸.

3. Services proposés par Uber

21. Vers une ubérisation des services? Dans le domaine de l'économie collaborative, les services proposés par Uber en matière de transport sont généralement pris en exemple pour illustrer les caractéristiques de ce modèle économique, dont le développement va croissant.

Le succès rencontré auprès des utilisateurs ne doit toutefois pas cacher l'opposition ferme affichée par certains acteurs du monde économique (en l'occurrence, les chauffeurs de taxis), qui sont soumis à des exigences – notamment sociales et fiscales – très lourdes prescrites par les dispositions légales ou réglementaires applicables. Ils constatent en effet que les plateformes de l'économie collaborative – et leurs membres – cherchent à se soustraire à de telles exigences, ce qui leur offrirait un avantage concurrentiel évident (mais déloyal).

22. Litiges soumis aux juridictions belges. En Belgique, plusieurs litiges ont contraint Uber à justifier la licéité de son service de transport (plus précisément le service UberPop), à la lumière des exigences prescrites par l'ordonnance bruxelloise du 27 avril 1995 relative aux services de taxis et aux services de location de voitures avec chauffeur. En substance, il était reproché aux chauffeurs d'Uber d'exploiter un service de taxi au sens de cette réglementation, sans disposer des autorisations requises (ce qui est interdit, et sanctionné pénalement)⁶⁹.

Par jugement du 4 mai 2015, le tribunal de police francophone de Bruxelles a ainsi confirmé que le service proposé par Uber ne ressortissait pas au covoiturage (en l'absence de trajet partagé et eu égard au bénéfice réalisé par le chauffeur) mais constituait un service de taxi, dès lors que le

⁶⁵ Loi du 7 mai 1999, article 43/8.

⁶⁶ C. const., 9 novembre 2017, B.6.2.

⁶⁷ *Ibid.*, B.8.2-3.

⁶⁸ *Ibid.*, B.8.3.

⁶⁹ À ce propos, voy. D. RENDERS et D. DE VALKENEEER, « Un taxi nommé UBER ou faut-il réformer le cadre normatif bruxellois sur les taxis ? », *C.D.P.K.*, 2015, pp. 493 et s.



service est bel et bien mis à la disposition du public⁷⁰ (ce qui était contesté par le chauffeur)⁷¹. En l'occurrence, cette mise à disposition s'opère à travers l'application UberPop, à laquelle les utilisateurs se connectent au moyen de leur smartphone.

Une autre affaire a opposé TRB (une centrale téléphonique de taxis bruxellois) à la SPRL Uber, devant le tribunal de commerce – francophone⁷², puis néerlandophone – de Bruxelles, dans le cadre d'une action en cessation commerciale. Lors de la procédure en néerlandais, où d'autres entités Uber ont par ailleurs été appelées en intervention forcée, le président du tribunal de commerce de Bruxelles se prononce le 23 septembre 2015⁷³. Dans son jugement, il s'attarde sur la condition de la rémunération, les autres exigences permettant d'opter pour la qualification de « service de taxi », au sens de l'ordonnance bruxelloise, étant satisfaites. Il décide que lorsque la compensation financière payée par le passager excède le coût réel supporté par le chauffeur, il s'agit d'un service de taxi au sens de l'article 2, 1°, de l'ordonnance. Uber BV commet dès lors un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché (suivant l'article VI.104 du C.D.E.) en transmettant les demandes des passagers à des chauffeurs ne disposant pas des licences requises. Par contre, lorsque la compensation financière ne dépasse pas le coût réel du trajet, le président du tribunal de commerce décide de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, portant notamment sur la conformité de l'exigence d'une licence, telle qu'imposée par l'ordonnance bruxelloise, à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 15, 16 et 17.1) et aux articles 49 et 56 du TFUE. La Cour juge cependant la demande de question préjudicielle manifestement irrecevable, en l'absence de description suffisamment détaillée de l'activité en cause⁷⁴.

Un litige a également été porté devant le président du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles. Il concernait cette fois la réglementation de la Communauté flamande applicable aux taxis⁷⁵, et sa conformité au principe de la libre prestation de services. Après une première décision⁷⁶, suivie d'une réouverture des débats, le président du tribunal décide que l'action en cessation est recevable mais non fondée. Il juge en effet que la réglementation de la Communauté flamande est contraire au principe de la liberté d'établissement, telle que consacrée à l'article 49 du TFUE, la société de taxis ayant intenté l'action ne démontrant pas, par ailleurs, que les mesures sont non discriminatoires, justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, propres à atteindre l'objectif poursuivi et proportionnées⁷⁷.

23. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Saisie sur questions préjudicielles par une juridiction espagnole, la Cour de justice s'est prononcée le 20 décembre 2017⁷⁸.

⁷⁰ Cfr art. 2, 1°, c), de l'ordonnance bruxelloise du 27 avril 1995.

⁷¹ Pol. Bruxelles, 4 mai 2015, CRA, 2015, p. 36, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1145.

⁷² Prés. Comm. Bruxelles (fr.), 31 mars 2014, R.G. n° A/14/01645 : le jugement a été rendu par défaut et il ordonne à Uber de cesser de proposer des courses aux chauffeurs, en l'absence d'autorisation (s'agissant d'un service de taxis).

⁷³ Prés. Comm. Bruxelles (nl.), 23 septembre 2015, *Ann. Prat. Marché*, 2015, p. 388, *R.D.I.R.*, 2015, p. 466, note N. NEYRINCK.

⁷⁴ C.J.U.E., 27 octobre 2016, *Uber Belgium BVBA et al.*, aff. C-526/15.

⁷⁵ Décret du Parlement flamand du 20 avril 2001 relatif à l'organisation du transport de personnes par la route.

⁷⁶ Prés. Comm. Bruxelles (nl.), 9 juin 2016, *Ann. Prat. Marché*, 2016, p. 562.

⁷⁷ Prés. Comm. Bruxelles (nl.), 16 février 2017, *R.A.B.G.*, 2018, p. 789.

⁷⁸ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, aff. C-434/15. Voy. aussi C.J.U.E., 10 avril 2018, *Uber France*, aff. C-320/16. Dans cet arrêt (§§ 18-23), la Cour rappelle l'analyse réalisée dans l'arrêt du 20 décembre 2017, avant de décider que « cette conclusion vaut, pour les mêmes raisons, s'agissant du service d'intermédiation en cause au prin-



La discussion portait notamment sur l'application du principe du pays d'origine (visé à l'article 3, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique), et l'interdiction corrélative, pour les États membres, pour des questions relevant du domaine coordonné, de « restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre »⁷⁹ (ainsi que les dérogations permises⁸⁰). Dans ce contexte, la Cour devait déterminer si un service mixte comme celui d'Uber peut être considéré comme un « service de la société de l'information », auquel ces exigences devraient être appliquées. Les questions préjudicielles portaient également sur l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la directive 2006/123/CE sur les services⁸¹.

Conformément à la législation applicable, la fourniture de services de taxi urbain est en effet subordonnée à une autorisation préalable délivrée par les autorités compétentes. Comme le résume la Cour dans son arrêt du 20 décembre 2017, « par ses première et deuxième questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 56 TFUE, lu conjointement avec l'article 58, paragraphe 1, TFUE, ainsi que l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2006/123 et l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34, auquel renvoie l'article 2, sous a), de la directive 2000/31, doivent être interprétés en ce sens qu'un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain, doit être qualifié de "service dans le domaine des transports", au sens de l'article 58, paragraphe 1, TFUE, et, partant, exclu du champ d'application de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 et de la directive 2000/31, ou, au contraire, si ce service relève de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 ainsi que de la directive 2000/31 »⁸². L'application de ces derniers textes permettraient en effet de conclure que l'autorisation préalable prescrite par la législation espagnole est contraire à la libre prestation de services et à l'interdiction de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information.

En décomposant les éléments constituant le service offert par Uber, on peut distinguer un service de la société de l'information (le service d'intermédiation consistant à mettre en relation le passager et le chauffeur non professionnel au moyen de l'application de son smartphone) et le service de transport en tant que tel. Pour ce dernier, la Cour constate qu'Uber offre ce service de transport urbain et organise son fonctionnement général⁸³. Aussi la Cour conclut-elle qu'il s'agit

cipal, dès lors qu'il ressort des informations dont dispose la Cour que ce service ne se distingue pas substantiellement de celui qui est décrit au point 21 du présent arrêt, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier» (§ 24). Aucune obligation de notification préalable à la Commission, conformément à la directive 98/34/CE, n'était donc requise pour la réglementation en cause.

⁷⁹ Art. 3, § 2, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

⁸⁰ Art. 3, § 4, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

⁸¹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O. L 376 du 27 décembre 2006.

⁸² C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, aff. C-434/15, point 33.

⁸³ *Ibid.*, points 37 et s. On retient en particulier le § 39: « il ressort des informations dont la Cour dispose que le service d'intermédiation d'Uber repose sur la sélection de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule auxquels cette société fournit une application sans laquelle, d'une part, ces chauffeurs ne seraient pas amenés à fournir des services de transport et, d'autre part, les personnes désireuses d'effectuer un déplacement urbain n'auraient pas recours aux services desdits chauffeurs. De surcroît, Uber exerce une influence décisive sur les conditions



d'un « service global dont l'élément principal est un service de transport »⁸⁴, ce qui exclut l'application de la directive 2000/31/CE à ce service d'intermédiation⁸⁵, ainsi que la directive 2006/123/CE⁸⁶ et l'article 56 du TFUE⁸⁷.

La question de la compatibilité de la législation espagnole imposant des conditions d'accès pour la fourniture du service de transport aux principes de libre prestation établis par ces textes ne se pose donc pas, puisqu'ils ne sont pas applicables audit service.

Il en résulte par ailleurs que le service fourni par l'application mobile d'Uber aux utilisateurs (passagers et chauffeurs non professionnels) n'est pas soumis aux exigences d'information prescrites par les articles 5 et suivants de la directive sur le commerce électronique, ou à l'exonération de responsabilité établie aux articles 12 et suivants.

Cette conséquence ne nous paraît pas conforme à la *ratio legis* de la directive sur le commerce électronique : l'objectif est en effet de compléter le cadre normatif applicable par ailleurs, en ajoutant une couche de règles justifiées par les risques spécifiques posés par le recours aux technologies de l'information et de la communication. Or, à suivre la Cour de justice, il faudrait exclure l'application de ces règles dès l'instant où le service de la société de l'information constitue une composante du service pris dans sa globalité, et qu'il ne s'agit pas de l'élément principal (cet élément principal étant le service de transport, dans l'arrêt *Uber*, soumis par ailleurs à un autre cadre normatif). On peut comprendre l'analyse de la Cour pour l'application des principes tenant à la libre circulation. Mais il nous paraît regrettable que les effets collatéraux de cette qualification exclusive – la non-application des autres dispositions de la directive sur le commerce électronique – n'aient pas été pris en compte.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'application de l'analyse de la Cour de justice dans cet arrêt *Uber* aux autres activités de l'économie collaborative (plateformes de location de logements, de ventes de biens de seconde main, de *crowdfunding*, etc.).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Uber* du 20 décembre 2017, l'avocat général apporte des éléments de réponse, qui peuvent être pertinents pour certaines de ces hypothèses. Il écrit en effet que « bien évidemment, des similitudes existent, par exemple du fait des mécanismes de réservation ou d'achat directement sur la plateforme, des facilités de paiement ou encore des systèmes d'évaluation. Ce sont des services offerts par la plateforme à ses utilisateurs. Cependant, contrairement à la situation des chauffeurs d'Uber, tant les hôtels que les compagnies aériennes sont des entreprises dont le fonctionnement est totalement indépendant de toute plateforme intermédiaire et pour lesquelles de telles plateformes ne constituent qu'un moyen parmi d'autres de commercialiser leurs services. Ce sont elles aussi, et non pas les plateformes de réservation, qui

de la prestation de tels chauffeurs. Sur ce dernier point, il apparaît notamment qu'Uber établit, au moyen de l'application éponyme, à tout le moins le prix maximum de la course, que cette société collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion ».

⁸⁴ *Ibid.*, point 40.

⁸⁵ *Ibid.*, point 42.

⁸⁶ *Ibid.*, point 43.

⁸⁷ *Ibid.*, point 44.



déterminent les conditions de prestation de leurs services, à commencer par les prix. Ces entreprises fonctionnent aussi selon les réglementations propres à leur secteur d'activité, de sorte que les plateformes de réservation n'exercent pas de contrôle préalable d'accès à l'activité comme le fait Uber concernant ses chauffeurs. Enfin, les utilisateurs ont, sur une telle plateforme de réservation, un véritable choix entre plusieurs prestataires dont les offres diffèrent sur plusieurs facteurs importants de leur point de vue, comme les standards du vol ou du logement, les horaires des avions, l'emplacement de l'hôtel, etc. En revanche, chez Uber, ces facteurs sont standardisés et déterminés par la plateforme, de sorte que, en règle générale, le passager acceptera la prestation du chauffeur le plus rapidement disponible. Uber n'est donc pas un simple intermédiaire entre des chauffeurs prêts à proposer occasionnellement un service de transport et des passagers à la recherche d'un tel service. Tout au contraire, Uber est un véritable organisateur et opérateur de services de transport urbain dans les villes dans lesquelles il est présent. S'il est vrai, comme l'affirme Uber dans ses observations dans la présente affaire, que son concept est innovant, cette innovation relève cependant du domaine du transport urbain⁸⁸.

C. Publicité en ligne

24. Pratiques publicitaires en ligne et règles générales encadrant la publicité. Pour diverses raisons, notamment économiques, l'internet et les technologies de l'information constituent un mode de communication auquel les annonceurs recourent fréquemment pour diffuser leurs publicités. Sans surprise, certaines d'entre elles génèrent des contentieux soumis aux juridictions compétentes (en général, il s'agit d'une action en cessation commerciale initiée par une entreprise contre une autre entreprise). Le cas échéant, des dispositions légales ou réglementaires spécifiques aux publicités sur les réseaux peuvent être utilement invoquées par les parties. On constate cependant que, dans la majorité des cas, le demandeur se fondera sur les règles générales encadrant la publicité, dont l'application n'est pas limitée à un mode de communication déterminé (affiches, spot radio ou TV, internet). Eu égard à l'objet de la présente chronique, nous limiterons notre analyse à certaines décisions dans lesquelles la publicité est diffusée au moyen des TIC.

On peut par exemple citer un arrêt rendu le 29 avril 2015 par la cour d'appel de Bruxelles, dans un litige qui opposait Belgacom à Nethys, à propos de leurs offres sous forme de packs TV/téléphone/internet, et des campagnes publicitaires menées à ce propos à travers différents médias, et notamment sur le site internet de Nethys⁸⁹. La cour juge en effet que le message publicitaire constitue une pratique commerciale déloyale, trompeuse par omission au sens de l'article VI.99 du Code de droit économique (et, partant, un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché sur le fondement de l'article VI.104 du C.D.E.). En omettant d'indiquer sur la page d'accueil du site que l'offre litigieuse ne s'adresse pas à tous les consommateurs, mais seulement à certains d'entre eux, Nethys dissimule des informations substantielles. Ce faisant, elle « conduit le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé désireux d'en profiter à passer plus de temps sur internet soit en le dirigeant, lorsqu'il clique sur le rectangle rose mentionnant "Duo malin 10 euros par mois net + tél" vers le processus d'abonnement général pour l'ensemble

⁸⁸ Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar, présentées le 11 mai 2017, aff. C-434/15, §§ 58-61.

⁸⁹ Bruxelles, 29 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1324.



des produits de Nethys disponibles dans sa commune, soit en le laissant découvrir les différentes pages du site et dès lors l'ensemble de la gamme des produits de Nethys et non directement le produit Duo malin en cause, ce qui constitue une altération substantielle de son comportement économique». Ainsi est-il amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Toujours dans le secteur des communications électroniques, à l'occasion d'un litige opposant Base à Mobistar, ce dernier reproche notamment à son concurrent l'envoi d'un courriel aux clients de Mobistar, où ceux-ci sont encouragés à changer d'opérateur mobile, eu égard à divers avantages que Base leur offrirait par rapport à Mobistar (la cour se penche par ailleurs sur d'autres messages publicitaires notamment de Mobistar, et qui sont contestés par Base)⁹⁰. Dans un arrêt rendu le 16 février 2016, la cour d'appel de Bruxelles examine les pratiques contestées à la lumière des règles applicables aux publicités comparatives, telles qu'elles figurent à l'article VI.17 du Code de droit économique. Est ainsi jugé illicite le fait de mentionner une économie de 46% sur les tarifs téléphoniques, sans permettre aux destinataires du message de prendre connaissance des éléments de la comparaison, pour vérifier leur exactitude et, ainsi, vérifier si l'économie vantée est correcte. On rappelle en effet que toute publicité comparative doit comparer «objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie»⁹¹. Ne satisfait pas non plus à cette exigence une référence à des événements futurs et incertains.

