

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Contrats de l'informatique et commerce électronique

Hubin, Jean-Benoît; Jacquemin, Hervé

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hubin, J-B & Jacquemin, H 2015, 'Contrats de l'informatique et commerce électronique', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 59-60, pp. 7-37.

#### 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

## 2012-2014

### I. CONTRATS DE L'INFORMATIQUE ET COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Jean-Benoît HUBIN<sup>1</sup> et Hervé JACQUEMIN<sup>2</sup>

**1. Plan des développements.** Cette partie de la chronique examine les décisions rendues entre le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et le 31 décembre 2014 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 publicité en ligne (B), de conclusion des contrats par voie électronique (C), de paiement électronique (D), de preuve et de signature électronique (E), de responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet (F) et de droit international privé (G)<sup>3</sup>.

**2. Code de droit économique.** Au cours de la période couverte par la présente chronique, diverses législations ressortissant, globalement, au droit des affaires (en ce compris dans le domaine des technologies de l'information), ont été codifiées et figurent désormais dans le Code de droit économique du 28 février 2013. Le cas échéant, elles ont fait l'objet de modifications de fond.

En matière de commerce électronique, il faut avoir égard aux livres VI<sup>4</sup> («Pratiques du marché et protection du consommateur») et XIV<sup>5</sup> («Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux professions libérales») du Code de droit économique<sup>6</sup>, entrés en vigueur le

<sup>1</sup> Assistant à l'Université de Namur (Centre de Recherche Information Droit et Société – CRIDS), avocat au barreau de Namur.

<sup>2</sup> Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS), chargé de cours invité à l'UCL et à l'ICHEC, avocat au barreau de Bruxelles.

<sup>3</sup> 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.*, n° 35, 2009, pp. 11-29; H. JACQUEMIN, «Contrats informatiques – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)», *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, 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°s 48-49, pp. 5 et s.

<sup>4</sup> Ce livre est introduit par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI «Pratiques du marché et protection du consommateur» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I<sup>er</sup> et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

<sup>5</sup> Ce livre est introduit par la loi du 15 mai 2014 portant insertion du livre XIV «Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale» dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014.

<sup>6</sup> À ce sujet, voy. les commentaires suivants: E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, «Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés», *R.D.C.*, 2014, spéc. pp. 345 et s.; Y. NINANE et A. BOCHON, «Actualités en matière de contrats de consommation», in *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 69 et s.; G. VANDENDRIESSCHE, «Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI



31 mai 2014<sup>7</sup>. Ces livres remplacent respectivement la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après «LPMC») et la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (ci-après «LPL»). Dans ces deux livres, et spécialement en matière de contrats à distance (ne portant pas sur des services financiers), les modifications ont principalement été introduites pour transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs<sup>8</sup>. Parallèlement, il faut avoir égard aux définitions du livre I et aux sanctions pénales du livre XV.

On doit aussi signaler les règles figurant dans le livre XII du Code de droit économique (sur le droit de l'économie électronique), dont le titre 1<sup>er</sup> porte sur certains aspects juridiques de la société de l'information<sup>9</sup>. Il s'agit de la codification à droit constant des dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

Concernant les paiements électroniques, les dispositions de la loi du 10 décembre 2009 se trouvent désormais dans le livre VII du Code de droit économique, sur les services de paiement et de crédit<sup>10</sup>.

Par souci de clarté, même si la décision n'a pas été rendue sur le fondement du Code de droit économique, nous veillerons à mentionner des dispositions correspondantes de celui-ci.

## A. Contrats de l'informatique

**3. Obligation de délivrance.** Appelée à trancher un litige entre un prestataire informatique et une PME qui lui avait commandé l'installation d'un nouveau PC et d'un nouveau serveur infor-

---

van het wetboek economische recht», in *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 105 et s.; F. GLANSDORFF, «Le Code de droit économique et les professions libérales», in *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 217 et s.; R. STEENNOT et E. TERRY, «De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht: een eerste commentaar», *D.C.C.R.*, 2014, pp. 3 et s.; T. BAES, «Boek VI WER – Marktpraktijken en consumentenbescherming: steven naar een maximal behoud van de WMPC», *R.D.C.*, 2014, pp. 757 et s.; H. JACQUEMIN, «Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII)», *J.T.*, 2014, pp. 722 et s.; H. JACQUEMIN, «Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne», *R.D.T.I.*, 2014/3, pp. 5 et s.; D. GOL, «Pratiques du marché et protection du consommateur», in *Le Code de droit économique: principales innovations*, CUP, vol. 156, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 99 et s.

<sup>7</sup> Art. 1<sup>er</sup> de l'A.R. du 28 mars 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique, *M.B.*, 29 avril 2014 (pour le livre VI) et art. 9 de la loi précitée du 15 mai 2014 (pour le livre XIV).

<sup>8</sup> Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O. L 304* du 22 novembre 2011.

<sup>9</sup> Loi du 15 décembre 2013 portant insertion du livre XII «Droit de l'économie électronique» dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au livre XII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 14 janvier 2014.

<sup>10</sup> Loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII «Services de paiement et de crédit» dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions, *M.B.*, 28 mai 2014.



matique, la cour d'appel de Bruxelles a précisé, par arrêt du 29 novembre 2013, le contenu de l'obligation de délivrance à charge du prestataire informatique<sup>11</sup>.

Dans le cadre de cette installation, le prestataire informatique était tenu de récupérer et de réaliser le transfert de certaines données informatiques de la PME. Toutefois, approximativement deux mois après l'opération, la PME avait été confrontée à des problèmes techniques empêchant le bon fonctionnement du nouveau serveur installé. Elle avait dû déplorer, à cette occasion, la perte de données relatives à ses courriels, à sa comptabilité et à sa logistique, qui étaient stockées sur le serveur. Ne pouvant être récupérées, ces données avaient dû être ré-encodées.

Le litige résultant de cette situation a donné à la cour d'appel de Bruxelles l'occasion de se pencher sur le contenu de l'obligation de délivrance à charge du prestataire informatique. Selon la cour, cette obligation de délivrance inclut la livraison, l'installation et la mise en service du matériel commandé, en vue de le rendre opérationnel. Cette position est conforme à ce qu'enseigne la doctrine, qui rappelle qu'«au-delà de la simple délivrance matérielle des éléments d'un système informatique, le fournisseur a une obligation d'installation et de mise en route du système»<sup>12</sup>. Elle rejoint également les enseignements d'un précédent arrêt de la cour d'appel de Liège<sup>13</sup>. Pour la cour, la récupération des fichiers du client s'inscrit également dans le cadre de l'obligation de délivrance du nouveau système informatique.

La cour a ensuite défini cette obligation de délivrance comme une obligation de résultat<sup>14</sup>. En effet, bien qu'elle ait relevé qu'en matière informatique la prestation promise ne soit pas dépourvue de tout aléa, la cour a considéré que le professionnel de l'informatique était censé connaître les caractéristiques du matériel à installer, maîtriser les opérations techniques de l'installation et procéder à la sauvegarde des données en vue de pouvoir reconstituer l'ancienne configuration en cas d'échec de l'installation. Dans le cadre de cette opération, la cour d'appel de Bruxelles a cependant veillé à nuancer le contenu de l'obligation de résultat à charge du prestataire informatique. Elle a en effet estimé qu'il était normal qu'un nouveau système informatique soit confronté à un certain taux d'indisponibilité et de non-fonctionnement après son installation, pour autant que cela reste dans des limites raisonnables et que le fournisseur y apporte les corrections nécessaires. Cependant, elle a jugé que si le non-fonctionnement partiel du système était acceptable dans les premières semaines suivant son installation, un incident survenant près de deux mois après cette installation et conduisant à la perte de certaines données stockées sur le serveur constituait un manquement à l'obligation de délivrance dans le chef du prestataire informatique.

**4. Contrat de prestation de services multimédia et clause de dédit.** Pendant la période examinée, plusieurs litiges ont impliqué une société active dans le domaine informatique et de la création de sites internet au sujet de la mise en œuvre de ses conditions générales. Cette entreprise spécialisée dans la prestation de services multimédia propose à ses clients, de petites entreprises ayant une connaissance limitée du fonctionnement du web, la réalisation et l'héber-

<sup>11</sup> Bruxelles, 29 novembre 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 272.

<sup>12</sup> E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, coll. Tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 78.

<sup>13</sup> Liège, 11 février 1993, *J.T.*, 1993, p. 556.

<sup>14</sup> Sur cette question, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, «Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique: le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles», *Rev. Ubiquité*, 2002, p. 12.



gement de leur site internet. Le contrat de prestation de services multimédia proposé par cette société à ses clients prend la forme d'un contrat d'adhésion. Il prévoit le paiement d'une somme forfaitaire mensuelle pendant une durée déterminée de 48 mois, en échange de la réalisation de la prestation convenue. Compte tenu du montant de la somme mensuelle exigée, ceci a pour conséquence de rendre le coût de la prestation bien plus élevé que ce qu'elle représente en réalité au prix du marché. Les conditions générales du prestataire de services prévoient également une clause de résiliation anticipée, qui impose le paiement d'une indemnité correspondant à 60 % des montants restant à verser en échange de la résiliation contractuelle. La mise en œuvre de cette clause force l'entreprise cliente à payer des montants très élevés pour se défaire du contrat. Les services du prestataire multimédia étant proposés exclusivement à des entreprises, ces dernières ne bénéficient pas des mécanismes de protection des consommateurs prévus par le Code de droit économique, malgré le déséquilibre contractuel manifeste relevé dans les rapports entre l'entreprise prestataire de services et ses clients.

Certains clients s'estimant lésés par les conditions générales du prestataire de services multimedia ont refusé d'exécuter le contrat souscrit et, en conséquence, de rémunérer le service fourni. Cette attitude a obligé l'entreprise prestataire de services à saisir le tribunal de commerce de Bruxelles d'actions en recouvrement de créance. Dans le cadre de ces litiges, des demandes reconventionnelles ont été formulées par les entreprises clientes, dans le but de dénoncer les conditions de formation du contrat qu'elles avaient conclu, ou de contester sa bonne exécution par le prestataire de services multimedia. Les décisions rendues par le tribunal de commerce de Bruxelles ont conduit ce dernier à donner gain de cause au prestataire de services, faisant droit à sa demande en recouvrement de créance, et écartant au passage les griefs de dol dans la formation du contrat ou d'inexécution contractuelle qui lui étaient reprochés, faute pour ces reproches d'être suffisamment étayés<sup>15</sup>.

À son tour, la cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée sur la licéité de l'indemnité réclamée aux clients de cette entreprise à l'occasion de la résiliation anticipée du contrat de prestations de services multimédia<sup>16</sup>. Dans le litige soumis à la cour d'appel, le contrat conclu impliquait la réalisation, la production et la diffusion sur le site internet de l'entreprise cliente d'une séquence vidéo destinée à être diffusée à titre de présentation commerciale. Après que le film ait été réalisé, la cliente avait rapidement suspendu le paiement des mensualités convenues, expliquant que son site internet allait être mis hors ligne et qu'elle n'aurait donc aucun usage de la vidéo.

Dans son arrêt, la cour d'appel de Bruxelles a qualifié le contrat de prestations de services multimedia de contrat de louage d'ouvrage, au sens de l'article 1710 du Code civil. Elle a rappelé que l'article 1794 du Code civil offrait au maître d'ouvrage une faculté de résiliation unilatérale de ce type de contrat, à condition de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner. Elle a ensuite analysé la disposition des conditions générales du prestataire de services prévoyant l'indemnité due en cas de rupture anticipée du contrat et l'a qualifiée de clause de dédit, refusant expressément de l'assimiler à une clause pénale. La clause de dédit est celle qui autorise une partie à se retirer du contrat en payant une

<sup>15</sup> Comm. Bruxelles, 4 octobre 2013, inédit; Comm. Bruxelles, 19 décembre 2013, R.G. n° A/12/02904, inédit; Comm. Bruxelles, 27 janvier 2014, inédit.

<sup>16</sup> Bruxelles, 17 octobre 2014, R.G. n° 2011/AR/1784, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).



indemnité<sup>17</sup>. Dans un contrat d'entreprise, elle constitue la contrepartie du droit reconnu au maître de l'ouvrage de mettre anticipativement fin à la convention<sup>18</sup>, alors que la clause pénale ne peut être qu'une indemnisation forfaitaire du dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle<sup>19</sup>. À la différence d'une clause pénale, une clause de dédit ne peut être réduite par les cours et tribunaux en application de l'article 1231 du Code civil, ce qui a justifié la décision de la cour d'appel de Bruxelles de contraindre l'entreprise cliente à payer le montant prévu dans la disposition litigieuse.

Une clause de dédit ne peut être contestée que sur la base des articles 6 et 1134 du Code civil<sup>20</sup>. L'article 6 du Code civil prohibe les engagements contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, tandis que l'article 1134 rappelle que ceux-ci doivent être exécutés de bonne foi<sup>21</sup>. Aucune de ces dispositions n'était invoquée dans l'affaire examinée. Par conséquent, la décision commentée nous paraît devoir être approuvée.

