

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Information et transparence sur les réseaux

Demoulin, Marie

Published in:

Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Demoulin, M 2001, Information et transparence sur les réseaux. Dans *Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*. Cahiers du CRID, Numéro 19, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 95-130.

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.

CHAPITRE III INFORMATION ET TRANSPARENCE SUR LES RÉSEAUX

Marie DEMOULIN

PROPOS INTRODUCTIF

177. La vocation première des réseaux numériques est de véhiculer de l'information, instantanément et aisément, aux quatre coins de la toile mondiale¹. Assurément, cette faculté peut être mise au service du commerce électronique, en vue de permettre aux internautes de prendre des décisions en pleine connaissance de cause et de favoriser la transparence dans les relations qui se nouent sur les réseaux².

Toutefois, l'intervention d'un outil technologique aussi particulier pour contracter, ou tout simplement pour nouer des contacts, n'est pas sans poser quelque difficulté. Nombre d'auteurs ont dénoncé la complexité des techniques, l'opacité des relations, l'insécurité juridique, la manipulation du consommateur, les atteintes à la vie privée, qui sont autant d'entraves au développement harmonieux du commerce électronique³.

Aussi, afin de garantir la transparence sur les réseaux et, partant, de gagner la confiance des utilisateurs, la directive sur le commerce électronique impose aux prestataires de services de la société de l'information la fourniture d'une série de renseignements, ainsi que la mise en œuvre de mesures techniques rassurantes. D'abord, une obligation générale d'information, imposée à *tous* les prestataires de services, porte sur l'identité et l'activité du prestataire ainsi que sur la

¹ On en veut pour preuve des expressions telles que 'société de l'information', 'autoroutes de l'information', ou encore 'nouvelles technologies de l'information et de la communication'.

² A certains égards, nous sommes d'avis qu'un recours judicieux aux nouvelles technologies des réseaux peut assurer une information plus complète et plus efficace que dans les contrats conclus par la voie traditionnelle. Voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La formation des contrats par voie électronique", in *Études sur la formation du contrat*, ouvrage collectif à paraître, Bruxelles, Bruylant, 2001, chapitre II.

³ Voy., notamment, B. DE NAYER, "Information, interaction et commerce électronique", in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP, 1999, pp. 117 et s. ; J.-M. DINANT, "Les traitements invisibles sur Internet", in E. MONTERO (éd.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du CRID n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 277 et s. ; F. OST, "Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse", in B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et Consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 194 et s.

manière d'indiquer les prix, le cas échéant (art. 5). La directive exige également la fourniture d'informations spécifiques dans deux hypothèses particulières : l'article 6 énonce plusieurs principes d'identification des communications commerciales et l'article 10 dresse la liste des renseignements qui doivent être fournis lors de la conclusion d'un contrat par voie électronique.

178. Ces exigences, tout à fait spécifiques au commerce électronique, viennent s'ajouter aux obligations d'information existant aux niveaux européen et national, et présentent vis-à-vis de celles-ci un caractère complémentaire et non dérogoire. La directive le confirme d'ailleurs à de nombreuses reprises, dans chacune des dispositions relatives aux informations à fournir, lorsqu'elle précise que celles-ci s'imposent "outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire" (art. 5, § 1^{er}, al. 1^{er} ; art. 5, § 2 ; art. 6, al. 1^{er} ; et art. 10, § 1^{er}, al. 1^{er}. Cf. également l'art. 1^{er}, § 3, et le considérant n° 11).

179. Soulignons encore que les dispositions de la directive en matière d'information sont minimales. En effet, la directive stipule plusieurs fois que le prestataire doit fournir "au moins" les informations requises (art. 5, § 1^{er}, al. 1^{er} ; art. 6, al. 1^{er} ; et art. 10, § 1^{er}, al. 1^{er}). Dès lors, les États membres peuvent aller au-delà de ces exigences minimales, notamment en matière de protection du consommateur, en imposant aux prestataires établis sur leur territoire de fournir davantage d'informations⁴. Ils peuvent également maintenir dans leur réglementation des dispositions plus strictes (formalisme, mentions obligatoires...), à condition, toutefois, que ces exigences ne fassent pas obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique (art. 9 de la directive).