25. Limites d'espace ou de temps à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une omission trompeuse. L'article VI.99 du Code de droit économique interdit les omissions trompeuses, en ce qu'elles constituent des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs (suivant la norme semi-générale).

Par arrêt du 6 février 2015, la cour d'appel de Bruxelles tranche un litige opposant un pharmacien vendant des médicaments sur l'internet à l'Association pharmaceutique belge (APB), suite à la diffusion, par cette dernière, d'un message suivant lequel «Mon papa, il est plus fort qu'internet, car ses médicaments à lui ne sont jamais mauvais»⁹². Il est notamment diffusé à la radio, sur le site internet de l'Association et sur YouTube. La cour décide qu'«en ce qu'il stigmatise sans nuance la vente de médicaments sur le net, en affirmant que ces médicaments y sont parfois mauvais, alors qu'il existe des pharmaciens qui exercent leur profession au travers des pharmacies online parfaitement légales qui délivrent des médicaments qui ne sont jamais mauvais, le message incriminé est trompeur par omission sur les risques encourus par le consommateur». En outre, la publicité est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement (par exemple, acheter des médicaments sur l'internet). Les limites d'espace et de temps étaient invoquées pour justifier le manque de nuance du slogan choisi mais la cour rejette l'argument, dès lors qu'il était d'après elle possible de faire passer un message correct «en quelques mots». Par exemple, l'APB aurait pu indiquer que «Mon papa il est plus fort que les sites illégaux qu'on trouve sur internet, car ses médicaments à lui ne sont jamais mauvais».

⁹⁰ Bruxelles, 16 février 2016, *Ann. Prat. Marché*, 2016, p. 61.

⁹¹ Art. VI.17, 3°, du C.D.E.

⁹² Bruxelles, 6 février 2015, *Ann. Prat. Marché*, 2015, p. 228.



L'argument de la limite d'espace est également rejeté par la cour d'appel de Bruxelles dans le litige, précité, opposant Nethys à Belgacom (*supra*, n° 24) : celle-ci relève en effet que, sur la page d'accueil du site internet de Nethys, « l'espace est là », en soulignant que, pour d'autres produits vantés sur cette même page, des informations complémentaires sont données⁹³.

La justification des limites d'espace et de temps était également invoquée dans un litige porté devant la Cour de justice, sur question préjudicielle. Il s'agissait pour la Cour de déterminer si le fait de ne pas mentionner l'adresse géographique et l'identité du professionnel dans une publicité imprimée constitue une omission trompeuse au sens de l'article 7, § 4, d), de la directive 2005/29/CE, « lorsque ces produits sont achetés, par les consommateurs, par le biais du site internet, indiqué sur la publicité, de l'entreprise qui est l'auteur de cette publication et que ces informations sont facilement accessibles sur ce site internet ou par le biais de ce dernier »⁹⁴. La Cour rappelle que, pour apprécier l'existence d'une omission trompeuse, il faut notamment tenir compte du contexte de l'invitation à l'achat, ainsi que des caractéristiques du produit et du moyen de communication, qui peut imposer des limites d'espace (comme la publication papier, susceptible de renvoyer vers un très grand nombre de vendeurs professionnels actifs sur la plateforme). Encore faut-il que les informations en question puissent être obtenues facilement sur le site internet de la plateforme ou par le biais de ce dernier, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier⁹⁵.

En pratique, il est fréquent que les annonceurs omettent volontairement certaines informations dans le spot TV ou radio, et tout en renvoyant vers le site internet du prestataire pour davantage de détails. Pour établir si l'absence desdites informations dans le spot TV ou radio est une pratique commerciale déloyale (omission trompeuse), la justification des limites d'espace ou de temps peut être prise en compte. La Cour de justice insiste cependant sur le fait qu'eu égard au libellé des dispositions interdisant les omissions trompeuses, lues « à la lumière de l'objectif poursuivi par la [...] directive, consistant à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, les limites d'espace ou de temps qu'impose le moyen de communication utilisé doivent être mises en balance avec la nature et les caractéristiques du produit concerné, en vue de déterminer si le professionnel concerné se trouvait effectivement dans l'impossibilité d'inclure les informations en cause ou de les fournir de manière claire, intelligible et univoque dans la communication initiale »⁹⁶. C'est dans cette hypothèse seulement que l'omission de certaines informations, combinée au renvoi vers le site internet (qui les mentionne) est autorisée.

On précise encore que l'existence de limites d'espace ou de temps ne peut être invoquée que pour justifier une pratique trompeuse par omission. Pour les pratiques trompeuses par action (visées principalement à l'article VI.97 du C.D.E), ces circonstances ne sont pas mentionnées et, d'après la Cour de justice, elles ne peuvent pas être prises en considération⁹⁷.

⁹³ Bruxelles, 29 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1324.

⁹⁴ C.J.U.E., 30 mars 2017, *Verband Sozialer Wettbewerb eV c. DHL Paket GmbH*, aff. C-146/16, point 24.

⁹⁵ *Ibid.*, point 30.

⁹⁶ C.J.U.E., 26 octobre 2016, *Canal Digital Danmark A/S*, aff. C-611/14, point 62.

⁹⁷ *Ibid.*, point 42.



D. Conclusion des contrats à distance et par voie électronique

26. Panorama des questions traitées par la jurisprudence. Nous analysons les décisions rendues en matière d'obligations d'information et de formes corrélatives, en insistant notamment sur la notion de support durable et sur les sanctions susceptibles d'être appliquées en cas de non-respect des règles impératives (1). Plusieurs décisions concernent également l'opposabilité des conditions générales, en particulier dans l'environnement numérique (2).

Indépendamment des aspects précités, on peut aussi mentionner une décision rendue le 21 mai 2015 par le juge de paix de Fontaine-l'Évêque, où ce dernier décide qu'«en matière de contrats à distance, sauf dérogation contractuelle, le contrat est conclu lorsque l'acceptation parvient à l'offrant. En matière civile, lorsque le pollicitant se prévaut de l'acceptation par le destinataire de l'offre, en principe, il doit en fournir la preuve écrite»⁹⁸.

1. Obligations d'information et exigences de forme

a. Notions de «support durable» et de «fourniture» des informations

27. Antécédents – L'arrêt *Content Services*. Dans une édition précédente de la chronique, nous avons commenté l'arrêt *Content Services* rendu le 5 juillet 2012 par la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁹, qui précise l'interprétation à donner aux notions de «support durable» et de «fourniture» d'information, pour établir si (et à quelles conditions) le renvoi par un lien hypertexte vers un site internet est susceptible de répondre à ces exigences.

28. Notion de support durable dans l'arrêt *Home Credit Slovakia*. Le législateur européen utilise fréquemment l'exigence de «support durable», spécialement lorsque l'objectif poursuivi consiste à protéger le consommateur.

Ainsi que le rappelle la Cour de justice dans l'arrêt *Home Credit Slovakia sa*, concernant la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, «en se référant, notamment, à la définition de "support durable" contenue à l'article 3, sous m), de la directive 2008/48, la Cour a jugé que ce support doit garantir au consommateur, de manière analogue à un support papier, la possession des informations concernées pour lui permettre de faire valoir, le cas échéant, ses droits. Est pertinente à cet égard la possibilité, pour le consommateur, de stocker les informations qui lui ont été adressées personnellement, la garantie de l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et la possibilité de les reproduire telles quelles»¹⁰⁰.

29. «Support durable» et «fourniture» des informations à travers la boîte aux lettres électronique d'un système d'internet banking. L'analyse opérée par la Cour de justice dans l'affaire *Content Services* est affinée dans l'arrêt *Bawag*, rendu le 25 janvier 2017¹⁰¹.

⁹⁸ J.P. Fontaine-l'Évêque, 21 mai 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 460.

⁹⁹ J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, «Contrats de l'informatique et commerce électronique (2012-2014)», *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information, R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 18 et s.

¹⁰⁰ C.J.U.E., 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia sa*, aff. C-42/15, point 35.

¹⁰¹ C.J.U.E., 25 janvier 2017, *BAWAG PSK Bank*, aff. C-375/15.



La question se posait de savoir si le procédé utilisé par un prestataire de services de paiements pour communiquer les informations légalement requises aux utilisateurs¹⁰² – transmission au moyen d'une boîte aux lettres électronique intégrée au site d'*internet banking* du prestataire – respecte l'exigence de « fourniture » des informations sur un « support durable », telle qu'elle figure dans la directive 2007/64/CE.

Tout en rappelant les enseignements de ses précédents arrêts, la Cour veille à confirmer que certains sites internet peuvent être qualifiés de « support durable »¹⁰³. Elle précise en effet que « tel est le cas lorsqu'un site internet permet à l'utilisateur de services de paiement de stocker les informations qui lui sont personnellement adressées d'une manière telle que ces informations puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à leur finalité ainsi que reproduites à l'identique. En outre, pour qu'un site internet puisse être considéré comme étant un "support durable", au sens de cette disposition, toute possibilité de modification unilatérale de son contenu par le prestataire de services de paiement ou par un autre professionnel auquel la gestion de ce site a été confiée doit être exclue »¹⁰⁴. Elle ajoute que l'objectif poursuivi est la protection des utilisateurs de services de paiement, parmi lesquels figurent des consommateurs¹⁰⁵. L'exclusion de toute possibilité de modification unilatérale du contenu doit d'après nous être interprétée raisonnablement, sous peine de refuser la qualification de « support durable » à de très nombreux procédés, pourtant utilisés en pratique. On rappelle par ailleurs que, dans l'environnement « papier » traditionnel, le caractère inaltérable du support est loin d'être absolue.

Concernant l'exigence de « fourniture » des informations, la Cour veille à clairement distinguer cette modalité de transmission des informations, qui requiert du prestataire qu'il « communique activement les informations concernées, sans autre sollicitation de la part de l'utilisateur », de la « mise à disposition » des informations, où il incombe à l'utilisateur de « prendre activement des mesures afin d'obtenir les informations »¹⁰⁶. En l'espèce, il s'agit d'une boîte aux lettres intégrées au service d'*internet banking*, qui n'est utilisée que pour cette finalité et que le consommateur ne consulte pas de manière systématique et régulière. La Cour veille cependant à préciser que « les informations concernées qui sont transmises par le prestataire de services de paiement à l'utilisateur de ces services au moyen d'un site internet de banque en ligne peuvent être considérées comme étant fournies, au sens de l'article 41, paragraphe 1, de la directive 2007/64, si une telle transmission est accompagnée d'un comportement actif de ce prestataire destiné à porter à la connaissance de cet utilisateur l'existence et la disponibilité de ces informations sur ledit site »¹⁰⁷.

¹⁰² Voy., en particulier, l'article 41, § 1^{er}, de la directive 2007/64/CE, ainsi que l'article 44, § 1^{er}, qui renvoie à cette disposition.

¹⁰³ C.J.U.E., 25 janvier 2017, *BAWAG PSK Bank*, aff. C-375/15, points 42-43.

¹⁰⁴ *Ibid.*, point 44.

¹⁰⁵ Il appartient évidemment à la juridiction de renvoi de s'assurer que cette condition est satisfaite en l'espèce. Tel semble être le cas ici : la Cour indique en effet dans l'exposé des faits qu'« [i]l ressort de la décision de renvoi que les messages envoyés dans les boîtes électroniques dédiées aux consommateurs qui se trouvent sur le site internet de banque en ligne *e-banking* y subsistent sans modification et ne sont pas supprimés pendant une période adaptée aux fins de l'information de ces consommateurs, de telle sorte qu'ils peuvent être consultés et reproduits à l'identique par voie électronique ou imprimés. Ces messages peuvent être gérés par les consommateurs et, le cas échéant, effacés par ceux-ci ».

¹⁰⁶ C.J.U.E., 25 janvier 2017, *BAWAG PSK Bank*, aff. C-375/15, point 47.

¹⁰⁷ *Ibid.*, point 50. À titre d'exemple, la Cour ajoute que « ainsi que l'a relevé en substance M. l'avocat général au point 79 de ses conclusions, peut notamment constituer un tel comportement l'envoi d'une lettre ou d'un courriel à l'adresse



b. *Preuve du respect des obligations et sanction en cas de défaut*

30. Qui doit prouver et comment procéder ? Conformément à l'article VI.62 du Code de droit économique, en matière de contrats à distance, «il incombe à l'entreprise de fournir la preuve qu'elle a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, à son exécution pendant le délai de rétractation». Par ailleurs, les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire restent d'application pour le surplus, au moment d'établir sur quelle partie repose la charge de la preuve – et le risque corrélatif de perdre le procès en cas de défaut.

Leur application est, par exemple, illustrée dans un jugement prononcé le 18 septembre 2015 par le juge de paix de Bruxelles¹⁰⁸, dans un litige relatif au paiement des factures de consommation d'énergie (gaz), d'un montant de 842,76 euros. Un contrat aurait été conclu par internet, ce que le consommateur conteste, s'estimant victime d'une usurpation d'identité. Une plainte a d'ailleurs été déposée, avant d'être classée sans suite. Le juge décide que «le contrat ou le paiement des facturations et/ou provisions par le [consommateur] relatif à la fourniture de gaz et d'électricité n'est pas établi». Il ajoute qu'«on ne peut pas exiger du [consommateur] la preuve réelle et absolue du délit dont il se dit victime. La vraisemblance du délit commis par un tiers, en l'occurrence A., est établie de sorte qu'il y a un doute sur la réalité du contrat». Tenant compte également du fait qu'il n'y a aucun lien entre l'adresse de livraison et le consommateur (dont il n'est ni occupant ni propriétaire), il est décidé que «le doute est apprécié au détriment de celui qui a le fardeau de la preuve de l'existence du contrat», ce qui conduit le juge à déclarer la demande non fondée.

Concernant les modes de preuve susceptibles d'être mis en œuvre, la question s'est posée de savoir si le silence du consommateur pouvait servir à établir l'existence du contrat. Le juge de paix de Forest a répondu par l'affirmative, dans un jugement du 13 novembre 2015¹⁰⁹. L'affaire opposait un consommateur à une entreprise de fourniture d'énergie, dans un litige relatif au paiement de factures de gaz et d'électricité, d'un montant de 3.006,35 euros. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu à distance, par téléphone, suivi d'une confirmation écrite transmise par le fournisseur. En dépit de la demande de celui-ci (avec rappel), le consommateur n'a jamais renvoyé d'exemplaire du contrat dûment signé. Constatant que le client n'a jamais contesté avoir effectivement consommé l'énergie, et qu'il a reçu la demande de confirmation du contrat par écrit, ainsi que les factures sans réagir, le juge dit la demande fondée et condamne le consommateur au paiement de la somme litigieuse. Il écarte ainsi l'argument tiré de l'absence d'écrit, au sens de l'article 1341 du Code civil (empêchant le fournisseur d'énergie de prouver le contrat, suivant la thèse défendue par le consommateur). Après avoir rappelé la possibilité de prouver un contrat au moyen d'un aveu, le juge décide que «l'une des formes de l'aveu est l'exécution du contrat par les

habituellement utilisée par l'utilisateur de ces services pour communiquer avec d'autres personnes et dont les parties ont convenu de l'utilisation dans un contrat-cadre conclu entre le prestataire de services de paiement et cet utilisateur. L'adresse ainsi choisie ne saurait, cependant, être celle dédiée audit utilisateur sur le site internet de banque en ligne géré par le prestataire de services de paiement ou par un autre professionnel auquel la gestion de ce site a été confiée dans la mesure où ledit site, même s'il contient une boîte à lettres électronique, n'est pas utilisé par le même utilisateur aux fins de sa communication habituelle avec d'autres personnes que ce prestataire ».