Ce type de litige met néanmoins en évidence le déficit de protection juridique auquel doivent faire face les très petites entreprises, qui se trouvent dans un rapport de force déséquilibré face à certains prestataires de services et se voient de ce fait imposer des contrats d'adhésion caractérisés par une disproportion de la valeur économique des prestations à charge des deux parties. Des initiatives sont actuellement menées au niveau européen afin de permettre à ce type d'entreprises de bénéficier de mécanismes de protection comparables à ceux dont jouissent les consommateurs<sup>22</sup>.

## B. Publicité en ligne

**5. Un métatag constitue-t-il de la publicité ?** Dans la précédente chronique<sup>23</sup>, nous avons fait état d'une question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne par la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 décembre 2011<sup>24</sup>.

Le litige opposait deux entreprises actives dans le secteur des trieuses et des chaînes de triage à technologie laser, BEST et Visys (dans le cadre d'une action en cessation commerciale). La première reprochait à l'autre d'utiliser des balises métas renvoyant vers ses produits et l'acronyme du nom commercial de BEST. Visys bénéficiait ainsi d'un référencement optimal par les moteurs de recherche. Lors d'une recherche Google sur le terme « Best Laser Sorter », le demandeur était

<sup>17</sup> Liège, 25 février 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 183.

<sup>18</sup> Liège, 29 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 486.

<sup>19</sup> Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, p. 103, note I. MOREAU-MARGRÈVE, « Quel sort réserver aux clauses réservant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ? ».

<sup>20</sup> M.-P. NOËL, « La délimitation des règles applicables aux clauses de dédit », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1499.

<sup>21</sup> Pour une application de l'article 1134 du Code civil à une clause de dédit insérée dans un contrat d'entreprise, voy. Civ. Hasselt, 28 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 241.

<sup>22</sup> Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain, final report, prepared for the European Commission, DG Internal Market, DG MARKT/2012/049, 26 February 2014, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/retail/docs/140711-study-utp-legal-framework\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140711-study-utp-legal-framework_en.pdf). Ce rapport a expressément relevé que la pratique des clauses de dédit imposant des frais de sortie élevés à une entreprise était une conséquence de la situation d'inégalité contractuelle entre entreprises que l'étude était tenue de mettre en évidence (p. 118).

<sup>23</sup> E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011) », *op. cit.*, pp. 9-10, n° 8.

<sup>24</sup> Cass., 8 décembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2733.



renvoyé au site de BEST et, juste après, au site de Visys. BEST se plaint aussi de ce que Visys a enregistré et utilise le nom de domaine « www.bestlasersorter.com »<sup>25</sup>.

La Cour de justice s'est prononcée le 11 juillet 2013<sup>26</sup>. Elle raisonne par référence à la notion de « publicité », telle que définie dans la directive 84/450/CEE, puis dans la directive 2006/114/CE, comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, en ce compris les biens immeubles, les droits et les obligations »<sup>27</sup>. La directive 2006/114/CE (qui remplace la directive 84/850) est principalement transposée dans le livre VI du Code de droit économique. La « publicité » est définie à l'article I.8, 13<sup>o</sup>, du C.D.E.<sup>28</sup>.

La question se pose effectivement de savoir si des métatags, que les internautes ne voient pas directement (puisqu'ils sont insérés dans le code de programmation des sites internet) mais qui sont pris en compte par les moteurs de recherche pour référencer les pages web (comme en l'espèce), répondent à la définition de la « publicité ».

La Cour de justice répond par l'affirmative. Elle décide que ces balises méta constituent une forme de communication au sens de la définition précitée (puisqu'elles mentionnent les produits d'un concurrent et le nom commercial de celui-ci)<sup>29</sup>. Elle ajoute qu'« est sans pertinence à cet égard le fait que ces balises méta demeurent invisibles pour l'internaute et que leur destinataire direct est non pas celui-ci, mais le moteur de recherche. Il suffit de constater à cet égard que (...) la notion de publicité englobe expressément toute forme de communication, en incluant donc également des formes de communication indirecte, *a fortiori* lorsque celles-ci sont susceptibles d'influencer le comportement économique du consommateur et ainsi d'affecter le concurrent au nom et aux produits duquel les balises méta font allusion. Il ne fait par ailleurs aucun doute qu'une telle utilisation des balises méta constitue une stratégie de promotion en ce qu'elle vise à inciter l'internaute à visiter le site de l'utilisateur et à s'intéresser aux produits ou aux services de celui-ci » (point 58).

Ce faisant, la Cour privilégie une définition fonctionnelle de la publicité, qui tient compte des effets qui en résultent, en particulier quant à leur possibilité d'influencer le consommateur. Puisque les métatags permettent un meilleur référencement des sites qui les contiennent, le consommateur sera susceptible de les visiter davantage (et donc d'avoir une incidence sur son comportement).

<sup>25</sup> Dans cette partie de la chronique, nous nous limitons toutefois aux métatags. Pour l'utilisation et l'enregistrement du nom de domaine, voy. *infra*, n° 88.

<sup>26</sup> C.J.U.E., 11 juillet 2013, aff. C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV*. Pour des commentaires de cet arrêt, voy. A. CRUQUENAIRE, « Outils de référencement et usage de la marque d'un concurrent : le droit de la publicité comparative en ligne de mire », *R.D.T.I.*, 2013, n° 53, pp. 73 et s.; P. VAN EECKE et A. DIERICK, « Het gebruik van domeinnamen en metatags als reclame. De Belgische rechtspraak getoetst na *BEST v. Visys* », *R.D.C.*, 2014, pp. 493-497; B. DEVOLDER, « Domeinnamen en metatags als reclame », *D.C.C.R.*, 2015, pp. 73-84.

<sup>27</sup> Voy. l'article 2, 1<sup>o</sup>, de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *J.O. L 250* du 19 septembre 1984 et l'article 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *J.O. L 376* du 27 décembre 2006.

<sup>28</sup> Elle est définie comme « toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre ».

<sup>29</sup> Voy. le point 57 de l'arrêt.



**6. Publicités par voie électronique constitutives de pratiques déloyales.** Dans leurs campagnes publicitaires, les entreprises utilisent tous les supports mis à leur disposition, tantôt classiques (affiches, dépliants « toutes boîtes », spot radio ou télévisé), tantôt liés aux technologies de l'information et de la communication (site internet, courriers électroniques, campagne de marketing viral, etc.).

En général, pour contester les pratiques publicitaires d'un concurrent, les demandeurs introduisent une action en cessation commerciale devant le président du tribunal de commerce, en se fondant sur l'existence d'une pratique commerciale déloyale à l'égard des consommateurs (art. VI.92 et s. du C.D.E.) et/ou d'une pratique du marché déloyale à l'égard de personnes autres que les consommateurs (art. VI.104 et s. du C.D.E.).

Les décisions en ce sens sont nombreuses et, dans un certain nombre de cas, elles peuvent également concerner des messages publicitaires diffusés à travers un site internet. Il s'agit cependant d'une simple mise en œuvre des règles générales applicables à toute publicité (sans que le recours aux TICs présente la moindre difficulté). Aussi ne procédons-nous pas à une analyse exhaustive de cette jurisprudence, pour nous limiter à l'un ou l'autre exemple, à titre d'illustration.

Il a ainsi été jugé trompeur de faire de la publicité, sur son site internet, pour des produits que l'entreprise n'est pas en mesure de livrer<sup>30</sup>. Des messages diffusés sur un site internet et dans des courriers électroniques quant aux parts de marché respectives des entreprises concernées et aux caractéristiques des produits ont également été jugés trompeurs et constitutifs de pratiques déloyales<sup>31</sup>.

Dans un litige opposant des magasins d'électroménager à eBay, la cour d'appel de Bruxelles a décidé que la pratique commerciale trompeuse, déloyale en toutes circonstances, interdite à l'article 91, 5°, de la LPMC (actuellement, art. VI.100, 5°, du C.D.E.) ne s'appliquait pas à une place de marché électronique, qui met à disposition une plateforme à travers laquelle des biens sont mis en vente par des tiers (étant entendu que la plateforme ne vend pas les biens elle-même)<sup>32</sup>.

On relève encore plusieurs décisions, dans lesquelles a été tranchée la question de savoir si le renvoi vers un site internet, pour compléter des informations figurant dans des brochures ou des spots publicitaires, était suffisant, pour purger le message publicitaire de tout caractère trompeur. Par jugement du 11 avril 2012, le président du tribunal de commerce de Gand a répondu par la négative, tenant compte des exigences en matière de prix applicables aux brochures de voyage, prescrites par la loi du 16 février 1994 sur les contrats de voyage<sup>33</sup>. On peut également mentionner un arrêt rendu par la cour d'appel de Mons, le 16 septembre 2013, où celle-ci juge trompeuse la pratique suivant laquelle, lors d'un spot télévisé pour un pack comprenant télévision, téléphonie fixe, téléphonie mobile, internet et web TV, aucune mention n'est faite de l'obligation de disposer d'un modem et d'un décodeur (étant entendu que l'achat ou la location de ceux-ci augmentera le

<sup>30</sup> Bruxelles, 25 juin 2013, *Ann. Prat. Comm.*, 2013, p. 346.

<sup>31</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 26 février 2013, *Ann. Prat. Comm.*, 2013, p. 187.

<sup>32</sup> Bruxelles, 14 janvier 2014, *Ann. Prat. Comm.*, 2014, p. 89.

<sup>33</sup> Prés. Comm. Gand, 11 avril 2012, *D.C.C.R.*, 2013, p. 85, note H. DE CONINCK.



prix annoncé dans la publicité pour l'abonnement)<sup>34</sup>. La cour estime en effet que « le seul fait que les spots télévisés renvoient aux sites internet ne suffit pas à pallier cette illégalité, et ce d'autant plus que les sites internet ne sont pas conformes aux dispositions de la LPMC ». Comme le juge *a quo*, la cour d'appel a constaté que le prix du pack indiqué sur le site internet ne porte que sur les cinq services précités et qu'aucune référence directe et explicite n'est faite à d'autres charges et frais. Pour connaître le prix du modem ou du décodeur, il faut ouvrir des pages subséquentes. Le site internet est également trompeur puisqu'en se limitant aux pages d'accueil, « le consommateur normalement prudent et avisé [n'est pas en mesure] de comprendre qu'à ce tarif mensuel doivent s'ajouter des coûts, fixes ou forfaitaires, pour l'acquisition ou l'achat d'un décodeur et d'un modem ».

### C. Conclusion des contrats à distance et par voie électronique

**7. Questions tranchées par la jurisprudence.** En matière de contrats conclus à distance et par voie électronique, la jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur le sens à donner aux notions-clés permettant de circonscrire le domaine d'application des dispositions en vigueur (1) et sur les obligations d'information imposées aux entreprises (2).

On mentionne aussi une décision relative au moment et au lieu de conclusion du contrat. Pour déterminer la juridiction territorialement compétente en matière de contrat à distance (conformément à l'article 624, 2°, du C. jud.), le juge de paix de Tournai se fonde sur un arrêt de principe de la Cour de cassation du 25 mai 1990<sup>35</sup>, pour décider que le contrat est conclu au moment et au lieu où l'offrant – en l'occurrence le vendeur par correspondance – prend connaissance ou a raisonnablement pu prendre connaissance de l'acceptation de son cocontractant<sup>36</sup>. Aussi s'estime-t-il compétent pour trancher le litige, tout en le regrettant « sur le plan des droits de la défense eu égard à la distance géographique qui sépare le domicile de la défenderesse de [son] prétoire ».

#### 1. Champ d'application

**8. Importance des notions.** Le domaine d'application des règles figurant dans le livre VI ou dans le livre XII du Code de droit économique est principalement circonscrit par référence aux notions-clés utilisées dans les dispositions légales.

Des juridictions ont ainsi été amenées à préciser les notions de « contrat à distance » (pour l'application des articles VI.45 et s. du C.D.E.) ou de « service de la société de l'information » (pour l'application des dispositions du livre XII du C.D.E.).

**9. Notion de « contrat à distance ».** Dans un jugement rendu le 27 mai 2014, le tribunal de première instance de Liège tranche un litige opposant une entreprise qui offre des services de télédistribution, d'internet et de télévision numérique, à un consommateur qui a introduit une

<sup>34</sup> Mons, 16 septembre 2013, *Ann. Prat. Comm.*, 2013, p. 135, note I. FERRANT et N. BERTHOLD. Voy. aussi Liège, 29 avril 2014, *I.C.I.P.*, 2014, p. 572: « le simple renvoi fait par l'intimée à son site internet ne permet pas au consommateur de faire cette comparaison sur une base objective, l'appelante observant par ailleurs à juste titre que la publicité critiquée ne contient aucun renvoi à un autre texte ou note de bas de page indiquant que le prix annoncé n'est pas "complet" et que des frais supplémentaires devront nécessairement être payés ».

<sup>35</sup> Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724.