180. Enfin, il serait vain d'imposer la fourniture d'informations sur les réseaux numériques sans poser des exigences relatives à leur présentation : information *clairement identifiable, d'accès facile, direct et permanent*, présentée de *manière compréhensible, précise et non équivoque, par voie électronique*, fournie d'une *manière* qui permette de la *conserver* et de la *reproduire*, etc. En effet, face au déferlement d'informations de toutes sortes sur les réseaux, il était à craindre que l'internaute éprouve quelques difficultés à accéder aux renseignements dont la communication est exigée par la directive, *a fortiori* si ces informations se trouvent enfouies dans un obscur menu d'aide ou présentées de manière peu attrayante. Sous peine de manquer son

⁴ En ce sens, E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749 et s., spéc. p. 782.

objectif, le devoir d'information dans l'environnement numérique se devait d'être gouverné par des principes de transparence, d'identification et d'accessibilité.

I. LES INFORMATIONS GÉNÉRALES À FOURNIR

181. L'article 5 de la directive sur le commerce électronique est libellé comme suit :

1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes :

a) le nom du prestataire de services ;

b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ;

c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui ;

d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre ;

e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ;

f) en ce qui concerne les professions réglementées :

- tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit,

- le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé,

- une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès ;

g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme.

2. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent au moins à ce que, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

A. Les informations relatives au prestataire et à son activité

182. L'obligation, pour un professionnel, de fournir des informations relatives à son identité existe déjà dans nombre de réglementations en vigueur. Néanmoins, les informations exigées par la directive sur le commerce électronique concernant le prestataire et son activité professionnelle sont beaucoup plus détaillées que dans les autres textes communautaires. C'est qu'il s'agit d'assurer une certaine transparence, en fournissant au destinataire du service suffisamment de renseignements sur la personne dissimulée derrière un site web.

183. Il faut souligner que les informations requises par l'article 5 doivent être produites par *tout prestataire* de services de la société de l'information, et non uniquement les prestataires qui pratiquent le commerce électronique⁵. A cet égard, les travaux préparatoires de la directive précisent que ces informations doivent être accessibles *même s'il n'y a pas de contrat*⁶.

1. Les différentes informations à communiquer

184. En premier lieu, doivent être mentionnés le nom du prestataire de services, ainsi que l'adresse géographique à laquelle il est établi (art. 5, § 1^{er}, a et b). Par les termes "nom" et "adresse", la directive évite volontairement de recourir à des concepts juridiques, variables d'un État membre à l'autre. Toutefois, lors de la transposition en droit belge, on privilégiera l'emploi des expressions "dénomination sociale" et "principal établissement" à l'égard des personnes morales.

Relevons que l'exigence d'identification se trouvait déjà partiellement dans l'article 4, § 1^{er}, a, de la directive concernant la protection des

⁵ Voy. le considérant n° 18 pour quelques exemples de services de la société de l'information autres que la fourniture de biens ou de services en ligne (*supra*, n°s 3 et s.).

⁶ Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, du 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, p. 24 (ci-après, en abrégé : "exposé des motifs" ou "commentaire article par article", avec indication de la page).

consommateurs en matière de contrats à distance⁷, qui ne requérait cependant la mention de l'adresse que dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé. Lors de la transposition de cette directive, le législateur belge s'est montré plus strict⁸, en exigeant que ces deux informations soient fournies en toute hypothèse (art. 78, 1^o, de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur⁹). Par ailleurs, dès lors que le prestataire effectue un traitement de données à caractère personnel, la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁰, requiert que l'identité du responsable du traitement soit fournie à la personne concernée (art. 10, a, et 11, § 1^{er}, a, de la directive citée).

185. Le prestataire doit, en outre, donner toutes ses coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact *rapidement* et de communiquer *directement* et *efficacement* avec lui (art. 5, § 1^{er}, c). Ces trois exigences ont été formulées eu égard à la rapidité avec laquelle les communications s'effectuent en réseau. Il serait en effet incohérent de fournir une adresse géographique comme unique moyen d'entrer en contact avec le prestataire d'un service de la société de l'information. L'adresse e-mail constitue sur le réseau un moyen de communication privilégié devant être obligatoirement fourni. Toutefois, le prestataire demeure libre de mentionner, en sus, d'autres coordonnées. En pratique, un numéro de téléphone ou de fax sont autant de moyens de communiquer directement, rapidement et efficacement.