¹⁰⁸ J.P. Bruxelles, 18 septembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 462.

¹⁰⁹ J.P. Forest, 13 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 463, note H. JACQUEMIN, « Qui ne dit mot consent ? – Le silence du consommateur peut-il constituer une preuve de l'existence du contrat ? ».



parties. En consommant l'énergie tout en étant très précisément avertie des conditions de cette consommation par l'envoi du contrat et des factures, M^{me} B. a implicitement mais certainement exécuté le contrat de consommation d'énergie». Ainsi le juge ne se fonde-t-il pas uniquement sur le silence du consommateur. Il tient compte également des circonstances qui l'entourent, et qui donnent une signification univoque à l'attitude du consommateur. Lorsqu'il admet le silence «circonstancié» au titre de preuve de l'aveu en action, le jugement du 13 novembre 2015 doit, d'après nous, être approuvé. On insiste cependant sur le fait que le silence seul aurait été insuffisant: seules les circonstances qui l'entourent sont suffisamment «parlantes» pour donner un sens univoque au comportement du débiteur. C'est du reste conforme à la jurisprudence – de la Cour de cassation, notamment – qui refuse de considérer que le silence constitue dans tous les cas la preuve d'un aveu extrajudiciaire, et ne l'admet, le cas échéant, qu'en vertu d'une disposition légale ou à l'issue d'une analyse *in concreto* des faits de la cause, et plus précisément des circonstances qui entourent le silence¹¹⁰.

31. Pratique commerciale déloyale sanctionnée conformément à l'article VI.38 du Code de droit économique. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites par les articles VI.92 et suivants du Code de droit économique. Le non-respect des obligations d'information (et des formalités corrélatives) imposées aux entreprises qui concluent des contrats à distance et par voie électronique, avec des consommateurs, peut constituer une telle pratique. Les litiges fondés sur ces dispositions sont généralement initiés par une entreprise, contre une autre entreprise, pour faire cesser ce qu'elles considèrent être un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché (art. VI.104 du C.D.E.). Plus rarement, elles servent à fonder utilement la défense d'un consommateur, opposé à une entreprise qui lui réclame le paiement d'une facture. De telles dispositions sont d'autant plus efficaces que leur violation peut autoriser le consommateur à bénéficier de la sanction civile spécifique de l'article VI.38 du Code de droit économique.

Tel est le cas dans un litige tranché par le juge de paix de Charleroi le 1^{er} février 2017¹¹¹. L'action est introduite par une entreprise active dans le secteur de la fourniture de gaz et d'électricité. Elle réclame à un consommateur, Monsieur O., le paiement d'une somme de 1.078,72 euros, à augmenter des intérêts judiciaires ainsi que des frais et dépens. Le contrat a été conclu par voie électronique, à travers le site internet du fournisseur. Ce dernier a transmis au consommateur un courriel de confirmation, contenant les données d'identification du consommateur, les adresses de livraison et de facturation et indiquant qu'il s'agit d'un tarif «Energybox» fixe d'un an. Il est également précisé que de plus amples informations à ce propos peuvent être trouvées sur le site internet du fournisseur.

Le juge de paix constate que le fournisseur d'énergie n'a pas respecté les obligations d'information relatives au prix (ou son mode de calcul), telles que prescrites par l'article VI.46, § 7, du Code de droit économique, dans le domaine des contrats à distance ne portant pas sur des services financiers. Il est intéressant de noter que les termes utilisés par le juge de paix de Charleroi pour

¹¹⁰ Cass., 18 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 61. En ce sens, voy. ég. Cass., 27 février 1998, *Arr. Cass.*, 1998, p. 248; Gand, 17 mars 2005, *T.G.R.*, 2007, p. 319; Cass., 1^{er} juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1055; J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 508; J.P. Fontaine-l'Évêque, 4 août 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 127; J.P. Fontaine-l'Évêque, 13 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1723.

¹¹¹ J.P. Charleroi, 1^{er} février 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 510, note H. JACQUEMIN, «Manquement à l'obligation d'information sanctionné conformément à l'article VI.38 du Code de droit économique».



constater le manquement de l'entreprise à son obligation d'information renvoient également aux exigences à respecter pour décider si les conditions générales d'un prestataire sont opposables à leur destinataire (sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 33 et s.). Précisément, on peut lire dans le jugement que, « au regard des éléments du dossier et des explications présentées à l'audience, le tribunal considère que la partie demanderesse reste en défaut d'apporter la preuve que le consommateur a, de manière concrète et effective, *pris connaissance de toutes les conditions* régissant les relations contractuelles qui allaient se nouer entre les parties et qu'il les a *acceptées*. Ce constat s'applique tant aux conditions tarifaires qu'aux conditions générales que la partie demanderesse entend voir appliquer »¹¹².

Le non-respect, par l'entreprise, de son obligation de confirmation des informations conformément à l'article VI.46, § 7, du C.D.E., ne fait pas l'objet d'une sanction civile spécifique.

Aussi le juge de paix de Charleroi s'attache-t-il à démontrer qu'il existe par ailleurs une pratique commerciale trompeuse par omission, déloyale au sens de l'article VI.99 du Code de droit économique, ce qui lui permet d'appliquer ensuite la sanction civile de l'article VI.38 du même Code.

En l'occurrence, le consommateur n'avait payé aucun des montants qui lui étaient réclamés. Aussi le juge pouvait-il difficilement condamner l'entreprise au remboursement des sommes versées. L'objectif est néanmoins de parvenir au même résultat. Aussi conclut-il qu'aucun montant n'est dû par le consommateur – nonobstant la fourniture du service, pour un montant de plus de 1.000 euros – ce qui l'amène à déclarer l'action non fondée.

32. Assimilation à un achat forcé. La mesure prévue à l'article VI.38 du C.D.E. n'est pas neuve. Elle existait déjà sous l'empire de la LPCC de 1991, notamment en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, avec l'assimilation du contrat à distance à une vente forcée, lorsque la confirmation que le consommateur doit recevoir n'est pas munie d'une clause spécifique indiquant qu'il dispose d'un droit de renonciation (art. 79, § 1^{er}, 2^o, LPCC¹¹³)¹¹⁴. Les travaux préparatoires indiquent d'ailleurs que la sanction de l'achat forcé a servi de source d'inspiration¹¹⁵.

¹¹² C'est nous qui soulignons. Plus loin dans la décision, on peut lire que « le tribunal constate qu'aucune de ces données n'est mentionnée dans la confirmation du contrat ce qui confirme le défaut de la partie demanderesse d'établir que Monsieur O. aurait *pris connaissance, en les agréant*, des conditions qui régiraient les relations contractuelles entre parties » (c'est nous qui soulignons).

¹¹³ L'article 79, § 1^{er}, 2^o, *in fine*, de la LPCC énonce en effet que « le produit ou le service est réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le produit ou le service ni de le restituer ». Le contrat est maintenu mais les obligations qui en résultent sont modifiées. Le cocontractant de la partie faible subit donc un préjudice financier puisqu'il ne peut pas obtenir de contrepartie économique au bien livré ou au service fourni. Voy. aussi l'article 76 de la LPCC interdisant les achats forcés et les sanctionnant de la même manière. Pour une application, voy. Bruxelles, 20 décembre 2005, *Ann. Prat. Comm.*, 2005, p. 451 et Civ. Bruxelles, 12 novembre 2015, R.G. n° 12/11375/A, inédit, qui décide qu'il « ressort des éléments soumis au tribunal [...] que les informations les plus importantes (art. 79 LPC) – et notamment les conditions d'exercice par M. T. de son droit de renonciation – ne lui ont pas été communiquées sur un support écrit ou un autre support durable ». Aussi le consommateur n'est-il pas tenu de payer les montants dus en exécution du contrat de téléphonie/TV/internet conclu à distance.

¹¹⁴ On note que cette sanction, particulièrement sévère, est également prévue à l'article 94/14, §§ 2 et 3, de la LPCC, si le contrat a été conclu à la suite d'une pratique commerciale déloyale.

¹¹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2983/001, p. 38.



2. *Opposabilité des conditions générales*

33. Exigences à respecter pour que les conditions générales soient opposables. En complément aux obligations d'information spécialement applicables lorsque le contrat est conclu à distance (et, le cas échéant, par voie électronique), ou indépendamment de celles-ci (dans des relations entre entreprises, par exemple), il repose sur la partie qui entend se prévaloir des dispositions contractuelles figurant dans ses conditions générales, de démontrer que celles-ci sont opposables à leur destinataire.

Plus précisément, deux exigences sont généralement rappelées pour garantir la «force obligatoire» – expression préférée par la doctrine à celle d'«opposabilité» – des conditions générales: le destinataire doit avoir la possibilité de prendre connaissance des conditions générales, de manière effective, avant la conclusion du contrat, et il doit les avoir acceptées de manière certaine (fût-ce tacitement)¹¹⁶.

Après avoir rappelé ces conditions, le juge de paix de Fontaine-l'Évêque ajoute pertinemment, dans un jugement du 15 février 2016, que «la charge de la preuve incombe au professionnel qui propose le service. Lorsque l'entreprise propose un contrat électronique qui invite le consommateur à adhérer [à] ses conditions générales en cochant une case *ad hoc* du formulaire en ligne, elle doit veiller à ce que, dans le processus d'adhésion, un lien renvoie expressément le client, de manière claire et explicite: – soit vers une page qui contient le texte intégral des conditions générales, – soit vers un fichier (de type texte ou pdf)»¹¹⁷. Il mentionne aussi les conditions de l'article 8, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, désormais abrogé et intégré, à droit constant, à l'article XII.7, § 2, du Code de droit économique, aux termes duquel «les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire».

34. Applications en jurisprudence. Dans un litige opposant un opérateur de téléphonie/TV/internet, qui réclamait le paiement de ses factures au consommateur, ainsi que l'application d'intérêts conventionnels, d'une indemnité de résiliation et d'une clause pénale, comme prévu dans ses conditions générales, le tribunal de première instance de Bruxelles a jugé, le 12 novembre 2015, que «le renvoi au recto des factures envoyées par Belgacom à M. T., selon lequel "par le paiement de la présente facture, le client reconnaît avoir pris connaissance et accepter les conditions générales et spécifiques relatives aux produits et services mentionnés sur la facture [...]. Extrait des conditions générales de téléphonie et de location de postes téléphoniques simples au verso" [...] n'énerve en rien ce qui précède. En effet, M. T. n'a payé aucune des factures lui

¹¹⁶ Sur l'opposabilité des conditions générales, en particulier lorsqu'elles sont fournies en ligne, voy. Q. VAN ENIS, «L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?», in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 9-36; I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, «Les conditions générales en ligne: cherchez l'intrus», *R.D.T.I.*, 2009, pp. 11-28; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n^{os} 193 et s.; P.-A. FORIERS, «Conditions générales de vente», in *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 52 et s.; D. PHILIPPE et L.-A. NYSENS, «L'opposabilité des conditions générales», in *Contrats et protection des consommateurs*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 109 et s.; C. HÉLAS, «L'opposabilité des conditions générales contractuelles en ligne. Error 404: this page cannot be found», note sous Cass., 16 septembre 2016, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 155 et s.

¹¹⁷ J.P. Fontaine-l'Évêque, 15 février 2016, *J.J.P.*, 2018, p. 24.



adressées par Belgacom, et partant, n'a jamais marqué son acceptation de l'extrait des conditions générales figurant au dos de celles-ci»¹¹⁸. Par ailleurs, le tribunal relève que Belgacom n'apporte pas la preuve que les conditions générales auraient été portées à la connaissance du destinataire et qu'il les aurait acceptées.

Il faut également mentionner un arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 2016¹¹⁹, à l'occasion duquel était discutée la première exigence de la force obligatoire des conditions générales, à savoir la possibilité pour le destinataire d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat. Les demanderesses en cassation souhaitant bénéficier d'une période de trois mois au cours de laquelle des vérifications seraient faites pour s'assurer que les logiciels utilisés l'étaient en conformité avec les conditions de la licence, il leur incombait de s'inscrire en ligne auprès de BSA et, dans ce contexte, d'accepter les conditions contractuelles *ad hoc* en cochant la case «j'accepte ces conditions», ce qu'elles ont fait. Un lien hypertexte redirigeant vers les conditions était prévu mais il est apparu que la page de renvoi était introuvable: plus précisément, en cliquant sur le lien, le message d'erreur suivant était affiché: «*The page cannot be found*» (ce qui est attesté par un constat d'huissier). La cour d'appel d'Anvers a jugé qu'en cochant la case, le demandeur a «indiqué avoir pris connaissance de ces conditions» et que le constat d'huissier faisant état du message d'erreur «ne peut rien changer à ce qui précède, ni davantage ses constatations identiques ultérieures». L'arrêt est cassé par la Cour de cassation. Après avoir rappelé que le consentement est une condition essentielle de validité des contrats, conformément à l'article 1108 du Code civil, et que «le consentement exprès ou tacite requiert à tout le moins que les parties puissent prendre connaissance des clauses requérant ce consentement», elle juge qu'«en décidant sur la base de[s] motifs précités] que les demanderesses sont liées par les conditions particulières auxquelles l'inscription à la période de légalisation a eu lieu, sans vérifier si les demanderesses n'avaient effectivement pas pu prendre connaissance de ces conditions, comme elles l'ont allégué et comme c'est étayé par les constatations d'un huissier de justice, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision».

35. Acceptation des conditions générales par «clic» et conservation durable. Dans l'arrêt *El Majdoub* rendu le 21 mai 2015 par la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁰, celle-ci se fonde sur la manière dont les conditions générales sont acceptées, pour en déduire des effets quant à la conservation durable dont elles doivent faire l'objet. Plus précisément, il s'agissait d'interpréter l'article 23 du règlement Bruxelles I¹²¹.

Cette disposition, relative aux clauses attributives de juridiction, énonce, en son paragraphe 2, que «toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la conven-

¹¹⁸ Civ. Bruxelles, 12 novembre 2015, R.G. n° 12/11375/A, inédit.

¹¹⁹ Cass., 16 septembre 2016, R.G.D.C., 2018, p. 154, note C. HÉLAS.

¹²⁰ C.J.U.E., 21 mai 2015, *Jaouad El Majdoub c. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, aff. C-322/14.

¹²¹ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O. L 12 du 16 janvier 2001. Rappelons que le règlement Bruxelles I est applicable aux litiges européens introduits entre le 1^{er} mars 2002 et le 10 janvier 2015 (J.O. L 12 du 16 janvier 2001, pp. 1 et s.). Pour les actions pendantes à compter de janvier 2015, les clauses de juridiction sont régies par l'article 25, § 2, du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement Bruxelles Ibis). La disposition n'a pas été modifiée.



tion est considérée comme revêtant une forme écrite». Dans sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si la technique dite du «*click wrapping*» satisfait à cette exigence. Plus précisément, l'acheteur doit cocher une case spécifique pour accepter les conditions générales du vendeur et il a la possibilité de cliquer sur l'hyperlien mis à sa disposition pour accéder aux conditions générales. Il n'y a donc pas d'ouverture automatique d'une fenêtre affichant les conditions générales lors de l'enregistrement sur le site ou lors d'une transaction ultérieure.

La Cour considère qu'«il ressort d'une interprétation littérale de cette disposition que celle-ci exige que la "possibilité" soit offerte de consigner durablement la convention attributive de juridiction, indépendamment de la question de savoir si le texte des conditions générales a effectivement été consigné durablement par l'acheteur après ou avant qu'il a coché la case indiquant qu'il accepte lesdites conditions»¹²². Ce n'est donc pas une obligation. Il doit seulement être «"possible" de sauvegarder et d'imprimer les informations avant la conclusion du contrat»¹²³.

En l'occurrence, elle décide que, «dans l'affaire au principal, il n'est pas contesté que la technique d'acceptation par "clic" rend possible l'impression et la sauvegarde du texte des conditions générales en question avant la conclusion du contrat. Dès lors, la circonstance que la page internet contenant ces conditions ne s'ouvre pas automatiquement lors de l'enregistrement sur le site internet ou lors de chaque opération d'achat ne saurait remettre en cause la validité de la convention attributive de juridiction»¹²⁴.