<sup>36</sup> J.P. Tournai (2<sup>e</sup> canton), 27 mars 2012, *J.J.P.*, 2015, p. 379, note G. SNELDERS.



demande de raccordement à travers son site internet<sup>37</sup>. Cette entreprise réclame la condamnation du consommateur au paiement de factures impayées durant un peu plus d'un an, pour une somme de 1264 EUR. En première instance, le juge de paix de Fléron a considéré qu'il s'agissait d'un contrat conclu hors établissement. Le contrat (au sens d'*instrumentum*) avait en effet été signé ultérieurement par le consommateur, lors du passage du technicien venu procéder audit raccordement. Le tribunal de première instance de Liège réforme la décision *a quo* sur ce point : jugeant qu'«il s'agit d'un contrat conclu à distance par un consommateur avec un professionnel dans le cadre d'un système de vente à distance organisé par ce professionnel. C'est en raison de la demande préalable de Monsieur L. par le biais du système de vente sur internet que le technicien V. s'est rendu à son domicile où le contrat a été signé. C'est à tort dès lors que le premier juge a considéré que le contrat était le fruit d'un démarchage à domicile devant faire l'objet d'une annulation».

Des situations complexes peuvent survenir lorsque le processus de commande (comprenant la prise de renseignements, la négociation éventuelle et la conclusion du contrat proprement dite) commence en ligne, pour se terminer dans un magasin traditionnel (ou inversement)<sup>38</sup>.

Dans l'espèce soumise au tribunal de première instance de Liège, on comprend que le contrat a été conclu lors de la demande de raccordement à l'internet et à la télévision numérique, qui est intervenue à travers le site web du prestataire. À ce moment, il semble également que le consommateur ait pu prendre connaissance des conditions générales sur le site (le tribunal considère en tout cas qu'elles étaient entrées dans le champ contractuel). Le passage du technicien constitue l'exécution dudit contrat (le consommateur ne pouvant pas prétendre, à ce moment, qu'aucun contrat n'a été conclu). Quant à la signature ultérieure du contrat par le consommateur, en présence du technicien, elle ne devrait pas avoir d'incidence sur le fond (et le moment de conclusion du contrat) : une différence doit en effet être faite entre la conclusion du contrat (au sens de *negotium*) en tant que telle, et l'établissement d'un *instrumentum a posteriori* constatant les conditions de celui-ci.

**10. Notion de «service de la société de l'information».** Dans le livre XII du Code de droit économique, le titre 1<sup>er</sup> porte sur «certains aspects juridiques de la société de l'information». La notion de «service de la société de l'information» permet de circonscrire le domaine d'application des dispositions figurant dans ce titre. Elle est définie à l'article I.18, 1<sup>o</sup>, du C.D.E.

Dans l'arrêt *Papasavvas* du 11 septembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que cette notion «englobe des services fournissant des informations en ligne pour lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le destinataire, mais par des revenus générés par des publicités diffusées sur un site internet»<sup>39</sup>. Une telle interprétation était déjà largement admise et correspond, du reste, au modèle économique pratiqué sur l'internet : de nombreux services sont en effet fournis sans paiement d'un prix de la part des destinataires, le financement résultant des revenus publicitaires, voire du commerce des données personnelles recueillies par

<sup>37</sup> Civ. Liège, 27 mai 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 382, avec la note de H. JACQUEMIN, «Contrats à distance et sanctions du non-respect des règles applicables à ceux-ci», pp. 391 et s.

<sup>38</sup> À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, «Contrats à distance et sanctions du non-respect des règles applicables à ceux-ci», *op. cit.*, pp. 394-396.

<sup>39</sup> C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, aff. C-291/13, point 30.



ce biais. En tout état de cause, l'activité du prestataire représente une activité économique et correspond à la notion de « service » au sens de l'article 57 du TFUE<sup>40</sup>.

## 2. Obligations d'information et formes corrélatives

**11. Panorama des obligations d'information et des sanctions applicables.** Lorsqu'un contrat est conclu à distance entre une entreprise et un consommateur, diverses obligations d'information doivent être accomplies (voy. spéc. les articles VI.45 et VI.46 du C.D.E). Une décision rendue par le juge de paix de Wavre, le 14 février 2014, illustre parfaitement ces exigences<sup>41</sup>. Le litige opposait un étudiant en droit à une entreprise spécialisée dans le soutien scolaire (en proposant, notamment, des sessions de blocus assisté). Le contrat avait par ailleurs été conclu à travers le site internet de l'entreprise.

Le magistrat détermine d'abord *quelles* informations doivent être fournies, en listant les mentions requises avant la conclusion du contrat (conformément à l'article 45 de la LPMC), et celles qui doivent figurer dans la confirmation à envoyer après la conclusion du contrat (en vertu de l'article 46 de la LPMC). On note que, désormais, la liste des mentions est plus longue que sous l'empire de la LPMC, ce qui tend à alourdir le formalisme imposé aux entreprises<sup>42</sup>.

Il se prononce ensuite sur *la manière* dont les informations doivent être communiquées au consommateur. À juste titre, il rappelle ainsi l'interprétation à donner à l'exigence suivant laquelle la confirmation doit être *reçue* par le consommateur sur un *support durable* (à ce sujet, voy. *infra*, n° 14).

Par ailleurs, le juge de paix de Wavre examine les règles encadrant l'opposabilité des conditions générales<sup>43</sup>, rappelant le principe suivant lequel « pour qu'une clause entre dans le champ contractuel, il est nécessaire que la partie à laquelle on l'oppose en ait pris connaissance ou ait pu en prendre raisonnablement connaissance. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prévaut de cette clause »<sup>44</sup>.

Le juge de paix de Wavre semble considérer que les obligations d'information précitées n'ont pas été observées ou, à tout le moins, que la preuve de leur respect n'est pas apportée par l'entreprise. Il juge ainsi que « la défenderesse n'a apparemment pas prévu de droit de rétractation ou l'absence d'un tel droit », tout en ajoutant que « la défenderesse ne précise pas et ne démontre

<sup>40</sup> Cfr aussi le point 29 de l'arrêt *Papasavvas*, précité.

<sup>41</sup> J.P. Wavre, 14 février 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 385, note H. JACQUEMIN. Voy. aussi J. LAFFINEUR, « Contrat à distance, conditions générales et force majeure », note sous J.P. Wavre, 14 février 2014, *D.C.C.R.*, 2014/3, pp. 101-104.

<sup>42</sup> Art. VI.45 du C.D.E.

<sup>43</sup> Sur ce point, voy. aussi Liège, 30 avril 2014, *Ann. Prat. Comm.*, 2014, p. 360, qui a confirmé, dans un litige opposant Test-Achats à une compagnie aérienne, qu'« il doit être admis – eu égard aux modes de communication utilisés à l'heure actuelle – que le site internet [de la compagnie] donne au consommateur qui le consulte un accès suffisant aux conditions générales de l'intimée dès lors que la consultation de ce type de site est devenue la norme et que le site internet de l'intimée permet au consommateur de sélectionner facilement, dans les menus qui lui sont proposés, des aspects qui correspondent à ses interrogations. Même quand elles sont remises en version papier, il n'est pas abusif que l'article 1<sup>er</sup> des mêmes conditions renvoie au site internet de l'appelante pour les informations pratiques ».

<sup>44</sup> On ajoutera que, s'agissant d'un contrat conclu en ligne, il faut aussi avoir égard 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 ». Concrètement, le destinataire doit avoir la possibilité de les imprimer ou de les enregistrer sur son ordinateur.



pas comment elle a communiqué à Monsieur D. une confirmation des informations prévues à l'article 45. Elle ne précise pas non plus quel support durable a été utilisé». Or, en vertu de la LPMC<sup>45</sup> ou du livre VI du C.D.E.<sup>46</sup>, c'est à l'entreprise qu'il incombe de démontrer qu'elle a respecté les obligations d'information imposées par la loi (corrélativement, elle doit également supporter le risque de l'absence de preuve). Le juge de paix de Wavre n'a malheureusement pas sanctionné l'entreprise sur cette base<sup>47</sup>. Pourtant, deux types de mesures – fondées sur les sanctions spécifiquement prévues en matière de contrats à distance ou sur l'existence d'une pratique commerciale déloyale – auraient pu être invoqués<sup>48</sup>.

**12. Obligation d'information relative au droit de rétractation.** L'octroi d'un droit de rétractation aux consommateurs est l'un des mécanismes mobilisés par le législateur pour protéger ceux-ci en matière de contrats à distance<sup>49</sup>. L'effectivité du droit de rétractation est subordonnée à la connaissance, par le consommateur, de l'existence (ou de l'absence) d'un tel droit et de la manière de l'exercer. Aussi trouve-t-on plusieurs obligations d'information portant spécifiquement sur le droit de rétractation<sup>50</sup>.

Dans le cadre d'une action en cessation, la cour d'appel de Bruxelles a jugé, par arrêt du 25 juin 2013, que constituaient des pratiques déloyales au sens de l'article VI.104 du C.D.E (art. 95 de la LPMC à l'époque des faits), l'absence d'information sur l'existence d'un droit de rétractation dans la confirmation de la commande ou dans le document accompagnant les biens lors de la livraison<sup>51</sup>. La cour a par ailleurs sanctionné le non-remboursement des frais de renvoi de biens livrés erronément<sup>52</sup>.

On trouve également une décision rendue par le tribunal correctionnel de Gand, le 13 mars 2013, qui sanctionne (par une amende) diverses infractions commises par une entreprise, et notamment le fait que les informations relatives au droit de rétractation se trouvent uniquement dans les conditions générales du site internet, ce qui oblige le consommateur à adopter un comportement actif pour en prendre connaissance<sup>53</sup>.

**13. Quand faut-il se conformer aux obligations d'information ?** La loi détermine précisément à quel moment les obligations d'information doivent être accomplies. Nombre d'entre elles

<sup>45</sup> Art. 56, § 1<sup>er</sup>, LPMC.

<sup>46</sup> Art. VI.62 du C.D.E.

<sup>47</sup> Il se fonde sur la force majeure – l'étudiant n'a pas participé à la session de blocus assisté, suite à des problèmes de santé, et a par conséquent postulé le remboursement du montant payé – pour condamner le prestataire au remboursement, jugeant abusives – et nulles – les clauses des conditions générales susceptibles d'empêcher celui-ci.

<sup>48</sup> H. JACQUEMIN, « Contrats à distance et sanctions du non-respect des règles applicables à ceux-ci », *op. cit.*, pp. 399 et s. Précisons toutefois que les éléments de fait du litige, dont nous n'avons qu'une vision partielle, ne permettraient peut-être pas de tenir un tel raisonnement.

<sup>49</sup> Art. VI.47 du C.D.E.

<sup>50</sup> Art. VI.45, § 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup>-11<sup>o</sup>, du C.D.E.

<sup>51</sup> Bruxelles, 25 juin 2013, *Ann. Prat. Comm.*, 2013, p. 346.

<sup>52</sup> Ce qui constituait un manquement à l'article 48, § 2, de la LPMC (cette disposition prévoyait que les frais directs éventuels de renvoi ne pouvaient pas être mis à la charge du consommateur, si le bien livré ou le service presté ne correspondait pas à la description de l'offre). Cette disposition n'a pas d'équivalent dans le livre VI du Code de droit économique (voy. toutefois l'article VI.45, § 5, du C.D.E., qui dispense le consommateur de payer les frais de renvoi en cas de manquement aux obligations d'information relatives auxdits frais).

<sup>53</sup> Corr. Gand, 13 mars 2013, *Ann. Prat. Comm.*, 2013, p. 814.



sont ainsi prescrites avant la conclusion du contrat, pour permettre au consommateur de donner un consentement libre et éclairé (*cf* art. VI.45 du C.D.E., par exemple).

Par jugement du 7 octobre 2014, le président du tribunal de commerce d'Anvers constate – entre autres violations de dispositions légales ou réglementaires – la méconnaissance de l'article VI.45, 2°, du C.D.E., de l'article VI.2 du C.D.E. et des obligations générales de transparence de l'article III.74 du C.D.E., dans la mesure où une plateforme proposant des jeux de hasard en ligne n'a informé le consommateur de son identité qu'après que celui-ci ait décidé de participer au système<sup>54</sup>.

**14. Comment les obligations d'information doivent-elles être accomplies?** Dans l'arrêt *Content Services* rendu le 5 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'interpréter les concepts de « fourniture d'information » et de « support durable », retenus par les dispositions en vigueur, pour les appliquer à l'hypothèse d'un lien hypertexte figurant dans un courriel de confirmation et renvoyant vers le site internet du prestataire<sup>55</sup>.

S'agissant de la « fourniture » d'information, la Cour rappelle d'abord que, la notion n'étant pas définie par les textes légaux, il faut la comprendre dans son sens usuel, à l'aune du contexte et des objectifs poursuivis<sup>56</sup>. À l'analyse, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive<sup>57</sup>: autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations. Cette interprétation est conforme au contexte dans lequel les termes sont utilisés (en lien avec des obligations d'information) et aux objectifs poursuivis (protéger le consommateur en position de faiblesse lorsqu'il utilise une technique de communication à distance ou qu'il s'engage hors établissement)<sup>58</sup>. Aussi la Cour de justice estime-t-elle que « lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni "fournies" à ce consommateur ni "reçues" par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 » (point 37 de l'arrêt).