Aussi juge-t-elle que «l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens que la technique d'acceptation par "clic" des conditions générales d'un contrat de vente, tel que celui en cause au principal, conclu par voie électronique, qui contiennent une convention attributive de juridiction, constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention, au sens de cette disposition, lorsque cette technique rend possible l'impression et la sauvegarde du texte de celles-ci avant la conclusion du contrat».

La Cour est consciente de la possible contradiction entre cette analyse et celle qui avait été faite dans l'arrêt *Content Services*, précité (*supra*, n° 29). Elle juge cependant que l'interprétation réalisée de ce dernier arrêt «ne saurait être transposée à l'article 23, paragraphe 2, du règlement Bruxelles I, dès lors que tant le libellé de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7, qui exige explicitement une transmission des informations aux consommateurs sur un support durable, que l'objectif de cette disposition, qui vise spécifiquement à la protection des consommateurs, diffèrent de ceux dudit article 23, paragraphe 2»¹²⁵.

Une telle interprétation ne nous paraît pas cohérente, en ce qu'elle comprend de manière différenciée des termes similaires (support durable – obligation de consigner durablement), sous prétexte qu'ils figurent dans des instruments distincts, respectivement mus par une logique propre. On s'étonne également du lien qui est fait – à tort selon nous – entre la procédure d'accep-

¹²² Point 33 de l'arrêt.

¹²³ Point 36 de l'arrêt.

¹²⁴ Point 39 de l'arrêt.

¹²⁵ Point 38 de l'arrêt.



tation des conditions générales et leur conservation. Plus précisément, la Cour semble se suffire d'une possibilité d'accès à celles-ci pour en déduire qu'il est possible de les conserver.

Cette interprétation doit néanmoins être circonscrite à l'hypothèse expressément visée à l'article 23 (2) du règlement de Bruxelles, ou la disposition correspondante du règlement de Bruxelles *ibis*.

E. Preuve électronique (et exigences de forme)

1. Preuve d'un acte juridique par voie électronique

36. Rappel du cadre légal. Il est de plus en plus fréquent que des écrits électroniques soient produits, à titre d'éléments probants, dans le cadre de débats judiciaires. L'utilisation d'écrits sur support électronique en tant que mode de preuve pose généralement peu de difficultés. Il arrive toutefois que la force probante d'un document électronique soit discutée.

En l'état actuel du droit belge, dans les litiges de nature civile, l'article 1341 du Code civil impose que la preuve d'un acte juridique soit rapportée par un écrit – qu'il s'agisse d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé – lorsque la valeur de cet acte est supérieure à 375 euros. Conformément aux articles 1347 et 1348 du Code civil, il est fait exception à la règle de la prééminence de la preuve écrite en cas de commencement de preuve par écrit ou dans l'hypothèse où il est impossible de produire une preuve écrite. Dans les litiges entre commerçants, ainsi que dans les demandes dirigées par une personne n'ayant pas la qualité de commerçant contre un commerçant, la preuve est libre¹²⁶.

Afin de faciliter la formation des contrats par voie électronique, le législateur a précisé, à l'article XII.15 du Code de droit économique, que toute exigence de forme relative au processus contractuel – en ce compris les exigences en matière probatoire – est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat conclu par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées. Cette disposition transpose l'article 9 de la directive sur le commerce électronique, en vertu duquel les États membres doivent veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Elle consacre le principe des équivalents fonctionnels, qui veut que toute exigence de forme doit être appréhendée à la lumière des fonctions qu'elle poursuit, ce qui permet de considérer que ladite exigence est rencontrée par tout moyen technique permettant d'atteindre ces fonctions¹²⁷. Le paragraphe 2 de l'article XII.15 précise expressément les conditions dans lesquelles l'exigence d'un écrit, d'une signature ou d'une mention manuscrite doivent être considérées comme satisfaites dans un environnement dématérialisé.

Enfin, depuis son entrée en application le 1^{er} juillet 2016, le règlement eIDAS¹²⁸ complète le corpus des instruments juridiques régissant la question de la preuve électronique. Il harmonise les prin-

¹²⁶ La loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises (*M.B.*, 27 avril 2018) a introduit un article 1348*bis* dans le Code civil généralisant le principe de la liberté de la preuve à toutes les actions entre ou contre des entreprises. Cette disposition entre en vigueur le 1^{er} novembre 2018.

¹²⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 341.

¹²⁸ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.



cipes applicables à différents services utilisés dans le cadre des transactions électroniques, tels que la signature électronique ou le service de recommandé électronique, ainsi que le document électronique.

37. Preuve par sms. Pendant la période faisant l'objet de la présente chronique, quelques décisions de jurisprudence ont abordé la question de la preuve d'un contrat au moyen d'un sms.

Statuant au sujet d'un différend relatif à la formation d'une relation contractuelle entre une entreprise de terrassement et un particulier, la cour d'appel de Liège s'est fondée sur des sms pour constater l'existence du contrat d'entreprise¹²⁹. Le maître d'ouvrage contestait les montants qui lui étaient réclamés par l'entreprise de terrassement, considérant qu'aucun contrat n'avait été conclu avec ce prestataire. Dès lors que l'enjeu du litige portait sur une somme supérieure à 375 euros, l'entrepreneur devait prouver l'existence du contrat au moyen d'écrits. À défaut d'acte sous seing privé, la cour s'appuie sur le contenu de quatre sms envoyés par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur, et constatés par huissier, pour considérer que ceux-ci constituent des commencements de preuve par écrit. Ces sms portaient sur l'organisation de rendez-vous avec l'entrepreneur, après l'envoi d'un premier devis par ce dernier. Selon la cour, ils rendent vraisemblable l'existence d'un contrat entre les deux parties. La cour se fonde ensuite sur diverses présomptions et témoignages pour compléter le commencement de preuve par écrit. Elle en déduit que le contrat d'entreprise a bien été conclu et qu'en conséquence, la demande de l'entreprise de terrassement est fondée.

La cour d'appel de Liège – il s'agissait de la même chambre – a confirmé sa jurisprudence dans un deuxième arrêt¹³⁰. La cour était de nouveau saisie d'un litige dans le secteur de la construction, dans le cadre duquel l'appelant contestait avoir conclu un contrat d'entreprise avec l'intimé, prétextant que le contrat avait en réalité été conclu avec le fils de celui-ci. L'appelant n'ayant pas la qualité de commerçant, et la facture litigieuse présentant une valeur de 4.015 euros, il appartenait à l'intimé de rapporter la preuve du contrat par écrit. Or, aucune convention écrite n'avait été signée entre les parties. Dans son arrêt, la cour d'appel se fonde sur un sms envoyé par l'appelant, dans lequel celui-ci reconnaissait avoir reçu une facture de l'intimé, sans la contester, pour affirmer que ceci rend vraisemblable l'existence d'un contrat entre l'appelant et l'intimé. Elle qualifie, à juste titre, ce sms de commencement de preuve par écrit. Ce mode de preuve est ensuite complété par d'autres présomptions, ce qui permet à la cour d'affirmer qu'un contrat s'est bien noué entre les parties.

A contrario, le tribunal de première instance de Flandre occidentale a jugé, en date du 8 avril 2016¹³¹, qu'un sms ne pouvait constituer un écrit, et donc être utilisé à l'appui de l'article 1347 du Code civil, au motif que celui-ci ne pouvait pas être imprimé. Le tribunal appuie son raisonnement sur l'article 2281 du Code civil, aux termes duquel « lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite ».

¹²⁹ Liège, 21 mai 2015, *J.T.*, 2016, p. 128.

¹³⁰ Liège, 5 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 52.

¹³¹ Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 8 avril 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 270.



Cette jurisprudence, qui est restée isolée, doit être rejetée¹³². En exigeant qu'il puisse faire l'objet d'une impression, le tribunal nous paraît en effet opérer une confusion entre l'écrit et le support sur lequel cet écrit est produit. De plus, d'un point de vue technique, il n'est nullement impossible d'imprimer un sms, comme semble pourtant s'en convaincre le tribunal de première instance de Flandre occidentale. Nous approuvons, au contraire, la jurisprudence de la cour d'appel de Liège, selon laquelle un sms est en tout cas un écrit non signé, qui peut valoir en tant que commencement de preuve par écrit dans les conditions de l'article 1347 du Code civil.

2. Cas particulier de la vente immobilière

38. Preuve d'une vente immobilière par e-mail ou par sms. Depuis quelques années, les juridictions flamandes sont régulièrement appelées à se prononcer sur la force probante d'e-mails ou de sms échangés dans le cadre de négociations portant sur des ventes immobilières. Il arrive en effet de plus en plus fréquemment que les échanges entre les vendeurs et les candidats acquéreurs d'un bien immobilier soient menés exclusivement par voie électronique, jusqu'à ce que les parties atteignent un accord sur le prix du bien vendu, et le cas échéant sur d'autres conditions encadrant la vente. À ce stade, aucun compromis de vente ou acte authentique n'est signé, de sorte qu'en cas de difficulté ultérieure, la partie qui soutient que la vente a été conclue ne peut se référer qu'à ces échanges sous un format dématérialisé.

La particularité de ce type de contentieux est qu'il tombe sous le champ d'application de l'article XII.16 du Code de droit économique, qui énumère une liste de quatre catégories de contrats pour lesquels l'article XII.15 ne peut être invoqué. L'article XII.16 est conforme à l'article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique. La jurisprudence analysée s'est interrogée sur la portée qu'il y avait lieu de donner à cette disposition et sur la possibilité qu'un contrat de vente immobilière se forme et soit prouvé par la voie d'échanges électroniques. Des solutions divergentes ont été adoptées par les juges flamands. Il en résulte actuellement une importante insécurité juridique.

39. Première solution: les échanges sur support électronique constituent des commencements de preuve par écrit. Dans un jugement prononcé le 22 mai 2015¹³³, le tribunal de première instance de Flandre occidentale considère qu'un courrier électronique peut valoir à titre de commencement de preuve par écrit, en matière de vente immobilière. Dans ce litige, le vendeur d'un bien prétendait rapporter la preuve de la vente en produisant les échanges entre l'agent immobilier qu'il avait mandaté et un candidat acquéreur. Ce dernier avait fait parvenir une offre par e-mail à l'agent immobilier, qui avait été acceptée. L'acquéreur avait ensuite systématiquement annulé les rendez-vous organisés en vue de signer le compromis de vente. Tous les échanges s'étaient déroulés par courrier électronique.

Dans son jugement, le tribunal de Flandre occidentale déduit de l'article XII.16 du Code de droit économique qu'en matière de vente immobilière, l'exigence découlant de l'article 1341 du Code civil implique que l'écrit soit rapporté au moyen d'un document papier, excluant expressément

¹³² En ce sens, J. CALLEBAUT, « Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 120-124.

¹³³ Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 22 mai 2015, *T.B.O.*, 2017, p. 264.



que la formation du contrat de vente immobilière soit prouvée par la voie d'échanges électroniques.

Le tribunal considère, par contre, que le courrier électronique de l'acquéreur du bien peut valoir en tant que commencement de preuve par écrit. Il estime néanmoins, en l'espèce, que les échanges subséquents entre parties ne permettent pas d'apporter la preuve que le contrat de vente a effectivement été conclu, relevant que l'acquéreur avait émis certaines réserves relatives à l'obtention d'un prêt bancaire, et que l'agent immobilier avait ultérieurement annoncé, de manière surprenante, une majoration du prix.

Dans un jugement du 14 mars 2017¹³⁴, la division de Gand du tribunal de première instance de Flandre occidentale confirme qu'un échange de courriers électroniques peut constituer un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil. Dans l'affaire déférée au tribunal de première instance, l'échange d'e-mails entre un agent immobilier et le candidat acquéreur d'un bien immobilier actait un accord sur le prix du bien vendu. Selon le tribunal, cet échange émane de l'acquéreur et d'un représentant du vendeur, et confirme expressément l'existence d'un accord entre parties. Après s'être référé à d'autres e-mails, ainsi qu'à des sms, le tribunal considère que le contrat de vente est parfait, la vente s'étant formée au moment de l'échange de ces deux e-mails. La question de l'articulation entre les dispositions du Code civil applicables en matière de preuve et les articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique n'a pas été abordée dans cette décision.

Sans entrer dans l'épineux débat relatif à l'interprétation de l'article XII.16 du Code de droit économique, la cour d'appel de Gand s'est prononcée, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2015¹³⁵, sur la portée des e-mails échangés par les notaires dans le cadre de l'élaboration d'un compromis de vente. Dans cette affaire, le candidat acquéreur d'un bien immobilier prétendait démontrer la formation d'un contrat de vente relatif à ce bien en s'appuyant sur les courriers électroniques échangés par son notaire avec le notaire du vendeur. La cour d'appel de Gand rejette cette demande pour différents motifs. Elle considère, d'une part, que rien ne démontre que le notaire du vendeur avait reçu mandat de conclure la vente. Il devait uniquement assister le vendeur dans la préparation d'un compromis. D'autre part, la cour estime que les e-mails produits peuvent uniquement valoir à titre de commencement de preuve par écrit, et qu'il n'existe pas d'autres éléments de preuve permettant de compléter cet administricule de preuve.

Enfin, dans un arrêt du 23 mars 2017¹³⁶, la cour d'appel d'Anvers examine un échange d'e-mails intervenu dans le cadre de négociations relatives à l'acquisition d'un bien immobilier, en le qualifiant de commencement de preuve par écrit. La cour d'appel prend soin de préciser, au préalable, que les parties n'ont pas invoqué l'article XII.16 du Code de droit économique et qu'elles ne discutent pas le fait que la preuve de la formation d'un contrat de vente immobilière puisse être rapportée par la production d'e-mails. Dans cette affaire, la cour considère toutefois que les courriers électroniques produits ne permettent pas de considérer qu'un contrat de vente s'est formé.

¹³⁴ Civ. Flandre occidentale (div. Gand), 14 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 292.

¹³⁵ Gand, 1^{er} octobre 2015, *R.A.B.G.*, 2017, p. 825.

¹³⁶ Anvers, 23 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 262.



40. Deuxième solution: interdiction de prouver la formation du contrat de vente par la voie d'échanges électroniques. Dans une décision du 13 novembre 2015, émanant de nouveau du tribunal de première instance de Flandre occidentale, celui-ci relève que deux interprétations peuvent être données à l'article XII.16 du Code de droit économique. La première, précédemment adoptée par la cour d'appel d'Anvers¹³⁷, consiste à exiger que la preuve d'un contrat de vente soit produite, en application de l'article 1341 du Code civil, exclusivement via un écrit sur support papier, ce qui conduit à exclure l'utilisation des e-mails. Selon une deuxième interprétation, retenue par la cour d'appel de Gand¹³⁸, les courriers électroniques pourraient néanmoins être utilisés en tant que commencements de preuve par écrit.

Dans son jugement du 13 novembre 2015, le tribunal de première instance de Flandre occidentale retient la première interprétation de l'article XII.16, et exclut que les courriers électroniques échangés entre parties soient utilisés pour faire la preuve de la formation du contrat de vente.

Cette jurisprudence du tribunal de première instance de Flandre occidentale est confirmée par des jugements du 8 avril 2016¹³⁹, du 15 avril 2016¹⁴⁰ et du 3 mars 2017¹⁴¹.

Dans la décision du 8 avril 2016, le vendeur d'un bien cherchait à démontrer la formation du contrat de vente au moyen de sms échangés avec un candidat acquéreur. Le tribunal juge d'abord que l'article XII.16 du Code de droit économique interdit qu'un contrat de vente immobilière se forme par la voie d'échanges électroniques. Bien qu'il s'attelle ensuite à démontrer qu'en les qualifiant de commencement de preuve par écrit, et en les complétant par d'autres présomptions, les sms échangés entre le vendeur et le candidat acquéreur du bien permettent de démontrer l'échange des consentements des parties sur l'objet et le prix de la vente, le juge déclare que l'article XII.16 est une disposition d'ordre public ayant pour effet d'exclure qu'un écrit électronique puisse être utilisé en tant que commencement de preuve par écrite. Il estime que l'article 1347 du Code civil, qui est une disposition supplétive, ne peut avoir pour effet de contourner cette règle d'ordre public¹⁴². Selon le tribunal de première instance de Flandre occidentale, dès lors que l'article XII.16 exclut clairement et expressément que le contrat de vente immobilière se forme par la voie d'échanges électroniques, l'article 1347 du Code civil ne peut pas être invoqué.

Dans sa décision du 8 avril 2016, le tribunal alloue néanmoins une indemnisation au vendeur. Il estime en effet que le comportement adopté par les candidats acquéreurs dans cette affaire peut être vu comme une rupture abusive des négociations qui avaient été entamées. Ceci conduit le tribunal à retenir que la responsabilité extracontractuelle des candidats acquéreurs est engagée.

41. Troisième solution: exigence d'un acte sous seing privé au format papier. La cour d'appel d'Anvers a également été saisie de plusieurs affaires ayant trait à des ventes immobilières, qui l'ont amenée à se positionner quant à l'interprétation à donner aux articles XII.15 et XII.16 du Code de droit économique. Sous l'influence du décret flamand du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement et à la protection des sols, la jurisprudence de la cour d'appel d'Anvers dépasse

¹³⁷ Anvers, 24 janvier 2011, R.G. n° 2009/AR/461, inédit, cité par le tribunal de première instance de Flandre occidentale.

¹³⁸ Gand, 26 septembre 2013, *T.B.B.R.*, 2014, n° 3116.

¹³⁹ Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 8 avril 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 270.

¹⁴⁰ Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 15 avril 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 276.

¹⁴¹ Civ. Flandre occidentale (div. Termonde), 3 mars 2017, *T.B.O.*, 2017, p. 287.

¹⁴² Ce raisonnement est également repris dans les jugements du 15 avril 2016 et du 3 mars 2017.



le cadre strict du droit de la preuve, pour envisager, de manière générale, si le contrat de vente immobilière peut se former au moyen d'écrits électroniques.

Dans sa jurisprudence¹⁴³, la cour d'appel développe un raisonnement en trois temps, qui peut être synthétisé de la manière suivante :

- compte tenu des mentions requises par certaines législations, notamment par le décret flamand du 27 octobre 2006 relatif à l'assainissement et à la protection des sols, le contrat de vente immobilier doit être qualifié de contrat solennel. Il requiert la conclusion d'un acte sous seing privé reprenant certaines mentions, telles que celle prévue à l'article 101, § 2, du décret du 27 octobre 2006, en vertu duquel « l'acte sous seing privé relatif à la cession des terrains, reprend le contenu de l'attestation de sol ». Cette exigence est prévue à peine de nullité ;
- la cour d'appel s'interroge ensuite sur la possibilité que cet acte sous seing privé adopte une forme dématérialisée. Selon la cour, l'article XII.16 du Code de droit économique s'oppose à ce qu'un contrat de vente immobilière se forme par voie d'échanges électroniques. Des courriers électroniques ne peuvent donc être invoqués à titre d'écrits intervenus en vue de la formation du contrat ;
- les e-mails ne peuvent pas non plus être utilisés en tant que commencements de preuve d'un contrat qui se serait formé verbalement, dès lors que le contrat de vente immobilière a été qualifié de contrat solennel, pour lequel un écrit papier est requis.

Dans son arrêt du 19 décembre 2016, la cour d'appel d'Anvers s'oppose également à ce que des e-mails puissent valoir en tant qu'aveu extrajudiciaire, considérant que la règle selon laquelle un contrat de vente immobilière ne peut ni se former ni être prouvé par la voie d'échanges électroniques doit également s'appliquer aux aveux.

42. Critique de la jurisprudence examinée. L'interprétation donnée à l'article XII.16 du Code de droit économique, par les juridictions flamandes, a été critiquée par plusieurs auteurs¹⁴⁴. Ces critiques se concentrent principalement sur la thèse selon laquelle un contrat de vente immobilière ne pourrait se former au moyen d'écrits dématérialisés, parce que ceci ne rencontrerait pas le formalisme solennel et probatoire imposé par la législation en vigueur.

Ainsi, s'il paraît incontestable qu'on ne peut invoquer l'article XII.15 du Code de droit économique lorsqu'il s'agit de démontrer l'accomplissement des exigences qu'imposent les formalismes solennel et probatoire dans le contrat de vente immobilière, ceci n'interdirait pas aux juridictions saisies de se baser sur la théorie des équivalents fonctionnels, en dehors du cadre de l'article XII.15, pour apprécier si les échanges électroniques produits peuvent rencontrer ces exigences¹⁴⁵. Depuis

¹⁴³ Anvers, 15 juin 2015, *R.A.B.G.*, 2017, p. 817 ; Anvers, 5 septembre 2016, *T.B.O.*, 2017, p. 257 ; Anvers, 19 décembre 2016, *R.A.B.G.*, 2017, p. 787.

¹⁴⁴ H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *R.D.T.I.*, 2016, n° 65, pp. 77-89 ; E. TERRY, « Wet elektronische handel zou geen argument moeten zijn om een e-mail volledig te verwerpen als bewijs bij een verkoop van onroerende goederen », *D.C.C.R.*, 2017, pp. 85 et s. ; J. BAECK et I. CLAEYS, « Verkoop van een onroerend goed per e-mail? De ene vormvereiste is de andere niet », *R.W.*, 2017-2018, pp. 763-777 ; W. VANDENBUSSCHE, « Bewijs van de verkoop van een onroerend goed: jurisprudentiële ontwikkelingen », *T.B.O.*, 2017, pp. 236-246.

¹⁴⁵ H. JACQUEMIN, « Preuve du contrat de vente d'un immeuble par courriels ? Pas d'interdiction fondée sur l'article XII.15 du Code de droit économique », *op. cit.*, pp. 84-87.



l'entrée en vigueur du règlement eIDAS, cette interprétation présente l'avantage d'être conforme au principe de non-discrimination que cette législation consacre, tant pour les signatures électroniques (art. 25) que pour les documents électroniques (art. 46)¹⁴⁶. Par conséquent, là où les juridictions flamandes rejettent le principe selon lequel la vente immobilière pourrait se former ou être prouvée par la voie d'échanges électroniques, le raisonnement proposé par la doctrine invite le juge à s'interroger sur l'aptitude de ces échanges électroniques à rencontrer les fonctions imposées par les exigences de forme applicables à la matière¹⁴⁷. Cette interprétation, qui est plus en phase avec la manière dont sont menées les négociations relatives à la vente d'un bien immobilier, a pour conséquence de priver d'utilité l'article XII.16 du Code de droit économique. Il paraît en conséquence préférable d'abroger cette disposition¹⁴⁸.

Une autre opinion réexamine la portée des formalités imposées dans le droit flamand de la vente immobilière. Elle lie la formalité imposée par le décret du 27 octobre 2006 à la validité du contrat, et non à son existence en tant que telle. Selon ces auteurs, compte tenu de la formulation de l'article XII.16 du Code de droit économique, cette formalité, qui est sanctionnée d'une nullité relative et peut donc être couverte, ne peut être accomplie par la voie d'échanges électroniques. Dans cette hypothèse, ils considèrent que le cadre légal en vigueur ne s'oppose pas à ce que la preuve du contrat de vente soit rapportée par la voie d'écrits produits sur support électronique¹⁴⁹.

3. Signature électronique

43. Signature scannée d'un acte administratif. L'emploi de signatures scannées a suscité de vifs débats, il y a quelques années, devant le Conseil du contentieux des étrangers et devant le Conseil d'État. Ces instances avaient rejeté des décisions de refus d'accès au territoire et d'éloigne-

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 84-85; A. CABY, « Formation et preuve du contrat de vente immobilière. Quand la jurisprudence et le législateur tirent à hue et à dia... », *Le pli juridique*, 2017, n° 41, p. 25; W. VANDENBUSSCHE, « Bewijs van de verkoop van een onroerend goed: jurisprudentiële ontwikkelingen », *T.B.O.*, 2017, p. 241.

¹⁴⁷ Voy. toutefois les réserves formulées quant à l'impact que le règlement eIDAS peut avoir sur les formalités prévues à peine de nullité par J. BAECK et I. CLAEYS (« Verkoop van een onroerend goed per e-mail? De ene vormvereiste is de andere niet », *op. cit.*, pp. 770-771).

¹⁴⁸ Un projet de loi a été déposé en ce sens à la Chambre le 4 juillet 2018 (Projet de loi visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *Doc. parl.*, Ch., n° 54-3153/002). Selon l'exposé des motifs: « Plus de quinze ans après l'adoption de la directive 2000/31, et quinze ans après l'adoption de la loi belge qui transpose cette directive, les pratiques au sein de nombreux secteurs ont évolué et se sont adaptées à l'environnement électronique. Une exception générale et systématique telle que consacrée dans l'article XII.16 du Code de droit économique n'est plus nécessaire. Le projet à l'examen prévoit dès lors expressément que les catégories particulières de contrats visées à l'article XII.16 du Code de droit économique (y compris la vente de biens immobiliers) peuvent également être conclues par voie électronique. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'un juge constate qu'il existe encore dans les faits de réels obstacles à la réalisation de l'exigence juridique de forme dans l'environnement électronique qu'il peut estimer que le contrat n'a pas été conclu valablement (par exemple lorsqu'un certificat particulier est requis pour la conclusion du contrat et que ce certificat n'est délivré par une instance publique que sur support papier). Le projet de loi rappelle ainsi au juge que les catégories spéciales de contrats, comme l'immobilier et les garanties, peuvent bel et bien être établies par voie électronique. Un juge ne pourra donc plus considérer qu'une vente immobilière ne peut pas se faire par e-mail ni refuser une preuve prenant la forme d'un e-mail. Le juge pourra uniquement juger que la vente n'est pas valide s'il constate, dans le cas concret, la présence d'obstacles pratiques empêchant concrètement les parties de passer contrat par voie électronique » (pp. 4-5).

¹⁴⁹ J. BAECK et I. CLAEYS, « Verkoop van een onroerend goed per e-mail? De ene vormvereiste is de andere niet », *R.W.*, 2017-2018, pp. 772-777.



ment émises par l'Office des étrangers, au motif que la signature apposée sur ces documents était une signature scannée et qu'il ne pouvait être exclu que le document émane d'un fonctionnaire incompétent. L'Office des étrangers avait ensuite fait évoluer sa pratique, afin de pouvoir démontrer que les signatures scannées qu'il utilisait présentaient les garanties requises pour leur donner un effet opérant¹⁵⁰.

Pendant la période examinée, la question des effets de documents munis d'une signature scannée est revenue au-devant de l'actualité dans le domaine du droit des étrangers. La Cour de cassation a en effet été saisie d'un recours dirigé contre un arrêt rendu par la chambre des mises en accusation de la cour d'appel d'Anvers, statuant sur une mesure d'éloignement du territoire assorti d'un maintien en vue de l'éloignement¹⁵¹. La décision administrative était pourvue d'une signature scannée, ce qui motivait le recours du requérant, qui estimait qu'elle devait être déclarée illégale. Dans son arrêt du 3 août 2016, la Cour de cassation rappelle que les signatures électroniques bénéficient d'un principe de non-discrimination. Elle affirme ensuite qu'à défaut d'exigences particulières figurant dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers quant au type de signature à utiliser, « il appartient au juge d'apprécier la valeur probante de la signature électronique et donc de vérifier s'il y a suffisamment de garanties pour que celui dont la signature scannée figure sur la décision a aussi effectivement signé la décision ». L'emploi du terme « valeur probante » n'est sans doute pas le mieux choisi, dès lors qu'en l'espèce la question de l'emploi d'une signature scannée ne s'inscrivait pas dans un contexte probatoire, mais bien dans le cadre de l'appréciation de la régularité de l'acte administratif contesté. Quoi qu'il en soit, la Cour approuve l'arrêt de la chambre des mises en accusation qui avait validé l'utilisation d'une signature scannée.

Le tribunal de police de Bruges a également été amené à se prononcer sur la validité d'une décision administrative pourvue d'une signature scannée, qui imposait une amende pour un stationnement irrégulier¹⁵². La société propriétaire du véhicule visé par cette amende administrative contestait la régularité de la décision prise par la ville d'Ostende. La ville d'Ostende expliquait que la signature scannée employée n'était accessible qu'au fonctionnaire compétent, qui devait utiliser sa carte d'identité électronique, ainsi qu'un mot de passe, pour pouvoir apposer ladite signature scannée sur les documents administratifs avant qu'ils soient imprimés. Dans sa décision, le tribunal de police rappelle d'abord les caractéristiques de la signature. Il en déduit que la signature doit permettre d'identifier son auteur, de lui permettre de s'approprier le texte qu'il signe et de prévenir qu'un tiers signe à sa place. Le tribunal cherche ensuite à déterminer si la signature scannée utilisée par la ville d'Ostende garantit l'identification du signataire de l'acte et permet de lui imputer celui-ci. Dans cette perspective, le tribunal qualifie la signature scannée de signature électronique ordinaire et s'interroge sur les raisons pour lesquelles la ville d'Ostende ne fait pas usage d'une signature électronique avancée, qu'il définit comme une signature qui est liée de manière unique au signataire et qui rend possible son identification. Le tribunal fait par ailleurs

¹⁵⁰ Voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 231-239.

¹⁵¹ Cass., 3 août 2016, R.G. n° P.16.0862.N, www.juridat.be.

¹⁵² Pol. Bruges (div. Bruges), 8 février 2016, *T.G.R.*, 2016, p. 54.



référence à la loi Phénix du 10 juillet 2006¹⁵³, dont l'article 7 prévoyait – avant son abrogation¹⁵⁴ – qu'en matière de procédure judiciaire, l'exigence d'une signature pouvait être rencontrée en cas d'usage d'une signature électronique qualifiée. Sans aller jusqu'à faire application de cette législation – qui n'est jamais entrée en vigueur –, le tribunal de police de Bruges juge qu'en l'espèce, rien n'exclut que n'importe quel employé de la ville faisant usage de la carte d'identité électronique et du mot de passe du fonctionnaire compétent puisse imprimer une décision munie de sa signature. Il en déduit qu'au vu de l'incertitude entourant le recours à ce type de signature, la décision administrative attaquée doit être déclarée nulle.

Cette décision nous paraît particulièrement sévère. D'une part, la motivation retenue par le tribunal de police de Bruges laisse apparaître une confusion entre les concepts de « signature électronique avancée » et « signature électronique qualifiée ». Le tribunal utilise en effet les deux termes, en tant que synonymes, alors qu'ils recouvrent des réalités juridiques différentes. Selon les articles 3.11 et 26 du règlement eIDAS, la signature électronique avancée est une signature électronique qui rencontre quatre exigences spécifiques :

- être liée au signataire de manière univoque ;
- permettre d'identifier celui-ci ;
- avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif ; et
- être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Cette forme de signature électronique est différente de la signature électronique qualifiée, qui est pour sa part définie à l'article 3.12 du règlement eIDAS comme « une signature électronique avancée qui est créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié, et qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique ».

Compte tenu des explications fournies par la ville d'Ostende, qui avait notamment expliqué que l'accès au fichier contenant la signature scannée ne pouvait se faire qu'au moyen de la carte d'identité électronique du fonctionnaire compétent, et d'un mot de passe, il n'est pas exclu que le mode de signature utilisé puisse être qualifié de signature électronique avancée. En toute hypothèse, même si la technologie utilisée ne pouvait dépasser le statut de signature électronique ordinaire, il nous semble que les garanties présentées par la ville d'Ostende étaient suffisantes pour assurer que ce processus rencontre les deux fonctions de la signature, à savoir garantir l'identification du signataire de l'acte et assurer son adhésion au contenu de celui-ci. C'est à tort, selon nous, au vu des moyens techniques employés par l'autorité communale, que le tribunal a estimé que ce mode de signature n'était pas suffisamment sécurisé et qu'il n'excluait pas qu'un tiers s'approprie la signature du fonctionnaire compétent. Ce risque peut être invoqué pour toutes les formes de signatures électroniques – en ce compris pour les signatures électroniques qualifiées – et conduire à une remise en cause généralisée de celles-ci, ce qui serait contraire au principe de non-discrimination consacré par le règlement eIDAS.

¹⁵³ Loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique, *M.B.*, 7 septembre 2006.

¹⁵⁴ L'article 7 de la loi du 10 juillet a été abrogé par la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de justice (*M.B.*, 13 mai 2016), avec effet au 31 décembre 2016.