Nous sommes d'accord pour dire que si les informations prescrites légalement sont introduites dans le contenu du courriel, elles sont fournies ou reçues par le consommateur<sup>59</sup>. De même, il paraît raisonnable d'admettre que si les conditions générales sont attachées au courriel de confirmation, en pièce jointe, le prescrit légal est respecté. En revanche, si le courriel indique uniquement « pour de plus amples informations, voyez nos conditions générales accessibles en ligne »,

<sup>54</sup> Prés. Comm. Anvers, 7 octobre 2014, *Ann. Prat. Comm.*, 2014, p. 488, note C. SCHELLEKENS et V. WELLENS.

<sup>55</sup> C.J.U.E., 5 juillet 2012, *Content Services Ltd*, aff. C-49/11. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt "Content Services": l'exigence du support durable dans les contrats à distance », *J.D.E.*, 2012, pp. 243-246; S. DE POURCOQ, « De informatieverplichting bij verkoop op afstand: een hyperlink die naar een gewone website leidt, volstaat niet », note sous C.J.U.E., 5 juillet 2012, *D.C.C.R.*, 2012/4, pp. 57 et s.

<sup>56</sup> En ce sens, voy. le point 32 de l'arrêt.

<sup>57</sup> Voy. le point 33 de l'arrêt.

<sup>58</sup> Voy. les points 34-36 de l'arrêt.

<sup>59</sup> Voy. le point 45 des conclusions de l'avocat général, qui donne la préférence à cette solution. On observe cependant qu'au vu des obligations d'information prescrites par les nombreux textes applicables, un texte fourni doit désormais figurer dans le courriel, au risque de rendre celui-ci moins lisible par le consommateur (« trop d'information tue l'information »).



sans aucun lien hypertexte ou moyennant un lien hypertexte renvoyant vers la page d'accueil du site (et/ou pas directement vers la page des conditions contractuelles), le procédé ne devrait pas répondre aux exigences de réception ou de fourniture de l'information. La position de la Cour nous semble nettement plus sévère si elle signifie que la mention, dans un courriel, d'un lien hypertexte renvoyant directement vers les conditions contractuelles – et tel semblait être le cas en l'espèce – ne permet pas la fourniture ou la réception des informations. Dans ce cas en effet, le seul comportement requis du consommateur est de cliquer sur le lien mis à sa disposition<sup>60</sup>.

Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour examine également la notion de « support durable »<sup>61</sup>. Il ressort de sa définition que le support durable doit remplir trois fonctions<sup>62</sup>, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel) : garantir la lisibilité, la pérennité et, même si c'est plus controversé, l'intégrité de l'information. Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit<sup>63</sup>. Comme l'a indiqué la Cour de justice, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, « le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions (...), un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier »<sup>64</sup>.

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables. Sont ainsi mentionnés « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques durs d'ordinateur ainsi que les courriels ». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Certaines pages web sont en effet modifiées à un rythme quasi ininterrompu, par une multitude d'intervenants (l'intégrité des informations n'est, par conséquent, pas garantie). D'autres pages web n'apparaissent que quelques secondes à l'écran : on songe aux messages interstitiels ou aux pop-up. Pour ceux-ci, c'est la fonction de pérennité de l'information qui n'est pas préservée.

<sup>60</sup> À peine de confondre les modalités de transmission de l'information et l'exigence d'un support durable, nous sommes d'avis que le lien hypertexte figurant dans un courriel ne devrait pas nécessairement être exclu : si les conditions contractuelles sont hébergées sur le site internet d'un tiers de confiance et qu'il suffit au consommateur de cliquer sur le lien hypertexte mentionné dans un courriel, il pourrait y avoir, d'après nous, fourniture ou réception de l'information sur un support durable.

<sup>61</sup> Le support durable, imposé notamment par l'article VI.46, § 7, du C.D.E., désigne « tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (art. I.8, 19°, du C.D.E.).

<sup>62</sup> Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 367 et s., n° 278. Reprenant également ces trois fonctions, voy. M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

<sup>63</sup> Voy. M. DEMOULIN, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *op. cit.*, p. 375, qui note qu'« à bien y regarder, on relève de troublantes similitudes entre la mystérieuse notion de support durable... et celle d'écrit. Par un heureux hasard, les fonctions que chacun serait amené à remplir sont identiques et, d'ailleurs, par un heureux hasard, tout aussi controversées ». L'auteur aborde alors le caractère controversé de la fonction d'inaltérabilité.

<sup>64</sup> Points 40 et 41 de l'arrêt.



Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a ainsi jugé qu'« il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur » (point 46). L'exigence du support durable n'est donc pas respectée en l'espèce.

#### D. Paiements électroniques

**15. Partage de responsabilité en cas d'opération de paiement non autorisée.** L'article VII.36 du Code de droit économique établit un partage de responsabilité entre le prestataire de services de paiement et le payeur, en cas d'opération de paiement non autorisée. Sauf exception, la responsabilité du payeur est ainsi limitée à 150 EUR jusqu'à la notification. Il supporte cependant toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées s'il est démontré, par le prestataire de services de paiement, qu'il a commis une négligence grave.

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles, le 28 février 2012, interprète cette dernière notion, à l'aune de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transferts électroniques de fonds<sup>65</sup>. *A priori*, la solution aurait toutefois été similaire conformément aux dispositions correspondantes du livre VII du Code de droit économique. Dans cette affaire, une personne victime du vol de son portefeuille demande à sa banque de lui rembourser les sommes prélevées frauduleusement, au moyen de trois cartes, pour un montant de plus de 5000 EUR. Il apparaît que le même code était utilisé pour les trois cartes et qu'il correspondait à la date de naissance de la victime. La cour constate qu'« il n'est pas contesté que l'auteur des retraits litigieux a pu découvrir ce code secret grâce aux documents d'identité de M. M. se trouvant avec les cartes bancaires dans son portefeuille qui a été dérobé ». Aussi juge-t-elle que la victime a commis une négligence grave, qui a pour conséquence de lui faire supporter toutes les conséquences financières du vol : « le titulaire d'une carte fait preuve de négligence grave (...) lorsqu'il attribue sa date de naissance ou son année de naissance comme code secret à une carte bancaire qu'il garde sur lui dans le même sac ou le même portefeuille que ses documents d'identité ».

**16. Validité d'une clause dérogeant au partage de responsabilité en cas d'opération non autorisée.** Un litige porté devant la cour d'appel de Bruxelles oppose l'administrateur délégué d'une agence de voyage, T.C., à American Express. Le premier avait communiqué les coordonnées des six cartes de crédit de l'agence de voyage aux compagnies aériennes, pour leur permettre de se payer immédiatement du montant des billets émis. En juillet 2005, les crédits disponibles sur les cartes sont épuisés et l'administrateur délégué accepte de mettre sa carte de crédit personnelle, émise par American Express, à la disposition de la compagnie aérienne. Il prétend l'avoir fait à titre strictement provisoire, pour couvrir les commandes de début juillet. La compagnie aérienne a néanmoins continué à utiliser la carte en août 2005. Peu après, l'agence de voyage est déclarée en faillite par le tribunal de commerce de Bruxelles. T.C. ne conteste pas les relevés émis par American Express pour les opérations litigieuses fin décembre 2005. En 2006, après

<sup>65</sup> Bruxelles, 28 février 2012, R.G. n° 2010/AR/745, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).



plusieurs échanges de correspondance entre les parties, T.C. est mis en demeure de payer le solde de 36.283,36 EUR par American Express.

Pour exiger ce paiement, American Express se fonde sur l'article 14 de ses conditions générales, aux termes duquel « le titulaire ou le titulaire principal est tenu de vérifier dès réception le relevé mensuel des dépenses effectuées. (...) Tout relevé mensuel qui n'est pas contesté dans les trois mois de la réception est considéré comme définitivement accepté ».

Par arrêt interlocutoire du 20 avril 2012<sup>66</sup>, la cour d'appel de Bruxelles constate que les parties ne se fondent pas sur la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds<sup>67</sup>. À bon droit, elle juge cependant cette loi applicable au litige (qui concerne l'utilisation d'une carte de crédit dont les données ont été transmises au commerçant à distance). Aussi ordonne-t-elle la réouverture des débats, pour permettre aux parties de conclure sur l'application de plusieurs dispositions de la loi, en particulier l'article 8, § 4, qui exonère le titulaire de toute responsabilité si l'instrument de transfert électronique a été utilisé sans présentation physique et sans identification électronique. La cour ajoute que « cette disposition est impérative et toute clause par laquelle l'émetteur serait exonéré de la responsabilité qui en découle est interdite et nulle de plein droit, par application de l'article 12 de la loi ».

L'arrêt rendu le 19 avril 2013 confirme le jugement entrepris et déboute American Express de sa demande<sup>68</sup>. Après avoir rappelé le régime d'exonération de responsabilité lorsque la carte de crédit est utilisée sans présentation physique et sans identification électronique, et l'interdiction de toute clause par laquelle le titulaire renoncerait même partiellement à ce régime, elle conclut que « la clause de l'article 14 des conditions générales d'American Express ne peut limiter la responsabilité qui incombe à l'émetteur en la soumettant à un délai de déchéance non prévu par la loi ».

**17. La banque doit-elle vérifier qui est l'attributaire réel du compte bénéficiaire ?** Dans une affaire soumise au juge de paix du canton de Ciney-Rochefort, une personne effectue trois versements, par PC Banking, mais se trompe dans le numéro de compte du bénéficiaire et elle verse la somme à un ancien employé (au lieu de la verser à un employé actuel). Aussi se tourne-t-elle vers sa banque et vers le bénéficiaire du montant perçu, pour récupérer la somme.

Le 23 avril 2014, le juge de paix décide néanmoins que la banque n'a commis aucune faute: « le règlement et les dispositions contractuelles en vigueur contraignent (...) l'organisme bancaire à vérifier l'existence du compte bénéficiaire. (...) Tel est (...) le cas lorsque le client effectue le paiement par l'intermédiaire du réseau informatique mis contractuellement à sa disposition par la banque, et il est de notoriété qu'en cas d'introduction d'un numéro de compte non conforme et ne correspondant pas à l'algorithme sur la base duquel pareil numéro bancaire est composé, le paiement est bloqué. La demanderesse ne peut que s'en prendre à elle-même si à de nombreuses reprises elle a libellé par erreur des versements sur un compte existant appartenant à un ancien

<sup>66</sup> Bruxelles, 20 avril 2012, *R.D.C.*, 2015, p. 181, note R. STEENNOT.

<sup>67</sup> Cette loi a été abrogée par la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, désormais intégrée dans le livre VII du Code de droit économique. Les dispositions potentiellement applicables sont cependant similaires et, *mutatis mutandis*, la décision de la Cour aurait normalement été identique.

<sup>68</sup> Bruxelles, 19 avril 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 185, note R. STEENNOT.



employé à qui elle ne devait plus rien, au lieu de l'employé actuel dont elle était débitrice. En ce cas, l'organisme bancaire de la demanderesse n'a pas l'obligation de vérifier quel est l'attributaire réel du compte bénéficiaire, et il se trouve dans l'incapacité de le faire»<sup>69</sup>.

La demande est par contre déclarée fondée à l'égard de la personne qui a reçu le paiement indu.

## E. Preuve et usage de moyens de communication électroniques

### 1. Preuve d'un contrat par échange de courriels ou de sms

**18. Efficacité d'un échange de courriels ou de sms sur le plan probatoire.** Les cours d'appel d'Anvers et de Gand ont successivement été saisies de litiges s'inscrivant dans le cadre de négociations relatives à la vente d'un immeuble, menées par échange d'e-mails ou de sms.

S'agissant de l'accomplissement des exigences de forme par voie électronique, on rappellera que l'article XII.15 du Code de droit économique consacre la théorie des équivalents fonctionnels<sup>70</sup>, avant de l'appliquer aux formalités rencontrées les plus souvent en pratique (l'écrit, la signature et la mention manuscrite). Cette disposition n'est toutefois pas applicable pour quatre catégories de contrats limitativement énumérés à l'article XII.16, parmi lesquels figurent les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers<sup>71</sup>.

Pour la signature électronique, il existe des dispositions particulières dans le Code civil (art. 1322, al. 2) et dans la loi du 9 juillet 2001.

**19. Échange de courriels.** Dans l'affaire déferée à la cour d'appel d'Anvers<sup>72</sup>, les vendeurs d'un immeuble prétendaient avoir conclu la vente de ce bien à un candidat acquéreur, dès lors que ce dernier avait marqué son accord sur le prix qu'ils proposaient dans un e-mail adressé à leur agent immobilier, avant de se rétracter. Le seul élément de preuve produit par les vendeurs en vue de démontrer l'existence du contrat de vente était le courrier électronique du candidat acquéreur, dans lequel ce dernier indiquait expressément marquer son accord sur le prix demandé.