44. Emploi de la signature électronique dans la procédure judiciaire. La dématérialisation de la procédure judiciaire a constitué une priorité sous la législature actuelle¹⁵⁵. Ceci s'est concrétisé par l'adoption de plusieurs initiatives, inscrites dans les lois dites « pot-pourri » votées entre 2015 et 2017.

La loi pot-pourri l¹⁵⁶ a introduit un article 32ter, dans le Code judiciaire, qui pose les bases de l'usage des communications électroniques dans la procédure judiciaire. Suite à l'adoption de cette loi, et avec le concours des ordres des avocats de Belgique, une plateforme baptisée e-Deposit a été mise en ligne. Elle permet le dépôt en ligne des conclusions et des pièces de procédure. L'accès aux services offerts par cette plateforme passe par le certificat d'authentification de la carte d'identité électronique et, pour les avocats, par le certificat d'authentification de leur carte d'avocat. Le système e-Deposit n'offre, par contre, pas de moyen pour signer les conclusions déposées par voie électronique. Or, en l'état actuel, l'article 743, alinéa 3, du Code judiciaire prévoit que les conclusions doivent être signées. Partant de ce constat, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 14 novembre 2017¹⁵⁷, que le juge ne doit pas prendre en considération des conclusions déposées par la voie de la plateforme e-Deposit, à moins que la partie ayant remis ces conclusions se les soit appropriées en les signant elle-même ou en les faisant signer par son conseil, au plus tard lors de l'audience, ou si le juge, sur la base d'autres éléments, est en mesure de constater que les conclusions émanent bien de cette partie. Le raisonnement de la Cour de cassation est inspiré de la position de son avocat général, qui a conclu dans cette affaire en relevant qu'à défaut de prévoir la signature de conclusions par une signature électronique qualifiée, le système e-Deposit garantit seulement l'identité de leur expéditeur, mais non leur intégrité. L'avocat général en a déduit qu'en l'absence de régularisation par une signature manuscrite, l'écrit déposé ne peut être qualifié de « conclusions » et que le juge n'a pas l'obligation d'en tenir compte.

Ce raisonnement a été critiqué, à juste titre selon nous, parce qu'il méconnaît le principe de non-discrimination applicable aux signatures électroniques en vertu de l'article 25, § 1, du règlement eIDAS. En outre, en relevant que le système e-Deposit ne garantit pas l'intégrité des conclusions déposées, l'avocat général semble imposer à la signature électronique une exigence qui ne correspond pas aux fonctions de la signature¹⁵⁸. Cette exigence figure certes à l'article 1322 du Code civil qui prévoit qu'en matière probatoire « peut satisfaire à l'exigence d'une signature (...) un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». Néanmoins, ce texte, dont la portée est limitée au droit de la preuve, est unanimement critiqué, précisément parce qu'il lie la signature électronique à cette condition d'intégrité. Il est d'ailleurs prévu d'abandonner l'exigence d'intégrité attachée à la signature électronique dans le cadre de la réforme du Code civil¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Accord de Gouvernement, 9 octobre 2014, pp. 110 et 111, disponible via www.premier.be/sites/default/files/articles/Accord_de_Gouvernement_-_Regeerakkoord.pdf.

¹⁵⁶ Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084.

¹⁵⁷ Cass., 14 novembre 2017, *J.T.*, 2018, p. 504.

¹⁵⁸ D. MOUGENOT, « Conclusions déposées au greffe par voie électronique: la Cour de cassation souffle le chaud et le froid », *J.T.*, 2018, p. 506.

¹⁵⁹ Avant-projet de loi portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, approuvé le 27 avril 2018, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijsr_tekst.pdf.



La controverse suscitée par cet arrêt de la Cour de cassation devrait rapidement s'éteindre. L'article 743, alinéa 3, du Code judiciaire a en effet été récemment modifié¹⁶⁰. Il prévoit désormais que l'exigence de signature des conclusions ne s'applique pas à l'égard des conclusions déposées « au moyen du système informatique visé à l'article 32ter ».

F. Responsabilité des prestataires intermédiaires

1. Notion de prestataire intermédiaire

45. Champ d'application du régime prévu par la directive sur le commerce électronique.

Afin de ne pas entraver le bon fonctionnement de l'internet, les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique instaurent un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun en faveur de différentes catégories de prestataires intermédiaires de services de la société de l'information, à savoir les fournisseurs d'accès à internet (art. 12), les prestataires de services de stockage temporaire (art. 13) et les prestataires de services d'hébergement (art. 14). Ces prestataires de services ne peuvent, en outre, se voir imposer une obligation générale de surveillance des contenus qu'ils transmettent ou qu'ils stockent (art. 15). Ce régime est transposé aux articles XII.17 à XII.20 du Code de droit économique.

Pour pouvoir revendiquer le statut de prestataire intermédiaire, au sens des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique, encore faut-il que le fournisseur de service puisse démontrer qu'il offre un service de la société de l'information. Cette notion, qui renvoie à l'article 2 de la directive, définit en effet son champ d'application. Elle englobe tout service fourni normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

Dans son arrêt *Mc Fadden* du 15 septembre 2016¹⁶¹, la Cour de justice a précisé la portée du concept de « service de la société de l'information » dans le contexte d'une activité de fourniture d'accès à internet. L'affaire *Mc Fadden* opposait une entreprise offrant, à des fins publicitaires, l'accès à un réseau wi-fi gratuit et anonyme, aux abords de ses locaux, à la société Sony Music. Cette dernière se plaignait du fait qu'une œuvre musicale de son répertoire avait été mise à disposition sur internet, sans autorisation, au départ du réseau wi-fi de l'entreprise *Mc Fadden*.

La Cour devait notamment déterminer si une telle activité constitue un « service de la société de l'information », en l'absence de rémunération perçue en contrepartie de la mise à disposition du réseau wi-fi. Selon la Cour de justice, une prestation de service offerte à titre gratuit, par un prestataire, à des fins publicitaires pour des biens vendus ou des services fournis par ce prestataire, peut constituer un service de la société de l'information. La rémunération inhérente à tout service de la société de l'information ne doit en effet pas nécessairement être versée par les personnes qui bénéficient du service¹⁶².

Cette décision confirme la position émise par la Cour de justice dans son arrêt *Papasavvas* du 11 septembre 2014, selon laquelle « la notion de services de la société de l'information (...)

¹⁶⁰ Voy. l'article 31 de la loi du 25 mai 2018 visant à réduire et à redistribuer la charge de travail au sein de l'ordre judiciaire, *M.B.*, 30 mai 2018.

¹⁶¹ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music*, aff. C-484/14.

¹⁶² *Ibid.*, points 42-43.



englobe des services fournissant des informations en ligne pour lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le destinataire, mais par les revenus générés par des publicités diffusées sur un site internet »¹⁶³.

Au-delà de cette jurisprudence, il faut également être vigilant aux enseignements de l'arrêt *Uber* (qui a été commenté ci-dessus, voy. n° 23) afin de déterminer le champ d'application du régime dérogatoire de responsabilité institué par la directive sur le commerce électronique. Pour mémoire, dans cette affaire, la Cour de justice a conclu que la plateforme Uber offrait un « service global dont l'élément principal est un service de transport », excluant l'application de la directive sur le commerce électronique à ce service d'intermédiation. Cette décision pourrait avoir des « effets collatéraux » qui ne semblent pas avoir été appréciés à leur juste mesure par la Cour de justice¹⁶⁴, en ce qu'elle pourrait avoir pour conséquence d'exclure différents prestataires de services d'intermédiation en ligne – qui revendiquent le statut d'hébergeur – du bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité.

46. Catégories de prestataires intermédiaires bénéficiant du régime dérogatoire. La directive sur le commerce électronique institue un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun qui s'applique à tout prestataire intermédiaire qui, en fonction de son activité, intègre une des trois catégories énumérées aux articles 12 à 14 de la directive, et ce quelle que soit la nature du comportement illicite visé (atteinte à un droit de propriété intellectuelle, publication de contenus contraires à la liberté d'expression, comportement constitutif d'une infraction pénale, etc.). En vertu des règles adoptées, et pour autant qu'ils en respectent les conditions, ces prestataires intermédiaires ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des contenus émanant de tiers auxquels ils permettent l'accès ou qu'ils stockent.

L'affaire *Mc Fadden* a été l'occasion, pour la Cour de justice, de mettre en évidence les différences existant dans les conditions d'application des articles 12, 13 et 14 de la directive. Ainsi, la Cour de justice a jugé qu'à la différence d'un hébergeur, le fournisseur d'accès à un réseau de communication ne se voyait pas imposer l'obligation d'agir promptement dès qu'il a connaissance d'une information illicite, afin de la retirer ou de rendre l'accès à celle-ci impossible¹⁶⁵. Cette différence s'explique, selon la Cour de justice, en raison de la nature des activités prestées. En particulier, la Cour relève que « s'agissant du fournisseur d'accès à un réseau de communication, le service de transport des informations qu'il fournit ne se prolonge normalement pas dans le temps, de telle sorte que, après avoir transmis des informations, il n'exerce plus aucun contrôle sur celles-ci »¹⁶⁶. Dans ces circonstances, le fournisseur d'accès n'est généralement pas en mesure d'entreprendre des actions visant à retirer ou à rendre l'accès impossible à certaines informations. Il ne peut par conséquent se voir imposer une obligation de retrait du contenu illicite, comme c'est le cas pour le prestataire de service d'hébergement. La Cour de justice indique, pour le surplus, qu'au-delà des conditions fixées à l'article 12 de la directive sur le commerce électronique, il n'existe pas

¹⁶³ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, aff. C-291/13, point 30.

¹⁶⁴ H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires : état des lieux et perspectives », in X., *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, p. 71.

¹⁶⁵ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music*, aff. C-484/14, points 59-60.

¹⁶⁶ *Ibid.*, point 64.



d'autres exigences auxquelles le prestataire de services fournissant l'accès à un réseau de communication est soumis, en vue de bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité¹⁶⁷.

47. Prestataires de services ne bénéficiant pas du régime d'exonération. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme a également été amenée à examiner, dans le cadre de deux affaires, les condamnations prononcées, par des juridictions nationales, à l'égard de portails d'actualités, en raison de caractère illicite de commentaires publiés par leurs lecteurs (à ce sujet, voy. aussi *infra*, n°s 220 et s.). Dans ces deux affaires, les juridictions nationales avaient refusé de reconnaître un statut d'hébergeur aux portails d'actualité concernés, entraînant la mise en cause de leur responsabilité.

Dans l'affaire *Delfi*, un portail d'informations estonien avait été poursuivi à la suite de commentaires laissés par les lecteurs du site au regard d'un article publié sur celui-ci. Il était reproché à Delfi d'avoir laissé les commentaires illicites en ligne pendant six semaines, alors que le portail disposait notamment d'un système de filtrage automatique des contenus illicites, ainsi que d'un dispositif de retrait sur notification. Dans le cadre de l'examen de la cause, les juridictions estoniennes avaient considéré « que Delfi n'était pas un simple intermédiaire s'agissant des commentaires et que son rôle ne revêtait pas un caractère purement technique, automatique et passif puisque le site invitait les internautes à commenter les articles »¹⁶⁸. Selon la Cour d'État d'Estonie, en intégrant une zone de commentaires dans son portail d'actualités et en invitant les visiteurs du site à enrichir les actualités de leurs propres jugements et opinions, Delfi a dépassé le rôle d'un service d'intermédiation et a presté un service de contenu. La question du contrôle des contenus a donc semblé décisive, aux yeux des juridictions estoniennes, pour refuser à Delfi l'application du statut d'hébergeur.

Saisie d'un recours contre cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux juridictions internes dans la qualification du statut du portail d'informations, considérant que « dans les circonstances de l'espèce, il était prévisible, à partir des dispositions de la Constitution, de la loi sur les principes généraux du Code civil et de la loi sur les obligations, lues à la lumière de la jurisprudence pertinente, qu'un éditeur de médias exploitant un portail d'actualités sur internet à des fins commerciales pût, en principe, voir sa responsabilité engagée en droit interne pour la mise en ligne sur son portail de commentaires clairement illicites tels que ceux en cause en l'espèce »¹⁶⁹.

Dans l'arrêt *Magyar* du 2 février 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a de nouveau été saisie d'un recours formé par un portail d'actualités contre une condamnation à son égard par les juridictions hongroises. Dans cette affaire, un organe d'autorégulation et l'exploitant d'un portail d'actualités s'étaient vu refuser le statut de prestataire intermédiaire pour les commentaires publiés, par des tiers, sur leurs sites. Les juges hongrois avaient considéré que ces exploitants avaient une responsabilité, dans le cadre de l'application du droit commun, dans la diffusion des commentaires litigieux. Ils avaient considéré qu'en dépit des mesures de précaution prises, les sociétés exploitant les deux sites internet devaient se voir imposer une forme de responsabi-

¹⁶⁷ *Ibid.*, point 72.

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., 16 juin 2015, *Delfi c. Estonie*, point 29.

¹⁶⁹ *Ibid.*, points 127-128.



lité objective, pour les commentaires injurieux ou illicites postés, dès lors qu'elles acceptaient la publication de ceux-ci.

Bien qu'elle n'ait pas remis en cause l'analyse proposée par les juridictions hongroises quant au statut des exploitants des deux sites internet, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à une violation du droit à la liberté d'expression des deux organismes hongrois. Selon la Cour, en considérant que, par la publication de commentaires non filtrés, les sociétés poursuivies devaient s'attendre à ce que certains s'avèrent être illicites, de sorte que ceci a justifié que leur responsabilité soit engagée, les juridictions hongroises ont imposé une restriction excessive et surréaliste au droit de communiquer des informations sur internet¹⁷⁰.

2. Régime de responsabilité applicable

48. Exonération de responsabilité. À condition de respecter les conditions fixées aux articles 12, 13 ou 14 de la directive, les prestataires intermédiaires ne peuvent voir leur responsabilité engagée en raison du caractère illicite des données qu'ils stockent ou auxquelles ils permettent l'accès.

Ceci a été rappelé par le tribunal de commerce francophone de Bruxelles dans une décision du 30 octobre 2017¹⁷¹. Ce jugement a été rendu dans le contexte d'une affaire opposant une plateforme active dans le référencement d'entreprises, qui héberge des avis relatifs à ces entreprises, à un opticien référencé via ce service. L'opticien avait sollicité le retrait d'un commentaire posté sur la plateforme, parce qu'il le jugeait diffamant à son égard. La plateforme avait toutefois refusé d'obtempérer, au motif que le commentaire litigieux « semblait refléter l'expérience personnelle et l'opinion » de son auteur.

Dans le cadre de l'action en responsabilité mue devant le tribunal de commerce, l'opticien considérait que la plateforme ne pouvait se prévaloir du régime dérogatoire applicable aux prestataires de services d'hébergement, et que sa responsabilité devait être appréhendée à l'aune de l'article 1382 du Code civil. Faisant la distinction entre les activités d'édition et les activités d'hébergement proposées par la plateforme, le tribunal de commerce a jugé qu'en l'espèce, cette dernière était poursuivie pour la mise en place d'une structure permettant aux internautes de publier des avis stockés par la plateforme, et non pour son activité d'annuaire. S'inspirant manifestement de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion d'hébergeur, le tribunal relève que, dans le cadre de cette activité, qu'il a comparée à celle d'un forum de discussion, la plateforme ne joue aucun rôle actif, de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données stockées. Il considère que le fait que la plateforme se soit réservé le droit de supprimer certains commentaires, *a posteriori*, en vue d'éviter une utilisation illicite ou abusive de l'espace de discussion, n'est pas assimilable à une activité éditoriale. La plateforme a donc été qualifiée d'hébergeur et s'est vu octroyer le bénéfice des dispositions de l'article XII.19 du Code de droit économique.

49. Portée de l'exonération. Dans l'arrêt *Mc Fadden*, la Cour de justice affirme qu'en plus de faire échec à une demande d'indemnisation pour faute, ce régime exclut également que le prestataire intermédiaire puisse se voir réclamer le remboursement de frais de mise en demeure ou

¹⁷⁰ Cour eur. D.H., 2 février 2016, *Magyar et Index.hu c. Hongrie*.

¹⁷¹ Comm. fr. Bruxelles, 30 octobre 2017, R.G. n° A/16/01974, inédit.



de frais de justice exposés aux fins de la demande d'indemnisation¹⁷². Par contre, selon la Cour de justice, l'article 12 de la directive sur le commerce électronique n'exclut pas que le fournisseur d'accès puisse se voir réclamer le remboursement des frais de mise en demeure et des frais de justice exposés préalablement à une action en cessation, dès lors que le régime prévu par l'article 12 ne fait pas obstacle aux injonctions de cessation¹⁷³.

3. Perte de l'exonération de responsabilité

50. Connaissance d'une information illicite. Conformément aux articles 13 et 14 de la directive sur le commerce électronique, le régime de responsabilité applicable aux prestataires de services de stockage et d'hébergement leur impose, pour éviter d'engager leur responsabilité sur la base du droit commun, d'agir promptement, dès qu'ils ont connaissance de l'illicéité d'une information, pour retirer celle-ci ou rendre son accès impossible. Cette obligation suscite des difficultés d'interprétation, qu'il s'agisse de déterminer ce que recouvre la notion d'information illicite, ou qu'il y ait lieu d'apprécier la forme dans laquelle la notification doit être portée à la connaissance du prestataire intermédiaire, ainsi que l'exigence de promptitude dans la réaction de celui-ci.

Plusieurs de ces questions ont été traitées dans un jugement du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles du 2 avril 2015¹⁷⁴. Dans cette affaire, l'opérateur flamand Telenet faisait l'objet d'une action en responsabilité, en raison de la publication de photos sur un site internet qu'il héberge, sans autorisation préalable du titulaire de droits. Le plaignant avait dénoncé la situation à Telenet en date des 5 et 16 mars 2009, mais le câblodistributeur n'avait réagi qu'à partir du 19 mars 2009. Telenet faisait grief au plaignant de ne pas lui avoir fourni une information suffisamment précise, de sorte qu'il ne lui était pas possible d'identifier les photos concernées par la plainte du 5 mars 2009.

Selon le tribunal de première instance, ce n'est pas parce qu'une information a été notifiée, qu'à défaut de réaction, le prestataire de service d'hébergement perd automatiquement le bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité prévu par la directive sur le commerce électronique. Il faut en effet déterminer si les informations communiquées sont de nature à permettre à l'hébergeur d'identifier l'existence de faits ou de circonstances illicites. À cet égard, le tribunal estime que la notification du titulaire de droits doit présenter un caractère suffisamment précis et détaillé, afin que l'hébergeur puisse identifier l'atteinte concernée. Si cela n'implique pas que le requérant doive nécessairement transmettre une liste exhaustive de toutes les adresses URL où les éléments contrefaisants peuvent être consultés, il faut toutefois veiller à ce que le prestataire intermédiaire dispose de suffisamment de données pour pouvoir agir promptement.

En l'espèce, le tribunal juge que la lettre adressée à Telenet le 5 mars 2009 était insuffisamment précise pour permettre à l'opérateur d'apprécier l'illégalité dénoncée. Le tribunal considère qu'il n'appartient pas à Telenet de rechercher de manière proactive l'existence d'illicéités afin de compléter les informations insuffisantes qui lui ont été transmises, jugeant que lui imposer une telle obligation serait contraire au prescrit de l'article 15 de la directive sur le commerce élec-

¹⁷² C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music*, aff. C-484/14, point 76.

¹⁷³ *Ibid.*, point 79.

¹⁷⁴ Civ. Bruxelles, 2 avril 2015, *A&M*, 2015, p. 398.



tronique, qui proscrit toute obligation générale de surveillance. Enfin, le tribunal reproche au requérant de n'avoir pas utilisé les procédures mises en place par Telenet pour notifier l'existence d'une publication illicite, lesquelles permettent pourtant de signaler et de localiser facilement une atteinte au droit d'auteur.

S'agissant du délai dans lequel Telenet a réagi aux plaintes du titulaire de droits, le tribunal constate que Telenet a certes laissé s'écouler un délai de quatorze jours avant de solliciter des informations complémentaires auprès du plaignant. Toutefois, selon la juridiction saisie, cela ne peut conduire à lui faire perdre le bénéfice du régime de responsabilité prévu par la directive, dès lors que la communication du 5 mars 2009 ne procurait pas suffisamment d'informations à l'hébergeur de nature à lui donner connaissance du caractère illicite des photos mises en ligne. Telenet n'avait donc pas, en date du 5 mars 2009, une obligation de réagir promptement à la notification du titulaire de droits.

4. *Actions en cessation*

51. Injonctions. Le régime prévu par la directive sur le commerce électronique est limité aux actions en responsabilité. Il est en effet précisé, au considérant n° 45 de la directive, que «les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible».

C'est à ce titre que, dans une décision du 20 décembre 2016¹⁷⁵, le président du tribunal de commerce de Liège a prononcé une injonction de cessation à l'égard d'une plateforme active sur internet. Dans cette affaire, un dentiste avait fait l'objet d'une publication dénigrante sur un site internet ayant pour activité de «référencer des adresses de qualité». Après avoir déposé plainte contre la personne physique suspectée d'avoir publié le commentaire litigieux, le dentiste avait adressé une mise en demeure à la plateforme, l'invitant à supprimer celui-ci.

À défaut de réaction de la plateforme, une action en cessation fut dirigée contre elle par le dentiste, en se fondant sur l'article VI.104 du Code de droit économique, qui interdit les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché par lesquels une entreprise porte atteinte aux intérêts professionnels d'une autre entreprise. Le président du tribunal de commerce a fait droit à la demande du dentiste, considérant que l'attitude de la plateforme était constitutive d'une pratique commerciale déloyale.

La motivation retenue par le magistrat est toutefois discutable. Ce dernier s'est en effet fondé sur une violation de l'article XII.19 du Code de droit économique pour justifier l'atteinte aux pratiques honnêtes du marché et imposer l'injonction de cessation. Il est parti du constat que le message litigieux n'avait pas été promptement retiré, alors que la société administrant le site internet était en possession de tous les éléments nécessaires pour constater son caractère abusif, puis en a déduit une faute susceptible d'engager la responsabilité de la plateforme au sens de l'article XII.19. Ce faisant, le président du tribunal de commerce a donné à l'article XII.19 du Code

¹⁷⁵ Prés. Comm. Liège, 20 décembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 98.



de droit économique une portée qu'il n'a pas. Cette disposition instaure un régime d'exonération de responsabilité civile et pénale en faveur des prestataires de service d'hébergement. Il n'a pas pour effet de conférer un droit subjectif aux personnes visées par des publications abusives. Au vu des éléments qui lui étaient présentés, le président du tribunal de commerce aurait pu se limiter à constater que, dans le cadre de son obligation d'adopter un comportement conforme aux pratiques honnêtes du marché, le prestataire intermédiaire est tenu de supprimer ou de rendre inaccessible tout contenu illicite, lorsqu'il en a la connaissance, en s'inspirant du mécanisme instauré par les articles XII.17 à XII.19 du Code de droit économique. Le juge aurait ainsi pu constater l'existence d'un comportement contraire aux pratiques honnêtes du marché, et y mettre fin, sans devoir faire le détour par le constat d'une violation de l'article XII.19 du Code de droit économique.

52. Limite des injonctions. La Cour de justice a déjà eu l'occasion de préciser, dans des arrêts antérieurs à la période examinée, que les injonctions à charge des prestataires intermédiaires devaient assurer un équilibre adéquat avec le droit à la liberté d'entreprise du prestataire de service, ainsi que du droit à la vie privée du destinataire de celui-ci. Elle a également rappelé la nécessité que la mesure ordonnée n'entre pas en conflit avec le droit à la liberté d'expression¹⁷⁶.

La Cour s'est de nouveau prononcée sur la portée des injonctions pouvant être imposées à un fournisseur d'accès à internet dans son arrêt *Mc Fadden*. Dans cette décision, la Cour envisage trois types d'injonctions distinctes. Elle exclut d'emblée l'adoption d'une mesure consistant dans la surveillance de l'ensemble des informations transmises sur le réseau de communication¹⁷⁷. Elle rejette également une mesure qui consisterait à arrêter la connexion à internet, en ce que celle-ci constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprise¹⁷⁸. Par contre, la haute juridiction est d'avis qu'une injonction consistant à imposer la sécurisation de la connexion à internet, au moyen d'un mot de passe, pourrait s'avérer adéquate, en ce qu'elle permettrait de dissuader les utilisateurs de la connexion de violer un droit d'auteur ou un droit voisin. Elle pose toutefois comme condition que les utilisateurs soient obligés de révéler leur identité afin d'obtenir le mot de passe requis¹⁷⁹. Cette dernière condition – qui doit permettre au fournisseur d'accès d'identifier les utilisateurs en fonction de leur mot de passe – a été à juste titre critiquée par la doctrine, au motif que la Cour ne s'est pas interrogée quant à sa compatibilité avec la protection du droit à la vie privée des utilisateurs, qui est pourtant consacré par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux¹⁸⁰.

Une autre forme d'injonction de cessation a été examinée par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg¹⁸¹, dans le cadre de la lutte menée par les titulaires de droits d'auteur et droits voisins contre la plateforme The Pirate Bay. Dans cette affaire, une association belge représentant des ayants droit avait agi contre la société luxembourgeoise Eurodns, qui est en charge de la réserva-

¹⁷⁶ Voy. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, aff. C-70/10; C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12.

¹⁷⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music*, aff. C-484/14, point 88.

¹⁷⁸ *Ibid.*, point 89.

¹⁷⁹ *Ibid.*, point 97.

¹⁸⁰ H. HAOUIDEG et S. DEBAENE, «Wi-Fi public ouvert et téléchargement illégal: protection et obligations du fournisseur d'accès», *R.D.T.I.*, 2016, p. 147.

¹⁸¹ Trib. Arr. Lux., 16 mars 2016, *A&M*, 2016, p. 146.



tion et l'activation de noms de domaine, en vue de bloquer les noms de domaine utilisés par The Pirate Bay. Après avoir constaté que la société Eurodns avait bien la qualité d'intermédiaire, au sens des directives 2001/29 et 2004/48, le tribunal d'arrondissement lui ordonne la cessation des atteintes, par son intermédiaire, au répertoire de l'association requérante, en lui faisant injonction de cesser l'exploitation d'une liste de 26 noms de domaine se déclinant sur « thepiratebay ». Après une longue analyse de la jurisprudence de la Cour de justice, le tribunal refuse, par contre, de prononcer une injonction imposant à Eurodns, à titre provisionnel, de cesser de fournir tout service concernant tout autre nom de domaine qui lui serait ultérieurement notifié par la requérante, et qui serait susceptible de renvoyer à la plateforme The Pirate Bay. Cette mesure est rejetée au motif qu'il appartient aux autorités et juridictions nationales, et non pas à une personne défendant des intérêts privés, de vérifier l'atteinte aux droits d'auteur (au sujet de cette décision, voy. aussi *infra*, n° 87).

G. Questions de droit international privé

53. Position de la question. Le web ne connaissant pas de frontières, les actes posés en ligne génèrent fréquemment des questions de droit international privé, qu'il s'agisse de déterminer les juridictions compétentes en cas de litige, ou d'identifier la loi applicable à l'acte qui a été posé. Au niveau européen, ces problèmes de droit international privé sont réglés, pour ce qui est de la compétence juridictionnelle, par le règlement Bruxelles *Ibis*¹⁸², et, pour ce qui est des conflits de lois, par le règlement Rome I¹⁸³ en matière contractuelle, et par le règlement Rome II en matière extracontractuelle¹⁸⁴.

1. Compétence juridictionnelle

54. Compétence juridictionnelle en matière extracontractuelle. En matière extracontractuelle, au-delà de la règle générale qui attribue compétence aux juridictions de l'État membre du défendeur, l'article 7, § 2, du règlement Bruxelles *Ibis* prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée devant les juridictions d'un autre État membre où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Cette disposition reprend la règle qui figurait, avant son abrogation, à l'article 5, § 3, du règlement Bruxelles I. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » désigne à la fois le lieu de l'événement causal à l'origine du préjudice, et celui de la matérialisation du dommage. Dans la première hypothèse (« lieu de l'événement causal »), les juridictions saisies sont compétentes pour statuer sur la réparation de l'intégralité du préjudice allégué, tandis que dans la deuxième hypothèse (« lieu de la matérialisation du dommage »), les

¹⁸² Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Ce règlement a abrogé le règlement « Bruxelles I » (règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). Il est applicable depuis le 10 janvier 2015.

¹⁸³ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹⁸⁴ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.



juridictions ne peuvent statuer que sur la partie du préjudice causé dans leur État membre¹⁸⁵. Dans le contexte spécifique d'internet, la Cour a interprété la règle de compétence de l'article 7, § 2, du règlement Bruxelles *Ibis* en identifiant un critère de rattachement supplémentaire. Elle a en effet jugé que la personne lésée devait pouvoir introduire son action devant les juridictions de l'État membre où se trouve le centre de ses intérêts, en vue d'obtenir la réparation de l'intégralité de son préjudice¹⁸⁶.

La Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle en vue de préciser le critère du centre des intérêts lorsque la personne lésée par une publication sur internet est une personne morale¹⁸⁷. Cette question préjudicielle s'est inscrite dans le cadre d'une affaire où une société estonienne exerçant son activité en Suède se plaignait d'avoir été référencée sur la liste noire publiée sur le site internet d'une fédération patronale suédoise, pour ses pratiques commerciales qualifiées « d'actes de fraude et de tromperie », et d'avoir fait l'objet de nombreux commentaires hostiles sur le forum de discussion de ce site internet. La société estonienne avait introduit un recours devant les juridictions estoniennes à l'encontre de la fédération suédoise, dénonçant le fait que l'information publiée avait affecté négativement son honneur, sa réputation et son renom. Il était demandé aux juridictions estoniennes de condamner la fédération suédoise à rectifier les informations et à supprimer les commentaires publiés, ainsi que de lui imposer le paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Saisies sur la base du fait que le dommage allégué s'était matérialisé dans cet État membre, les juridictions estoniennes avaient dans un premier temps considéré qu'elles n'étaient pas compétentes pour connaître du litige.

Dans son arrêt, la Cour de justice précise d'abord que le critère du centre des intérêts de la victime « traduit le lieu où, en principe, le dommage causé par un contenu en ligne se matérialise (...) le plus significativement »¹⁸⁸. Amenée ensuite à localiser le centre des intérêts d'une personne morale, la Cour affirme que celui-ci « doit traduire le lieu où sa réputation commerciale est la plus établie et doit, donc, être déterminé en fonction du lieu où elle exerce l'essentiel de son activité économique »¹⁸⁹. Elle prend le soin d'ajouter que la localisation du siège statutaire de la personne morale ne constitue pas un critère décisif dans le cadre d'une telle analyse, celle-ci devant en premier lieu être centrée sur l'activité économique de la personne morale. Revenant ensuite au contexte de l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle, la Cour affirme que « lorsque, comme dans l'affaire au principal, la personne morale concernée exerce la majeure partie de ses activités dans un État membre autre que celui de son siège statutaire, il y a lieu de présumer que la réputation commerciale de cette personne morale susceptible d'être affectée par la publication litigieuse est plus importante dans cet État membre que dans n'importe quel autre et que, en conséquence, une éventuelle atteinte à cette réputation y serait ressentie le plus fortement. Dans cette mesure, les juridictions dudit État membre sont les mieux placées pour apprécier l'existence et l'étendue éventuelle de cette prétendue atteinte (...) »¹⁹⁰. Ainsi, la Cour de justice semble clairement considérer que le centre des intérêts de la société estonienne se situe en Suède. Il est

¹⁸⁵ C.J.C.E., 7 mars 1995, *Shevill*, aff. C-68/93, point 33.

¹⁸⁶ C.J.U.E., 25 octobre 2011, *eDate Advertising*, aff. C-509/09 et C-161/10, point 48.

¹⁸⁷ C.J.U.E., 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen et Ilsjan*, aff. C-194/16.

¹⁸⁸ *Ibid.*, point 33.

¹⁸⁹ *Ibid.*, point 41.