Par arrêt du 24 juin 2013, la cour d'appel d'Anvers a refusé de voir dans ce courrier électronique la preuve de la conclusion d'un contrat de vente, en se référant expressément à l'article XII.16 du Code de droit économique<sup>73</sup>. La cour d'appel d'Anvers a jugé que cette disposition légale ne permettait pas de conclure le contrat relatif à la vente d'un immeuble et, *a fortiori*, de rapporter la preuve de celui-ci, au moyen de documents électroniques tels que des e-mails.

Cette décision nous paraît sévère. En tant que tel, l'article XII.16 du Code de droit économique n'interdit pas de conclure un contrat relatif à la vente d'immeuble par voie électronique ni de prouver

<sup>69</sup> J.P. Ciney-Rochefort, 23 avril 2014, *Dr. Banc. Fin.*, 2014, p. 235, note AA.

<sup>70</sup> En vertu de cette disposition, « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ».

<sup>71</sup> Auparavant, articles 16 et 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

<sup>72</sup> Anvers, 24 juin 2013, *T. Not.*, 2014, p. 345 et note de I. SAMOY et S. HOUTMEYERS, « Over de verkoop van een onroerend goed via e-mail of sms: bewijs en precontractueel aansprakelijkheid », *T. Not.*, 2014, pp. 327-344.

<sup>73</sup> Auparavant, article 17 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.



celui-ci par e-mail. Rappelons en effet que le contrat de vente – même s'il porte sur un immeuble – reste de nature consensuelle et que les exigences éventuelles, notamment l'intervention d'un notaire, sont liées à des formalités de publicité, destinées à protéger les tiers. En l'occurrence, il s'agissait uniquement de prouver le contrat et, dans ce cadre, un écrit signé, établi en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, était requis (art. 1341 et 1325 du C. civ.).

Il est vrai que, pour l'écrit et les exemplaires multiples, on ne peut pas se fonder expressément sur les clauses d'assimilation de l'article XII.15 du C.D.E., étant entendu que, par ailleurs, il n'existe pas de clause de non-discrimination générale concernant l'écrit. On ajoutera toutefois que, dès l'application du règlement eIDAS<sup>74</sup>, on devra tenir compte de la clause de non-discrimination du document électronique<sup>75</sup>. Certes, il faudrait encore démontrer que les fonctions attendues de l'écrit sont préservées mais on devrait pouvoir se référer aux enseignements de la doctrine en la matière. S'agissant de la signature, on regrette que la cour d'appel n'ait pas examiné les dispositions de la loi du 9 juillet 2001, qui consacre le principe de non-discrimination, ou les clauses d'assimilation prévues en matière de signature (dont le champ d'application n'exclut pas, *a priori*, les formalités probatoires applicables aux contrats portant sur des immeubles).

**20. Échange de sms.** L'arrêt de la cour d'appel de Gand du 26 septembre 2013<sup>76</sup> s'inscrit dans le prolongement de la décision de la cour d'appel d'Anvers, précitée.

La question litigieuse portait sur la conclusion d'un contrat de vente d'un immeuble par échange de sms. Dans cette affaire, en dépit du fait qu'ils avaient expressément marqué leur accord, par sms, sur l'offre formulée par des candidats acquéreurs de leur bien, les vendeurs avaient ensuite vendu cet immeuble à un tiers. Les acquéreurs évincés avaient saisi les cours et tribunaux en vue d'être indemnisés pour résiliation fautive du contrat de vente. Ils entendaient prouver l'existence de la vente en invoquant les sms échangés à titre de commencement de preuve par écrit, au sens de l'article 1347 du Code civil. Si la cour d'appel de Gand a considéré qu'en l'espèce, ces sms pouvaient rencontrer les conditions du commencement de preuve par écrit<sup>77</sup>, en ce qu'ils constituaient un acte par écrit, qu'ils émanaient de la personne contre laquelle la demande était formée et en ce qu'ils rendaient vraisemblables les faits allégués, elle a néanmoins écarté la demande d'indemnisation pour résiliation fautive de la vente, considérant que les candidats acquéreurs du bien étaient impuissants à prouver l'existence de la vente par toutes voies de droit. Elle a ainsi relevé qu'au-delà des sms échangés, les éléments présentés à la cour (relevés téléphoniques...) ne permettaient pas de démontrer qu'un contrat avait été conclu entre les parties. Le commencement de preuve par écrit est en effet un adminicule de preuve, qui doit être complété par des présomptions et des témoignages.

Se situant ensuite sur le plan de la responsabilité extracontractuelle, la cour d'appel de Gand a néanmoins retenu que les sms produits par les candidats acquéreurs apportaient la preuve de l'existence de négociations précontractuelles avancées. Elle a ensuite considéré que la manière

<sup>74</sup> 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, *J.O. L 257* du 28 août 2014.

<sup>75</sup> Art. 46 du règlement eIDAS.

<sup>76</sup> Gand, 26 septembre 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 258; *R.G.D.C.*, 2014, p. 116; *T. Not.*, 2014, p. 351.

<sup>77</sup> J. CALLEBAUT, « Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 120-125.



brutale dont les vendeurs avaient mis un terme à ces négociations constituait une faute sur la base de l'article 1382 du Code civil, donnant droit à une indemnisation.

## 2. Signature électronique

**21. Signature scannée.** Après que les juridictions de l'ordre administratif statuant dans le cadre du contentieux des étrangers aient adopté une jurisprudence soucieuse de préciser les exigences permettant l'assimilation d'une signature scannée, en tant que signature électronique ordinaire, à une signature manuscrite<sup>78</sup>, les juridictions de l'ordre judiciaire se sont, à leur tour, prononcées sur les effets juridiques attachés à ce type de signature.

Dans une affaire qui opposait une caisse d'assurances sociales pour indépendants à un de ses affiliés, la cour du travail de Bruxelles a dû examiner le mode de signature utilisé par la caisse d'assurances sociales, pour signer les courriers recommandés envoyés à ses affiliés, en vue d'interrompre la prescription de son action en recouvrement des cotisations sociales impayées<sup>79</sup>. La caisse d'assurances sociales avait en effet développé une pratique consistant à apposer par voie informatique, sur les courriers interruptifs de prescription, la signature de la personne compétente, après l'avoir scannée et l'avoir enregistrée dans sa base de données. Dans le cadre du litige dévolu à la cour du travail de Bruxelles, le travailleur indépendant poursuivi mettait en cause ce processus de signature, considérant que la signature scannée ne pouvait être assimilée à une signature au sens de l'article 1341 du Code civil et affirmant, en conséquence, que l'action en réclamation des cotisations sociales dues était prescrite.

Dans son arrêt du 11 octobre 2013, la cour du travail de Bruxelles a d'abord affirmé que la signature scannée constituait une signature électronique ordinaire au sens de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. Elle a ensuite rappelé le principe de non-discrimination applicable aux signatures électroniques ordinaires, avant d'exposer les fonctions que devait rencontrer la signature électronique pour permettre son assimilation à une signature manuscrite. Au terme de son analyse, la cour du travail a invité la caisse d'assurances sociales à établir que le processus de signature qu'elle avait employé garantissait l'identification de son auteur, ainsi que son adhésion au contenu de l'acte signé, tout en préservant l'intégrité du contenu. Dans cette perspective, la caisse d'assurances sociales était appelée à préciser qui pouvait accéder au fichier électronique contenant la signature numérisée et à démontrer qu'il n'était pas techniquement possible d'y accéder autrement que grâce à un mot de passe personnel. Ce premier arrêt faisait une correcte application des principes posés par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et par l'article 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001.

Après une réouverture des débats, la cour d'appel de Bruxelles a rendu un second arrêt dans lequel, au lieu de répondre aux questions techniques qu'elle avait elle-même soulevées, de manière pertinente, elle a limité son analyse à l'examen d'une attestation produite par la caisse

<sup>78</sup> C.E., 8 mai 2009, n° 193.106, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be); Conseil contentieux étrangers, 19 novembre 2009, n° 34364, [www.rvv-cce.be](http://www.rvv-cce.be); Conseil contentieux étrangers, 17 décembre 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 661. Pour une analyse de la jurisprudence administrative relative à la signature scannée, voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 231-239.

<sup>79</sup> C. trav. Bruxelles, 11 octobre 2013 et C. trav. Bruxelles, 14 février 2014, *R.D.T.I.*, 2014, pp. 115-121, note J.-B. HUBIN.



d'assurances sociales et émanant de la personne dont la signature scannée avait été employée. La cour a déduit de cette attestation qu'il était certain que la signature figurant sur la lettre recommandée était bien celle de cette personne. Elle a estimé, dans la foulée, que l'apposition de cette signature scannée marquait effectivement l'adhésion de la personne sur le contenu de la lettre. La cour a jugé, pour le surplus, que compte tenu de la production de cette attestation, les explications techniques qu'elle avait elle-même souhaité obtenir étaient superflues. On regrettera, au contraire, la cour du travail de Bruxelles n'ait pas poursuivi l'examen technique du processus informatique utilisé par la caisse d'assurances sociales<sup>80</sup>. Il s'agissait, en effet, du seul moyen de vérifier que la signature électronique employée remplissait les fonctions d'imputabilité (dont on considère généralement qu'elle renvoie aux fonctions traditionnelles de la signature, à savoir l'adhésion du contenu et l'authentification de l'identité) et de maintien de l'intégrité du contenu, nécessaires à son assimilation à une signature manuscrite.

**22. Signature électronique d'une offre de marché public.** Le Conseil d'État a également rendu plusieurs arrêts faisant suite à l'usage de procédés de signature électronique dans le cadre du dépôt d'offres de marchés publics. La mise en place de la plateforme *e-Tendering* a en effet donné aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de procéder à une gestion électronique des procédures de marché public. L'usage de cette plateforme permet aux entreprises de soumettre et de signer électroniquement leurs offres ou demandes de participation à des marchés publics.

Selon les dispositions réglementaires régissant l'emploi de la signature électronique dans les marchés publics, l'offre formulée dans le cadre d'une procédure électronique de marché public doit être signée au moyen d'une signature électronique «conforme aux règles du droit européen et du droit national qui y correspond, relatives à la signature électronique avancée accompagnée d'un certificat qualifié et valide et réalisée au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature»<sup>81</sup>. Le dispositif réglementaire prévoit donc que pour signer valablement une offre de marché public ou, le cas échéant, une demande de participation, un procédé de signature électronique qualifiée doit être employé. Cette exigence a conduit plusieurs pouvoirs adjudicateurs à écarter des offres pour lesquelles le processus de signature utilisé ne rencontrait pas cette exigence.

Dans un premier arrêt, le Conseil d'État s'est prononcé sur la validité d'une offre introduite par voie électronique qui était pourvue d'une signature scannée. L'adjudicataire expliquait avoir été contraint d'employer ce mode de signature, parce qu'il avait rencontré un problème technique au moment de finaliser son offre, l'empêchant de faire usage d'une signature électronique qualifiée. Le pouvoir adjudicateur avait toutefois considéré que l'offre était dépourvue de signature, dès lors que la signature utilisée ne répondait pas au prescrit réglementaire, et avait écarté cette offre

<sup>80</sup> H. JACQUEMIN, «Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique», in *Pas de droit sans technologie*, CUP, vol. 158, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 74; J.-B. HUBIN, «Signature scannée: quand une technologie simple confronte le juriste à des questions complexes», *R.D.T.I.*, 2014, pp. 122-134.

<sup>81</sup> Cette exigence était initialement fixée par l'article 81<sup>quater</sup> de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et aux concessions de travaux publics (*M.B.*, 26 janvier 1996, p. 1523). Cet arrêté royal a été abrogé par l'arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution (*M.B.*, 5 juin 2013, p. 35534). Désormais, l'utilisation d'un processus de signature électronique dans le cadre de l'introduction d'une demande de participation ou d'une offre à un marché public est encadrée par l'article 52, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (*M.B.*, 9 août 2011, p. 44.862).



pour violation d'une formalité substantielle. Le Conseil d'État a estimé qu'une signature scannée ne satisfaisait pas aux exigences et aux garanties présentées par la signature électronique qualifiée, de sorte qu'il fallait considérer que l'offre n'avait pas été signée<sup>82</sup>.

Une deuxième affaire soumise au Conseil d'État portait sur la validité d'une offre formulée par un adjudicataire néerlandais, dans le cadre d'une procédure de marché public par voie électronique pour lequel l'appel d'offres et le cahier des charges stipulaient expressément que l'offre devait satisfaire aux exigences de l'article 81<sup>quater</sup> de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 – donc notamment être muni d'une signature électronique qualifiée. En l'espèce, l'offre de l'adjudicataire néerlandais avait été déclarée irrégulière au motif qu'elle avait été signée par un procédé de signature électronique dont le certificat qualifié était invalide. Le Conseil d'État a d'abord considéré que l'exigence d'une signature électronique qualifiée n'avait pas pour effet de restreindre l'accès à la procédure de marché public pour une entreprise étrangère, dès lors qu'un certificat qualifié pouvait être obtenu aux Pays-Bas. Constatant ensuite que le processus de signature électronique utilisé ne rencontrait pas l'exigence fixée par l'article 81<sup>quater</sup> de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le Conseil d'État a confirmé que l'offre de l'adjudicataire néerlandais devait être déclarée irrégulière et que cette irrégularité ne pouvait être couverte<sup>83</sup>.

### 3. Courrier recommandé

**23. Services équivalents au courrier recommandé.** L'usage des technologies de l'information a permis aux opérateurs historiques du secteur des communications, mais également à de nouveaux fournisseurs de services privés, de diversifier leur offre, en proposant de nouvelles formes de services d'envois postaux. C'est ainsi qu'en Belgique, bpost propose désormais un service «Taxipost Secur» qui assure à ses utilisateurs de disposer d'une preuve de leur envoi, d'une attestation de sa réception, ainsi que de garanties quant aux délais de livraison. Il comprend également une assurance en cas de perte (ou de dommage) des éléments envoyés. Enfin, il offre une fonction de suivi de l'acheminement des envois, en temps réel, via une application informatique. Ce type de service propose des fonctions équivalentes à celles du courrier recommandé. On s'est donc demandé si l'usage du service «Taxipost Secur» pouvait se substituer à un envoi sous pli recommandé à la poste, lorsque ce mode de communication est imposé en tant que formalité prévue à peine de nullité ou d'irrecevabilité.

Dans le contentieux administratif, l'article 84 du règlement général de procédure devant le Conseil d'État<sup>84</sup> impose la forme du recommandé lors de l'envoi d'actes de procédure. Confronté à un incident de procédure issu de l'envoi, par une partie, de son mémoire en réponse, non par courrier recommandé, mais via le service «Taxipost Secur», le Conseil d'État s'est livré à une analyse minutieuse des fonctions assurées par l'un et l'autre de ces services d'envoi postal<sup>85</sup>.

Dans un arrêt du 22 novembre 2013, le Conseil d'État a relevé qu'aux termes de l'article 131, 9°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, l'envoi

<sup>82</sup> C.E., 29 mai 2013, *Entr. et dr.*, 2014, p. 25.

<sup>83</sup> C.E., 3 décembre 2013, *Entr. et dr.*, 2014, p. 37.

<sup>84</sup> Tel que fixé par l'Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, *M.B.*, 23 août 1948, p. 6821.

<sup>85</sup> C.E., 22 novembre 2013, *C.P.D.K.*, 2014, p. 536.



recommandé constituait « un service garantissant forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve de la date du dépôt de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire ». Après avoir constaté que le service « Taxipost Secur » rencontrait ces fonctions, le Conseil d'État a jugé que l'envoi du mémoire en réponse par ce moyen de communication répondait à l'exigence d'un envoi sous pli recommandé à la poste au sens de son règlement de procédure. Cette décision confirme un précédent arrêt du Conseil d'État du 9 juillet 2011, dans lequel il avait déjà refusé d'écarter un mémoire des débats en raison du fait qu'il avait été envoyé au moyen du service « Taxipost Secur »<sup>86</sup>.

Par arrêt du 17 juin 2014<sup>87</sup>, le Conseil d'État a par ailleurs considéré que l'utilisation du service « BPack Secur » en vue d'adresser une requête en annulation au Conseil d'État satisfaisait également à l'exigence de l'envoi par recommandé. La juridiction administrative a en effet rappelé que cette formalité visait à conférer date certaine à la requête et d'en apprécier la recevabilité *ratione temporis*. Elle a ensuite considéré que, bien qu'avec le système « BPack Secur », l'enveloppe contenant la requête n'était pas pourvue d'un cachet postal, elle disposait néanmoins d'un code-barres unique permettant, grâce à une application informatique, de suivre l'itinéraire de l'envoi en ligne et notamment de connaître la date à laquelle il avait été déposé à la poste. Le Conseil d'État en a déduit que l'envoi « BPack Secur » permettait de donner une date certaine à l'envoi et que, dans cette mesure, il satisfaisait à la *ratio legis* de l'article 84 de son règlement général de procédure.

**24. Service d'e-mails « recommandés ».** Outre les nouveaux services de bpost, le développement des moyens de communication électronique a également permis à des opérateurs privés de proposer une offre de services concurrents de ceux de bpost. C'est ainsi qu'une société de droit luxembourgeois offrait, sur le territoire belge, un service d'e-mail garantissant la preuve de la délivrance, du contenu et de la date de délivrance des mails envoyés. Pour désigner celui-ci, elle utilisait les termes « e-mail recommandé » (« *geregistreerde e-mail* ») et affirmait que ces mails avaient la valeur d'une preuve légale (« *rechtsgeldig bewijs* »). Bpost a cherché à faire interdire l'utilisation de ces termes par la société luxembourgeoise, considérant qu'il s'agissait là d'une pratique commerciale trompeuse et déloyale à l'égard des consommateurs.

Dans une décision du 7 avril 2014<sup>88</sup>, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a rejeté la demande de bpost, considérant que les mentions utilisées par la société luxembourgeoise n'étaient ni déloyales ni trompeuses. Le juge saisi a constaté que l'opérateur privé ne prétendait ni que l'email enregistré équivalait à un recommandé postal ni que le service offert permettait de se garantir une preuve légale dans les hypothèses imposant l'envoi d'une lettre recommandée.

Le règlement eIDAS n° 910/2014, qui sera d'application le 1<sup>er</sup> juillet 2016, fixe un cadre juridique pour les services de recommandé électronique. Il définit la notion de recommandé électronique comme « un service qui permet de transmettre des données entre des tiers par voie électronique, qui fournit des preuves concernant le traitement des données transmises, y compris la preuve de leur envoi et de leur réception, et qui protège les données transmises contre les risques de perte, de vol, d'altération ou de toute modification non autorisée ». Les fonctions adressées par le règle-

<sup>86</sup> C.E., 9 juin 2011, *R.F.D.L.*, 2013, p. 151 et note O. COENEGRACHTS, « L'envoi par Taxipost Secur et l'exigence d'un courrier recommandé à la poste en droit du travail ».

<sup>87</sup> C.E., 17 juin 2014, n° 227.727, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be).

<sup>88</sup> Prés. Comm. Bruxelles, 7 avril 2014, *Ann. Prat. Comm.*, 2014, p. 482.



ment n° 910/2014 au recommandé électronique rejoignent celles qui ont été mises en évidence par le Conseil d'État dans sa jurisprudence.

## F. Prestataires intermédiaires de l'internet

### 1. Statut d'hébergeur

**25. Articles publiés par un éditeur de presse sur son site internet.** La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information – transposée en droit belge au livre XII du Code de droit économique – prévoit un régime d'exonération de responsabilité au bénéfice de certains prestataires intermédiaires de l'internet (pour les activités de simple transport, de stockage sous forme de copie temporaire des données ou d'hébergement).

La notion de « service d'hébergement » visait initialement l'opération technique consistant dans le stockage de sites web sur des serveurs. Celle-ci a évolué avec l'émergence du web 2.0 et, désormais, une interprétation fonctionnelle de cette notion prône son application à toute forme de structure permettant le stockage de données des internautes<sup>89</sup>. Ainsi, pourrait également être qualifié d'hébergeur le titulaire d'un site web dans le cadre de son activité de stockage d'informations fournies par des tiers<sup>90</sup>. Ceci permet notamment d'étendre la notion d'hébergeur à l'éditeur d'un forum de discussion, pour autant qu'il ne soit pas l'auteur des messages postés sur le forum<sup>91</sup>.

Actuellement, la plupart des éditeurs de presse proposent un espace de discussion ouvert aux lecteurs, pour chaque article qu'ils mettent en ligne. Ils revendiquent le statut d'hébergeur pour cette activité, pour laquelle ils n'exercent pas de contrôle *a priori* sur les messages publiés par les internautes.

La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois rappelé le régime de responsabilité applicable aux éditeurs de presse dans le cadre d'une action en diffamation dirigée contre une société d'édition, non pas pour des messages postés par des internautes sur son site internet, mais bien en raison de la publication d'articles sur celui-ci<sup>92</sup>. Pour la Cour de justice, le régime de responsabilité limitée, prévu par les articles 12 à 14 de la directive 2000/31/CE, ne peut s'appliquer à l'éditeur de presse pour les articles qu'il prend l'initiative de publier sur son site internet. Ce dernier a en effet connaissance des informations qu'il publie et exerce un contrôle sur celles-ci, incompatible avec le statut de « prestataire intermédiaire » au sens de la directive 2000/31/CE.

**26. Commentaires laissés par les internautes sur un portail d'informations.** Plus controversé est le traitement réservé au portail d'informations estonien « Delfi » par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts des 10 octobre 2013<sup>93</sup> et 16 juin 2015<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Th. LÉONARD, « L'exonération de responsabilité des intermédiaires en ligne: un état de la question », *J.T.*, 2012, pp. 815-816; B. VAN BESIEEN, « La responsabilité des gestionnaires de forums de discussion "non commerciaux" », *A&M*, 2010, p. 566.

<sup>90</sup> J. FELD, « Forums de discussion: espaces de liberté sous haute responsabilité », *R.D.T.I.*, 2010, pp. 110-111; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *R.D.T.I.*, 2008, p. 369.

<sup>91</sup> Civ. Anvers, 3 décembre 2009, *A&M*, 2010, pp. 560-562.

<sup>92</sup> C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, aff. C-291/13.

<sup>93</sup> Cour eur. D.H., 10 octobre 2003, *Delfi c. Estonie*, <http://hudoc.echr.coe.int>.

<sup>94</sup> Cour eur. D.H. (gr. ch.), 16 juin 2015, *Delfi c. Estonie*, <http://hudoc.echr.coe.int>. Sur cet arrêt, voy. *infra*, n°s 289 et s.



Mettant en ligne plusieurs centaines d'articles par jour, Delfi donne aux internautes la possibilité, pour chaque article, de laisser un commentaire de manière anonyme. Chaque commentaire est mis en ligne automatiquement, sans contrôle *a priori* opéré par Delfi, ce dont le portail informe les internautes dans une charte disponible sur son site. Les commentaires peuvent en outre faire l'objet d'une suppression sur la base d'un triple contrôle organisé par Delfi, consistant dans l'utilisation d'un logiciel permettant de détecter certains mots obscènes, dans la mise en place d'une procédure de notification permettant de solliciter le retrait de certains commentaires, et dans des initiatives spontanées de Delfi faisant le choix de supprimer certains commentaires jugés inappropriés après leur mise en ligne.

Delfi avait publié sur son portail un article relatif à une société de ferrys estonienne. Cet article avait suscité un nombre inhabituellement élevé de commentaires, et plusieurs d'entre eux présentaient un caractère manifestement injurieux à l'égard du propriétaire de la compagnie de ferrys. Ceux-ci n'avaient pas été filtrés par le logiciel utilisé par Delfi. Ils n'avaient pas non plus fait l'objet d'un retrait spontané décidé par Delfi. Plusieurs semaines après leur publication, la victime de ces commentaires s'était adressée à Delfi en vue de les faire retirer, non en utilisant la procédure de notification en ligne mise en place par le portail d'informations, mais en envoyant un courrier postal à la société. Delfi avait alors retiré les commentaires litigieux, qui étaient néanmoins restés accessibles près de six semaines sur son portail.

Après avoir relevé que le modèle économique exploité par Delfi tirait parti du nombre de commentaires publiés sur le portail d'informations, les juridictions estoniennes estimèrent que les procédures proposées par Delfi n'étaient pas suffisamment protectrices des intérêts des tiers, dès lors qu'elles n'avaient pas permis d'éviter la publication et le maintien pendant près de six semaines des messages diffamants. Les juridictions estoniennes avaient notamment fait le grief à Delfi de ne pas avoir retiré ces messages de sa propre initiative, alors que le portail aurait dû être conscient de leur caractère illicite.

Dans son arrêt du 10 octobre 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a approuvé ce raisonnement. La Cour s'est fondée sur différents éléments pour parvenir à cette décision. Elle a tout d'abord estimé que, compte tenu du caractère polémique de l'article publié, Delfi aurait dû faire preuve d'une certaine prudence afin d'éviter d'être tenue responsable d'une atteinte à la réputation d'autrui. La Cour semble également avoir vu un élément décisif dans la participation de ce type de commentaire au modèle économique exploité par Delfi. Elle a en effet relevé que ces publications avaient pour effet d'attirer et d'accroître le nombre de lecteurs du portail, ce qui avait un impact direct sur ses revenus publicitaires. Elle a par ailleurs jugé que les mesures adoptées par Delfi en vue de prévenir les risques de diffamation ne s'étaient pas avérées suffisamment efficaces et qu'elles n'avaient pas permis d'empêcher qu'il soit porté préjudice à des tiers. Enfin, la Cour a estimé que la décision des juridictions estoniennes constituait une restriction admissible à la liberté d'expression, parce qu'elles ne lui avaient pas dicté la manière de protéger les droits des tiers, mais lui avait laissé le choix de la façon de procéder.