¹⁹⁰ *Ibid.*, point 42.



important de préciser que ceci n'exclut sans doute pas complètement la compétence des juridictions estoniennes. Celles-ci ne peuvent toutefois se prononcer que dans le cadre restreint de la réparation du dommage subi par la société sur le territoire estonien. Par contre, la Cour de justice a expressément précisé dans l'arrêt commenté qu'à la différence d'une action en réparation, une demande visant à la rectification de données et à la suppression de commentaires «est une et indivisible et ne peut, par conséquent, être portée que devant une juridiction compétente pour connaître de l'intégralité d'une demande de réparation du dommage»¹⁹¹.

Pendant la période commentée, la Cour de justice a également été saisie d'une demande visant à interpréter la règle figurant à l'article 7, § 2, du règlement Bruxelles *Ibis* dans le cadre d'une action en responsabilité pour violation d'une interdiction de vente en dehors d'un réseau de distribution sélective¹⁹². Dans l'affaire soumise à la Cour de justice, une entreprise française se livrant à la vente de produits électroniques en magasin et sur un site internet de vente en ligne, s'était vu reprocher un manquement contractuel par Samsung. Le contrat conclu entre l'entreprise française et Samsung lui interdisait, en effet, la vente en ligne des produits de la marque coréenne. L'entreprise française contestait la validité de cette interdiction contractuelle, constatant que celle-ci n'était pas appliquée à tous les distributeurs de Samsung, certains commercialisant les produits via la plateforme Amazon. L'entreprise française avait dès lors assigné Samsung et Amazon devant les juridictions françaises. L'action dirigée contre Amazon tendait à faire condamner la plateforme à retirer un certain nombre de produits Samsung. C'est dans ce contexte que les juridictions françaises se sont interrogées au sujet de leur compétence à connaître du litige en ce qu'il était dirigé contre Amazon. Dans cette affaire, le territoire français était désigné en tant que lieu de la matérialisation du dommage subi par la société plaignante.

Dans son arrêt du 21 décembre 2016, la Cour de justice considère que le critère de rattachement tiré du lieu de la matérialisation du dommage «est subordonné à ce que le droit dont la violation est alléguée soit protégé» dans l'État membre dont les juridictions sont saisies¹⁹³. Or, la Cour constate qu'en l'espèce, l'interdiction de revente hors réseau est sanctionnée par le droit français, de sorte qu'il existe un lien naturel entre cet État membre et le litige, justifiant la compétence des juridictions françaises¹⁹⁴. La Cour relève en outre que c'est sur le territoire français que se matérialise le préjudice allégué par la société plaignante¹⁹⁵.

Au niveau national, la cour d'appel de Bruxelles a également fait application de la règle de compétence juridictionnelle figurant à l'article 7, § 2, du règlement Bruxelles *Ibis*, dans le cadre d'une action en cessation visant à dénoncer l'envoi de mails non sollicités à des concurrents, ainsi qu'à de potentiels clients d'une entreprise allemande. L'injonction sollicitée visait l'envoi des e-mails sur l'ensemble du territoire du Benelux. Dans son arrêt du 13 septembre 2016¹⁹⁶, la cour d'appel de Bruxelles relève que les e-mails ont été envoyés au départ de la commune d'Ixelles. Elle estime qu'il s'agit là du lieu de l'événement causal à l'origine du préjudice subi par la société allemande, ce qui justifie la compétence des juridictions belges. La Cour relève en outre, à titre surabondant,

¹⁹¹ *Ibid.*, point 48.

¹⁹² C.J.U.E., 21 décembre 2016, *Concurrence c. Samsung et Amazon*, aff. C-618/15.

¹⁹³ *Ibid.*, point 30.

¹⁹⁴ *Ibid.*, point 32.

¹⁹⁵ *Ibid.*, point 33.

¹⁹⁶ Bruxelles, 13 septembre 2016, *Ann. Prat. Marché*, 2017, p. 393.



que la société défenderesse est une entreprise belge, ce qui justifie la compétence des juridictions belges sur pied de l'article 4 du règlement n° 1215/2012. Faisant droit à la demande d'injonction de la société allemande, la cour d'appel de Bruxelles a toutefois limité la portée de celle-ci au seul territoire belge. Il nous semble qu'au-delà de la réception des e-mails incriminés sur le territoire belge, la mesure aurait également pu viser l'envoi de tout e-mail au départ du territoire belge, ce qui lui aurait conféré une portée nettement plus large. Une telle mesure aurait pu se justifier, dès lors que les juridictions belges étaient saisies en tant que lieu du fait générateur du préjudice. Il semble toutefois que la demande n'avait pas été formulée en ce sens.

55. Compétence juridictionnelle en matière contractuelle. Dans le cadre d'un contrat conclu entre une entreprise et un consommateur, les questions de compétence juridictionnelle sont réglées aux articles 17 et suivants du règlement Bruxelles Ibis. Ces dispositions, qui figuraient auparavant aux articles 15 et suivants du règlement Bruxelles I, s'appliquent notamment lorsque le consommateur a conclu un contrat avec une entreprise «qui exerce ses activités dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités»¹⁹⁷. Dans cette hypothèse, l'article 18 permet au consommateur d'agir, contre cette entreprise, devant les juridictions de l'État membre dans lequel il est domicilié.

La Cour de justice a été saisie d'une demande d'interprétation de la règle figurant à l'article 17, § 3, du règlement Bruxelles Ibis dans le cadre d'un litige opposant un couple de particuliers allemands à un intermédiaire exerçant ses activités en Espagne¹⁹⁸. Sollicité initialement pour une mission de courtage, l'intermédiaire avait mis le couple en contact avec un promoteur immobilier, afin de leur permettre d'acquérir un appartement en Espagne. Suite à la faillite du promoteur immobilier, l'intermédiaire avait ensuite proposé d'assister le couple, dans le cadre d'un contrat de gestion d'affaires, afin que soient réalisés les travaux de finition de l'appartement vendu. Le couple allemand adressait plusieurs griefs à l'intermédiaire dans le cadre de l'exécution de ce mandat de gestion d'affaires. Ils avaient en conséquence saisi les juridictions allemandes en vue d'obtenir le remboursement des sommes versées à cet intermédiaire pour son activité de gérant d'affaires.

Afin de fonder la compétence des juridictions allemandes, les demandeurs s'appuyaient notamment sur le fait que l'intermédiaire offrait ses services sur internet via un site rédigé en langue allemande, que ce site indiquait une adresse électronique de contact hébergée sur un serveur utilisant un nom de domaine «.de», que le service d'appui de l'activité professionnelle de l'intermédiaire était joignable via un numéro de téléphone berlinois et que l'intermédiaire se servait de prospectus rédigés en langue allemande. Ils estimaient donc que l'activité de cet intermédiaire était dirigée vers le territoire allemand. Toutefois, le litige déféré à la Cour de justice présentait la particularité de mettre en cause non pas le contrat de courtage initialement conclu avec l'intermédiaire, qui s'inscrivait effectivement dans le cadre de son activité dirigée vers l'Allemagne, mais le contrat de gestion d'affaires souscrit dans un deuxième temps entre les mêmes parties. Comme l'a synthétisé la Cour de justice, «si le contrat de courtage entrait dans le cadre de l'activité d'inter-

¹⁹⁷ Art. 17, § 3.

¹⁹⁸ C.J.U.E., 23 décembre 2015, *Hobohm c. Kampik*, aff. C-297/14.



médiaire immobilier "dirigée vers" l'Allemagne par M. Kampik, il n'en allait pas de même du contrat de gestion d'affaires, considéré isolément»¹⁹⁹.

Selon la Cour de justice, l'article 17, § 3, du règlement Bruxelles *Ibis* doit recevoir une interprétation stricte, en ce qu'il constitue une dérogation à la règle générale de la compétence des juridictions de l'État membre du défendeur et à la règle de compétence spéciale en matière de contrats selon laquelle le tribunal compétent est celui du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été exécutée²⁰⁰. La Cour considère dès lors que la compétence des juridictions allemandes ne peut se justifier que s'il existe un lien étroit entre le contrat de gestion d'affaires et le contrat de courtage initial²⁰¹. En l'espèce, la Cour est d'avis que «le contrat de gestion d'affaires, même s'il n'entre pas en tant que tel dans le domaine de l'activité commerciale ou professionnelle "dirigée" par le professionnel "vers" l'État membre du domicile du consommateur, a néanmoins été conclu dans le prolongement direct de cette activité et qu'il est complémentaire au contrat de courtage en ce qu'il vise à permettre que soit atteint l'objectif économique poursuivi au moyen de ce dernier contrat»²⁰². Elle estime par conséquent qu'il existe un lien économique entre les deux contrats, pouvant justifier la compétence des juridictions allemandes. En effet, selon la Cour, si à la suite d'un premier contrat «le professionnel propose de conclure et, le cas échéant, conclut avec le même consommateur un contrat qui est censé atteindre l'objectif essentiel poursuivi au moyen du premier contrat, ce professionnel peut raisonnablement s'attendre à ce que les deux contrats soient soumis au même régime de compétence juridictionnelle»²⁰³.

2. Loi applicable

56. Droit applicable à une action en cessation. Pendant la période faisant l'objet de la présente chronique, la Cour de justice a précisé la manière dont il fallait articuler l'application des règlements Rome I et Rome II dans le cadre d'une action en cessation dénonçant des pratiques contractuelles illicites²⁰⁴.

La Cour était saisie d'un litige opposant une association de consommateurs autrichiens à la plateforme Amazon. L'association de consommateurs, qui avait relevé que la plateforme était accessible en Autriche et visait des consommateurs de ce pays, se plaignait de différentes dispositions figurant dans les conditions générales applicables aux contrats de vente électroniques conclus par Amazon. Parmi ces conditions contractuelles, l'une prévoyait l'application du droit luxembourgeois au contrat formé. L'action menée par l'association autrichienne se fondait sur l'application de la directive 2009/22 relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs²⁰⁵.

¹⁹⁹ *Ibid.*, point 28.

²⁰⁰ *Ibid.*, point 32.

²⁰¹ *Ibid.*, point 33.

²⁰² *Ibid.*, point 35.

²⁰³ *Ibid.*, point 39.

²⁰⁴ C.J.U.E., 28 juillet 2016, *VKI c. Amazon*, aff. C-191/15.

²⁰⁵ Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.



Dans un arrêt du 28 juillet 2016²⁰⁶, la Cour de justice a pris soin de distinguer le droit applicable à l'action en cessation en tant que telle, du droit applicable à l'examen du caractère abusif des conditions contractuelles.

S'agissant du droit applicable à l'action en cessation menée par l'association de consommateurs autrichiens, la Cour qualifie celle-ci d'action portant sur une obligation non contractuelle, justifiant l'application du règlement Rome II²⁰⁷. L'article 6 de ce règlement prévoit que « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être ». La Cour a ensuite précisé que « le pays où les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés au sens de l'article 6, § 1, du règlement Rome II est celui dans lequel résident les consommateurs vers lesquels l'entreprise dirige ses activités et dont les intérêts sont défendus par l'association de protection des consommateurs concernée »²⁰⁸. Selon la Cour, le fait qu'Amazon ait prévu dans ses conditions générales une clause renvoyant à l'application du droit luxembourgeois est sans incidence sur l'application de cette disposition.

En ce qui concerne le droit applicable à l'examen du caractère abusif des clauses figurant dans les conditions générales de vente d'Amazon, la Cour juge que c'est le règlement Rome I qui est d'application, puisqu'il s'agit d'apprécier la licéité d'obligations contractuelles²⁰⁹. Selon la Cour de justice, ceci permet de garantir que la même loi s'applique à l'examen de la validité des clauses litigieuses dans le cadre d'un procès individuel ou d'une action collective²¹⁰.

La cour d'appel d'Anvers a également été saisie d'une action en cessation visant à dénoncer des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché, localisés sur le territoire espagnol. L'action était menée par une entreprise proposant l'offre de télévision par satellite TV Vlaanderen, qui est destinée au public flamand. L'opérateur réagissait à une publicité jugée dénigrante, diffusée sur le territoire espagnol, par l'entreprise offrant le service Bhaalu, un système d'enregistrement à la demande d'émissions dans le cloud. La publicité litigieuse visait principalement un public de consommateurs belges ayant une seconde résidence en Espagne. Elle avait été publiée en néerlandais.

La cour d'appel juge, à juste titre, que le droit applicable doit être déterminé en application de l'article 6, § 2, du règlement Rome II, qui renvoie à la règle générale figurant à l'article 4 du règlement. En vertu de l'article 4, § 2, « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ». Selon la cour, en l'espèce, le préjudice allégué est centré sur le marché belge. La cour rappelle en outre la règle contenue à l'article 4, § 3, du règlement, selon laquelle « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Or, selon la juridiction anversoise, il est incontestable que

²⁰⁶ C.J.U.E., 28 juillet 2016, *Vkl c. Amazon*, aff. C-191/15.

²⁰⁷ *Ibid.*, point 39.

²⁰⁸ *Ibid.*, point 43.

²⁰⁹ *Ibid.*, points 49-50.

²¹⁰ *Ibid.*, points 53-56.



la réclame contestée entretient un lien plus étroit avec la Belgique qu'avec les autres États dans lesquels un préjudice pourrait survenir. La cour d'appel d'Anvers décide donc de faire application du droit belge²¹¹.

II. DROITS INTELLECTUELS

Antoine DELFORGE²¹², Noémie GILLARD²¹³, Manon KNOCKAERT²¹⁴, Michael LOGNOUL²¹⁵,
Benoît MICHAX²¹⁶, Alejandra MICHEL²¹⁷, Zorana ROSIC²¹⁸, Thomas TOMBAL²¹⁹

57. Plan des développements. Cette partie de la chronique examine les décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2015 et le 31 décembre 2017 dans le domaine des droits intellectuels.

Nous analysons la jurisprudence en matière de droit d'auteur et droits voisins (A), de protection juridique des programmes d'ordinateur (B), de protection juridique des bases de données (C) et de droit des marques (D)²²⁰.

A. Droit d'auteur et droits voisins

1. Droits patrimoniaux

a. Exploitation numérique d'œuvres

58. Exploitation numérique de livres indisponibles. Dans un arrêt du 16 novembre 2016²²¹, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur une législation nationale confiant à une société de gestion collective le droit d'autoriser l'exploitation numérique de « livres indisponibles » à des fins commerciales²²². Dans le cadre de la procédure nationale devant le juge administratif, les requérants – à savoir deux auteurs d'œuvres littéraires – estimaient que cette réglementation créait une exception, non prévue par l'article 5 de la directive 2001/29/CE, au droit exclusif de reproduction de l'auteur. Considérant qu'il ne faisait nul doute qu'une telle législation n'était visée par aucune des exceptions au droit d'auteur et qu'elle touchait à la fois au droit de reproduction et au droit de communication au public, la Cour de justice a reformulé la question

²¹¹ Anvers, 28 mai 2015, *Ann. Prat. Marché*, 2016, p. 55.

²¹² Chercheur au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS).

²¹³ Chercheuse au CRIDS.

²¹⁴ Chercheuse au CRIDS.

²¹⁵ Assistant à l'Université de Namur et membre du CRIDS.

²¹⁶ Maître de conférences à l'Université de Namur, avocat.

²¹⁷ Chercheuse au CRIDS.

²¹⁸ Assistante à l'Université de Namur et membre du CRIDS.

²¹⁹ Chercheur-doctorant au CRIDS.

²²⁰ Sur ces matières, voy. les précédentes chroniques : C. COLIN, A. CRUQUENAIRE, A. DE FRANQUEN, C. KER, P. LAURENT et M. TONSSIRA SANOU, « Droits intellectuels », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)*, *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 41-80 ; A. CRUQUENAIRE, S. HALLEMANS, A. DE FRANQUEN, C. KER, P. LAURENT et M. TONSSIRA SANOU, « Droits intellectuels », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011)*, *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49, pp. 28-68 ; A. CRUQUENAIRE, F. DELNOOZ, S. HALLEMANS, C. KER et B. MICHAX, « Droits intellectuels », *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2012-2014)*, *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 38-71.

²²¹ C.J.U.E. (3^e ch.), 16 novembre 2016, *Soulier & Doke c. Premier ministre*, aff. C-301/15.

²²² Le Code de la propriété intellectuelle français estime qu'un livre est « indisponible » lorsqu'il a été publié en France avant le 1^{er} janvier 2001 et qu'il ne fait plus l'objet d'une diffusion commerciale ni d'une publication sur support matériel ou numérique. Voy. *ibid.*, point 17.