L'affaire fut ensuite renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a confirmé, par arrêt du 16 juin 2015, que la décision des juridictions estoniennes ne violait pas l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a considéré que le rôle joué par Delfi dans la publication des commentaires relatifs à ses articles avait dépassé



celui d'un prestataire passif de services purement techniques, compte tenu du contrôle important qu'elle exerçait sur son portail. Elle a donc implicitement considéré que Delfi ne pouvait se prévaloir des mécanismes de limitation de responsabilité prévus par la directive 2000/31/CE, notamment du régime spécifique aux hébergeurs. La Cour a ensuite relevé que les mesures prises par Delfi en vue de filtrer les commentaires abusifs avaient été défailtantes. Selon la Grande Chambre, l'obligation pour un grand portail d'actualités de prendre des mesures efficaces pour limiter la propagation de propos manifestement illicites – telles que la mise en place d'un service de modération – ne peut en aucun cas être assimilée à de la censure privée. Pour la Cour, le fait d'imposer à un portail d'actualités de prendre des mesures adéquates visant à retirer sans délai les commentaires clairement illicites, même si ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'une notification, n'empêche pas violation de l'article 10 de la Convention.

Ces arrêts ont été critiqués par plusieurs auteurs, qui considèrent qu'il s'agit là d'un précédent menaçant la liberté d'expression sur internet<sup>95</sup>, de nature à affecter les activités de différents prestataires de services de la société de l'information<sup>96</sup>, et notamment celles des forums de discussion en ligne<sup>97</sup>. Il n'est toutefois pas certain que cette jurisprudence soit transposable à toute forme d'activité de forum de discussion. Dans son arrêt, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a en effet mis en avant, à plusieurs reprises, le caractère commercial des activités de Delfi, soulignant l'intérêt économique pour ce type de portail de recueillir un grand nombre de commentaires sur les articles d'actualité publiés. L'on pourrait en déduire qu'une restriction à la liberté d'expression sera plus difficilement admise à l'égard d'un site autorisant la publication de commentaires dans le cadre d'une activité non commerciale<sup>98</sup>.

## 2. Injonctions à charge des prestataires intermédiaires

**27. Blocage de sites internet.** La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique permet à différents prestataires de la société de l'information de bénéficier d'un régime de responsabilité dérogeant au droit commun. Ce régime est sans préjudice de la possibilité de prononcer des injonctions à charge des prestataires intermédiaires afin qu'ils mettent un terme ou qu'ils préviennent des violations (art. 12, § 3, 13, § 3, et 14, § 3). On doit aussi avoir égard à l'article 8, § 3, de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, ainsi qu'aux articles 9 et 11 de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui donnent aux titulaires de droits la possibilité de demander que des injonctions soient prononcées « à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle ».

<sup>95</sup> Q. VAN ENIS et P.-F. DOCQUIR, « Un grand coup de froid pour la liberté d'expression en ligne », *Le Soir*, 23 juin 2015; D. VOORHOF, « *Delfi AS v. Estonia* : Grand Chamber confirms liability of online news portal for offensive comments posted by its readers », 18 juin 2015, [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com); F. TULKENS, « La liberté d'expression et le discours de haine », *R.F.D.L.*, 2015, pp. 494-495.

<sup>96</sup> V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *R.D.C.*, 2014, p. 476.

<sup>97</sup> D. VOORHOF et C. WIERSMD, « Recente arresten van het EHRM in verband met artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting en informatie). September 2013 – December 2013 », *A&M*, 2014, p. 131.

<sup>98</sup> Sur les questions suscitées par la jurisprudence *Delfi*, voy. également le commentaire de Q. VAN ENIS dans la présente Chronique, n°s 289 et s.



Selon la Commission européenne, ces injonctions ne constituent pas des sanctions à l'égard des intermédiaires et ne sont pas basées sur un mécanisme de responsabilité dans leur chef. Il s'agit de mesures prises parce que, dans certaines circonstances, les prestataires intermédiaires sont les mieux placés pour empêcher ou pour faire cesser une atteinte à un droit de propriété intellectuelle<sup>99</sup>. Le régime de responsabilité propre à certains prestataires de services de la société de l'information mis en place par la directive 2000/31/CE est dès lors sans conséquence sur la possibilité d'imposer des injonctions à ces prestataires intermédiaires, dans les conditions fixées par les directives 2001/29/CE et 2004/48/CE<sup>100</sup>, pour autant que ces prestataires ne se voient pas imposer une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transfèrent ou qu'ils stockent.

Par ailleurs, les prestataires intermédiaires visés par les directives 2001/29/CE et 2004/48/CE sont plus nombreux que les trois catégories de prestataires de services de la société d'information bénéficiant du régime de responsabilité limitée de la directive 2000/31/CE. Ainsi, les injonctions qui peuvent être adoptées en vue de protéger des droits de propriété intellectuelle sont susceptibles de viser également des moteurs de recherche ou des prestataires de services de paiement.

Au cours de la période examinée, plusieurs décisions ont précisé la portée des injonctions pouvant être imposées aux prestataires de services de la société de l'information en vue de faire cesser un agissement illicite. La jurisprudence se montre soucieuse de la conformité des injonctions prises aux droits fondamentaux, notamment la liberté d'information et la liberté d'entreprise. Elle veille également à ce que ces injonctions respectent l'exigence de proportionnalité.

**28. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.** Dans une affaire qui opposait deux sociétés de production cinématographique à un fournisseur d'accès internet à qui il était demandé de bloquer l'accès à un site internet permettant le téléchargement illicite de certains de leurs films, la Cour de justice a précisé les conditions d'une injonction imposant un tel blocage. La mesure sollicitée avait pour fondement légal l'article 8, § 3, de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Elle impliquait le blocage du nom de domaine et de l'adresse IP, ainsi que de toute autre adresse IP utilisée par le site internet litigieux dont le fournisseur d'accès aurait connaissance. Le fournisseur d'accès internet s'opposait aux mesures de blocage sollicitées en discutant leur pertinence – prétendant qu'elles pouvaient toutes être techniquement contournées – et expliquant que certaines étaient excessivement coûteuses à mettre en œuvre.

Dans son arrêt du 27 mars 2014<sup>101</sup>, la Cour de justice a précisé que les juridictions prononçant des injonctions à charge des intermédiaires devaient tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux, dont notamment la liberté d'entreprise dont bénéficient les fournisseurs d'accès à Internet – en vertu de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – et la liberté d'information des utilisateurs d'Internet – dont la protec-

<sup>99</sup> Analysis of the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights in the Member States, SEC(2010) 1589 final, 22 décembre 2010, p. 16.

<sup>100</sup> V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 482.

<sup>101</sup> C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12. Pour un commentaire de cette décision, voy. V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, « Blocage de site web à contenu illégal : la Cour de justice affine sa jurisprudence », *R.D.T.I.*, 2014, pp. 38-60. Voy. aussi *infra*, n<sup>os</sup> 69 ets.



tion est assurée par l'article 11 de la Charte. La Cour a relevé que l'injonction sollicitée par les sociétés de production avait certes pour effet de restreindre la liberté d'entreprise du fournisseur d'accès internet, en l'obligeant à prendre des mesures « qui sont susceptibles de représenter pour celui-ci un coût important, d'avoir un impact considérable sur l'organisation de ses activités ou de requérir des solutions techniques difficiles et complexes ». Néanmoins, la Cour de justice a considéré que la mesure de blocage pouvait ne pas porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise à condition que le fournisseur d'accès puisse déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé et qu'il puisse s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables. Afin d'éviter de devoir mettre en place des mesures présentant un coût disproportionné pour le fournisseur d'accès, la Cour a également estimé que la mesure sollicitée devait être strictement ciblée et que le prestataire devait pouvoir échapper à la nécessité d'adopter certaines mesures éventuellement réalisables, si elles n'apparaissaient pas raisonnables. Enfin, la Cour a tenu à souligner que, malgré ces précautions visant à garantir le respect de certains droits fondamentaux, les mesures imposées devaient rester suffisamment efficaces, « c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental ».

**29. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.** La Cour européenne des droits de l'homme a également été saisie d'une affaire consécutive au blocage de plusieurs sites internet. En l'espèce, un citoyen turc dénonçait le blocage de son site web, qu'il avait créé au moyen du service de création et d'hébergement *Google Sites*. Cette mesure avait été décidée par un tribunal turc, à titre d'injonction préventive adoptée dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre le propriétaire d'un autre site utilisant la technologie *Google Sites*. La décision critiquée considérait que le seul moyen de bloquer l'accès au site visé était de bloquer l'accès général à la page <http://sites.google.com>. Ce constat se basait sur une analyse présentée aux juridictions turques par l'autorité administrative turque en matière de télécommunications. La mesure de blocage devait durer jusqu'à ce qu'une décision au fond soit prononcée ou que le contenu illicite hébergé par *Google Sites* soit retiré. Le requérant turc se voyait ainsi privé de l'accès à son site internet pendant une durée indéterminée, bien que celui-ci n'avait aucun rapport avec le site directement visé par l'injonction des juridictions turques.

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que cette restriction à la liberté d'expression n'était pas compatible avec la condition de prévisibilité imposée par l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>102</sup>. La Cour a en effet constaté que pour qu'une telle mesure réponde à cette condition de prévisibilité, il fallait qu'elle repose sur un cadre légal particulièrement strict quant à la détermination de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel permettant de prévenir d'éventuels abus. Or, si en l'espèce l'injonction prise par le tribunal turc se basait certes sur une disposition légale, la Cour a néanmoins affirmé que l'existence de celle-ci ne dispensait pas la juridiction saisie de la mettre en œuvre en tenant compte de l'application de l'article 10 de la Convention. Selon la Cour, le blocage général imposé était d'autant plus contestable que le tribunal n'avait pas recherché si une mesure moins contraignante pouvait

<sup>102</sup> Cour eur. D.H., 18 décembre 2012, arrêt *A. Yildirim c. Turquie*, <http://hudoc.echr.coe.int>. Voy. aussi *infra*, n°s 296 et s.



être adoptée et qu'il avait statué sans avoir cherché à évaluer les intérêts en présence. Elle a donc constaté une violation de la condition de prévisibilité imposée par l'article 10 de la Convention.

Dans son opinion concordante, le juge Pinto de Albuquerque a observé que la législation turque en cause n'encadrait pas l'exercice du pouvoir judiciaire des conditions et garanties requises pour permettre aux fournisseurs de contenus de bénéficier des garanties fondamentales de la liberté d'expression. De manière pertinente, il a invité les juridictions qui décident des mesures de blocage à justifier leur décision en exposant en quoi l'intérêt public du blocage prime la liberté d'expression ou en quoi elle s'impose en raison d'un risque évident et imminent résultant d'une publication. Cette position rejoint celle de la Cour de justice, qui a mis en évidence la nécessité, pour la mesure de blocage, d'être strictement ciblée, afin d'éviter de porter atteinte au droit à la liberté d'information des utilisateurs d'internet<sup>103</sup>.

**30. Jurisprudence de la Cour de cassation.** Au cours de la période examinée, la Cour de cassation s'est également prononcée sur la validité d'injonctions de blocage décidées sur la base de l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. Cette disposition organise la saisie de données informatiques, plus précisément les mesures consistant à copier, rendre inaccessibles et retirer des données stockées dans un système informatique. Dans le cadre d'une instruction judiciaire pour contrefaçon, s'inscrivant dans le contexte de l'affaire *Thepiratebay*, un juge d'instruction avait imposé aux fournisseurs d'accès internet de rendre inaccessible l'accès au contenu hébergé par le serveur associé aux noms de domaine principaux «theiratebay.org». L'injonction du juge d'instruction imposait aux fournisseurs d'accès le blocage de tous les noms de domaine renvoyant au serveur associé au nom de domaine «theiratebay.org», laissant le soin à la Federal Computer Crime Unit et à la police de Malines de constater les noms de domaine devant faire l'objet d'un blocage et d'en informer les fournisseurs d'accès concernés<sup>104</sup>. L'ordonnance détaillait également le procédé technique devant être employé pour procéder à ce blocage.

Plusieurs fournisseurs d'accès s'étaient opposés à cette mesure, contestant le fondement légal des mesures décidées par le juge d'instruction. L'un des griefs soulevés par les fournisseurs d'accès dans leur pourvoi en cassation portait sur l'application de l'article XII.20 du Code de droit économique<sup>105</sup>, qui prévoit que les fournisseurs d'accès à internet n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent et que les autorités judiciaires compétentes ne peuvent imposer qu'une obligation temporaire de surveillance, dans un contexte spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi. La Cour de cassation a rejeté l'intégralité des griefs présentés, considérant notamment que l'injonction prononcée n'impliquait pas une obligation de surveillance contraire au prescrit de l'article XII.20 du Code de droit économique. Selon la Cour, les fournisseurs d'accès ne se voyaient pas imposer d'obligation de surveillance portant sur les informations transmises ou consistant à rechercher activement des informations révélant des activités

<sup>103</sup> C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, aff. C-314/12, point 56.

<sup>104</sup> V. FOSSOUL, « La responsabilité des intermédiaires en droit des marques et en droit d'auteur à la lumière de la récente jurisprudence européenne », *op. cit.*, p. 480. Voy. aussi *infra*, n° 223.

<sup>105</sup> Auparavant article 21 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.



illicites<sup>106</sup>. Ils se voyaient exclusivement imposer le blocage d'un nombre déterminé de noms de domaine.

**31. Mesures de filtrage.** À côté des injonctions de blocage, des mesures de filtrage sont parfois sollicitées, à charge pour les prestataires intermédiaires de les mettre en œuvre<sup>107</sup>.

Dans un litige l'opposant à la plateforme de réseau social Netlog, la Sabam entendait imposer au réseau social de cesser toute mise à disposition non autorisée d'œuvres musicales ou audiovisuelles de son répertoire, sous peine du paiement d'une astreinte. Pour Netlog, la demande de la Sabam l'aurait contrainte à devoir mettre en place un système de filtrage permettant d'identifier, au sein de l'ensemble des fichiers stockés par Netlog, ceux susceptibles de contenir des œuvres du répertoire de la Sabam, puis que soient identifiés les fichiers stockés et mis à disposition du public de manière non autorisée, et enfin qu'après avoir été identifiés, ceux-ci puissent être bloqués.

La Cour de justice devait se prononcer sur l'adéquation d'une telle mesure de filtrage, s'appliquant indistinctement à l'ensemble des utilisateurs du réseau social, à titre préventif et sans limitation dans le temps, au regard notamment des principes de la directive 2000/31/CE. Dans son arrêt du 16 février 2012<sup>108</sup>, la Cour a rappelé que les États membres devaient respecter le prescrit de l'article 15 de la directive 2000/31/CE lorsqu'ils instaurent des règles visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Ceci implique qu'ils ne peuvent imposer de mesures obligeant un prestataire intermédiaire de l'internet à procéder à une surveillance générale des informations qu'il stocke. En l'espèce, la Cour de justice a considéré que la mesure de filtrage sollicitée avait pour conséquence d'imposer au prestataire intermédiaire une obligation générale de surveillance des informations stockées, contraire au prescrit de la directive. La Cour a également justifié sa décision en rappelant que la protection des droits de propriété intellectuelle, qui justifiait la demande de filtrage formulée par la Sabam, devait être assurée de manière équilibrée, en tenant compte notamment des autres libertés et droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont fait partie la liberté d'entreprise. Dans cette perspective, la Cour a considéré qu'une injonction faite au prestataire de service lui enjoignant la mise en place d'un système informatique complexe, coûteux, permanent et à ses seuls frais, ne réalisait pas un juste équilibre entre la protection des droits de propriété intellectuelle des auteurs et la liberté d'entreprise du prestataire de service.

**32. Communication de l'identité de l'utilisateur d'une adresse IP.** La Cour de justice s'est également prononcée sur la légalité d'une mesure consistant à contraindre un fournisseur d'accès internet à transmettre à des titulaires de droits des informations permettant d'identifier la personne qui avait porté atteinte à leurs droits. Cette personne avait permis la diffusion de 27 ouvrages se présentant sous la forme de livres audio via un système de partage de fichiers sur internet. Les titulaires de droits souhaitaient contraindre le fournisseur d'accès internet par l'intermédiaire duquel l'échange de fichiers illicites avait eu lieu à lui communiquer l'identité et l'adresse

<sup>106</sup> Cass., 22 octobre 2013, *A&M*, 2014, p. 98. Pour un commentaire de cette décision, voy. P. MONVILLE et M. GIACOMETTI, « Les fournisseurs d'accès à internet, nouveaux gendarmes de la toile ? », *R.D.T.I.*, 2014, pp. 68-76.

<sup>107</sup> Sur cette question, voy. également la précédente chronique de jurisprudence publiée dans cette revue (*R.D.T.I.*, 2012, pp. 42-44, n° 51), dans le cadre de laquelle fut examiné l'arrêt de la Cour de justice du 24 novembre 2011 (*Scarlet c. Sabam*).

<sup>108</sup> C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, aff. C-360/10. Voy. aussi *infra*, n° 68.



de la personne faisant usage de l'adresse IP à partir de laquelle les fichiers étaient présumés avoir été transmis. Cette mesure était demandée sur la base de l'article 8, § 3, de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

La Cour de justice devait apprécier la légalité de cette mesure au regard du droit fondamental assurant la protection de la vie privée. Elle a rappelé qu'une législation nationale prévoyant la possibilité d'imposer ce type d'injonction devait assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'Union et que cette législation devait être interprétée dans le respect du principe de proportionnalité. Or, selon la Cour, lorsque la législation nationale sur laquelle se base la demande de communication des données personnelles pose comme condition à cette divulgation que soient présentés des éléments tels que l'existence d'indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, la preuve que les informations demandées soient susceptibles de faciliter l'enquête et la démonstration que les raisons motivant cette injonction sont d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou aux autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire, elle doit être considérée comme susceptible d'assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle et la protection de la vie privée<sup>109</sup>.

## G. Questions de droit international privé

**33. Contrats de consommation et compétence juridictionnelle.** Avec le développement du commerce électronique, de nombreux contrats sont désormais conclus, par des consommateurs, avec des prestataires établis dans d'autres États membres. Aussi se pose la question de la juridiction compétente et de la loi applicable, en cas de litige.

Les questions de compétence juridictionnelle sont traitées, au niveau européen, par le règlement Bruxelles I<sup>110</sup>, désormais remplacé par le règlement 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<sup>111</sup>. Quant à la loi applicable, elle est déterminée par le règlement Rome I pour les obligations contractuelles<sup>112</sup> et par le règlement Rome II pour ce qui concerne les obligations non contractuelles<sup>113</sup>.

Au cours de la période examinée, plusieurs décisions ont été prononcées par la Cour de justice afin de préciser les règles de compétence juridictionnelle en matière de contrats de consommation. Dans cette matière, les articles 15, § 1, c), et 16 du règlement Bruxelles I prévoient que l'action intentée par un consommateur contre une entreprise peut être portée devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié, lorsque cette entreprise exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qu'elle dirige ces activités vers cet État membre et que le contrat entre dans le cadre de

<sup>109</sup> C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier*, aff. C-461/10. Voy. aussi *infra*, n° 150.

<sup>110</sup> 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 («Bruxelles I»), *J.O. L* 012 du 16 janvier 2001, pp. 0001-0023.

<sup>111</sup> *J.O. L* 351 du 20 décembre 2012, pp. 1-32. Le règlement n° 1215/2012 est applicable depuis le 10 janvier 2015.

<sup>112</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O. L* 177 du 4 juillet 2008, pp. 6-16.

<sup>113</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *J.O. L* 199 du 31 juillet 2007, pp. 40-49.



ces activités<sup>114</sup>. Les consommateurs cherchent logiquement à tirer parti de cette disposition pour engager les litiges qui naissent à la suite de la conclusion d'un contrat de consommation devant leurs juridictions nationales.

Selon la Cour de justice, un site internet peut être le moyen employé par une entreprise pour diriger son activité vers l'État membre du domicile du consommateur. Dans son arrêt *Pammer et Hotel Alpenhof*<sup>115</sup>, la Cour de justice avait toutefois précisé que la simple accessibilité du site internet de l'entreprise dans un État membre ne révélait pas nécessairement l'existence d'une activité de cette entreprise dirigée vers le territoire de cet État membre. Elle avait considéré qu'une telle activité impliquait que l'entreprise ait ciblé l'État membre du consommateur, en manifestant sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs dans cet État membre. La Cour avait identifié, à cette occasion, une liste non exhaustive d'indices susceptibles de révéler la volonté d'une entreprise de diriger ses activités vers un État membre déterminé.

Affinant cette jurisprudence, la Cour de justice a précisé que le champ d'application de l'article 15, § 1, c), du règlement Bruxelles I ne se limitait pas aux seuls contrats conclus à distance. Elle a jugé que cette règle de compétence juridictionnelle visait toute situation où l'entreprise dirigeait ses activités commerciales ou professionnelles vers l'État membre de résidence du consommateur et que le contrat litigieux entrait dans le cadre de ces activités. Elle a par conséquent estimé qu'un consommateur autrichien pouvait engager une action en responsabilité contractuelle en Autriche contre une entreprise allemande, bien que le contrat le liant à cette entreprise ait été conclu en Allemagne, parce qu'il avait pris connaissance des activités de la société allemande en consultant son site internet, lequel révélait que les activités commerciales de l'entreprise étaient dirigées notamment vers l'Autriche<sup>116</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a relevé que des éléments tels que la prise de contact à distance et la conclusion d'un contrat de consommation à distance étaient des indices de nature à établir qu'une entreprise orientait ses activités vers l'État membre du consommateur.

Dans une autre affaire, la Cour de justice a ensuite jugé, dans le cadre d'un litige contractuel opposant un consommateur résidant en Allemagne à une entreprise située en France, que l'article 15, § 1, c), du règlement de Bruxelles I n'exigeait pas qu'il existe un lien de causalité direct entre le site internet de l'entreprise et la conclusion du contrat avec ce consommateur<sup>117</sup>. En l'espèce, le consommateur allemand avait acheté un véhicule d'occasion à l'entreprise française après avoir eu connaissance de ses activités via des proches, et non via le site internet de l'entreprise. Selon la Cour, le fait que l'entreprise française ait dirigé ses activités vers le territoire allemand, ce qui avait pu être démontré grâce à l'examen de son site internet, justifiait la saisine des juridictions allemandes. La façon dont, dans le cas d'espèce, le consommateur avait été mis en contact avec l'entreprise étrangère n'était pas déterminante pour apprécier la compétence juridictionnelle. Pour le surplus, la Cour de justice a estimé que la circonstance qu'un commerçant soit établi dans un État

<sup>114</sup> Il faut noter que les mêmes critères (direction des activités vers l'État membre du consommateur et contrat entrant dans le cadre de cette activité) sont retenus à l'article 6 du règlement Rome I pour préciser la loi applicable aux contrats de consommation. Les règles définies par la Cour de justice pour déterminer la compétence juridictionnelle en matière de contrat de consommation peuvent donc également être utilisées pour retenir la loi applicable.

<sup>115</sup> C.J.U.E., 7 décembre 2010, *Pammer et Hotel Alpenhof*, aff. C-585/08 et C-144/09, *Rec.*, 2010, p. I-12527. Cet arrêt fut commenté dans la précédente chronique publié dans cette revue (*R.D.T.I.*, 2012, pp. 211-215, n°s 347-352).

<sup>116</sup> C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Mühlleitner*, aff. C-190/11.

<sup>117</sup> C.J.U.E., 17 octobre 2013, *Emrek*, aff. C-218/12.



membre à proximité de la frontière avec l'État membre du consommateur, dans une conurbation à cheval sur la frontière, et qu'il utilise notamment un numéro de téléphone de l'État membre du consommateur, pouvait également constituer des indices de nature à démontrer que son activité était dirigée vers cet État membre.

**34. Responsabilité extracontractuelle et compétence juridictionnelle.** Plusieurs décisions de la Cour de justice ont également été rendues quant à la compétence des juridictions européennes en matière extracontractuelle, suite à la publication de contenus illicites sur des sites internet.

L'article 5, § 3, du règlement Bruxelles I prévoit qu'au-delà de la règle de compétence générale figurant à l'article 2 du règlement – qui donne compétence aux juridictions de l'État membre dans lequel est situé le défendeur – ce dernier peut également être poursuivi « devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, cette règle donne compétence tant aux juridictions de l'État membre où le fait générateur du dommage se produit, qu'aux juridictions des États membres où le dommage se matérialise<sup>118</sup>. Dans cette dernière hypothèse, la compétence de la juridiction saisie est toutefois limitée au dommage qui s'est réalisé dans l'État membre de cette juridiction<sup>119</sup>. En 2011, statuant dans le cadre d'un litige lié à la diffusion d'un contenu portant atteinte aux droits de la personnalité sur internet, la Cour de justice a reconnu que la simple accessibilité d'un site internet dans un État pouvait donner compétence à ses juridictions en vue de connaître du dommage produit sur le territoire de cet État<sup>120</sup>.

D'autres décisions sont intervenues au cours de la période examinée, relatives à l'application de l'article 5, § 3, du règlement de Bruxelles I. Elles trouvent leur origine dans des atteintes à différents droits de propriété intellectuelle par des exploitants de sites internet. Elles sont par conséquent traitées dans le chapitre de cette chronique consacré au droit de la propriété intellectuelle.

<sup>118</sup> C.J.C.E., 30 novembre 1976, *Mines de potasse*, aff. C-21-76, *Rec.*, 1976, p. 01735.

<sup>119</sup> C.J.C.E., 7 mars 1995, *Shevill*, aff. C-68/93, *Rec.*, 1995, p. I-00415.

<sup>120</sup> C.J.U.E., 25 octobre 2011, *eDate Advertising*, aff. C-509/09 et C-161/10, *Rec.*, 2011, p. I-10269.