186. Enfin, le prestataire doit indiquer, le cas échéant, le registre de commerce auquel il est inscrit, ainsi que son numéro d'immatriculation ; les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente, dans le cas où l'activité serait soumise à un régime d'autorisation ; le numéro de TVA.

Les lois coordonnées relatives au registre du commerce¹¹ prévoient déjà, en leur article 39, l'obligation pour les commerçants de fournir, dans tous

⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 (ci-après : "directive sur les contrats à distance").

⁸ L'article 14 de la directive sur les contrats à distance contient en effet une clause minimale, autorisant les États membres à "adopter ou maintenir (...) des dispositions plus strictes compatibles avec le Traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur".

⁹ Ci-après, en abrégé : "LPC". *M.B.* 29 août 1991, modifiée par la loi du 25 mai 1999, *M.B.*, 23 juin 1999.

¹⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281, du 23 nov.1995, p. 31.

¹¹ Lois relatives au registre du commerce, coordonnées par A.R. du 20 juillet 1964, *M.B.*, 8 août 1964.

les actes, factures, lettres, notes de commande et autres pièces analogues de nature commerciale, le numéro d'immatriculation au registre du commerce. En ce qui concerne les sociétés commerciales¹², l'article 78 du nouveau Code des sociétés belge¹³ exige la fourniture, dans les mêmes actes ou autres annonces et publications, du numéro d'immatriculation au registre du commerce. En outre, il est prévu à l'article 53 *quater* du Code TVA que les personnes identifiées à la TVA sont tenues de communiquer leur numéro d'identification à leurs clients. Toutefois, lors de la transposition, on ne se privera pas de rappeler que ces exigences sont applicables à tout prestataire d'un service de la société de l'information inscrit au registre du commerce et assujetti à la TVA.

187. Tout prestataire exerçant une profession réglementée doit en outre mentionner l'ordre professionnel (ou organisme similaire) auprès duquel il est inscrit, le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, ainsi qu'une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès. Selon E. CRABIT, cette disposition spécifique vise à prévenir tout risque de 'contournement' des régimes les plus stricts par l'utilisation de l'internet. "Ainsi, par exemple, un avocat français prestant son service en ligne à un client allemand le fait sous son titre français et ne peut prétendre le faire sous un titre allemand qu'il n'aurait pas"¹⁴.

2. La possibilité d'exiger la fourniture d'informations supplémentaires

188. S'agissant d'une disposition minimale, l'article 5 ménage aux États membres la possibilité d'exiger du prestataire la production d'informations supplémentaires.

189. De prime abord, on songe à exiger une information concernant le droit applicable aux activités du prestataire, afin d'éviter tout malentendu entre le prestataire et le destinataire du service. Néanmoins, semblable exigence se révèle délicate à formuler. Dès l'abord, on s'aperçoit que la détermination de la loi applicable est loin d'être un jeu d'enfant. En principe, il s'agira de la loi du pays d'établissement du prestataire, en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la directive. Toutefois, ce principe compte de multiples exceptions (art. 3, § 3), dont deux de taille : les parties conservent la possibilité de déterminer elles-mêmes la loi applicable au

¹² Cette obligation s'impose aux sociétés privées à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives, aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions ainsi qu'aux groupements d'intérêt économique.

¹³ Loi du 7 mai 1999 contenant le Code des sociétés, *M.B.*, 6 août 1999.

¹⁴ E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique...", *op. cit.*, p. 820.

contrat, et l'article 3, § 1^{er}, ne s'applique pas aux obligations contractuelles concernant les contrats avec un consommateur (*supra*, n^{os} 121 et s.). En outre, on se demande si le fait d'introduire, lors de la transposition de la directive, une obligation d'information relative à la loi applicable n'aurait pas pour effet d'inciter le prestataire à adopter une loi étrangère en sa faveur. Enfin, dans le cas des contrats de consommation, la loi désignée par le professionnel ne sera pas toujours la loi que le juge déclarera applicable, en définitive¹⁵. Aussi semble-t-il plus prudent d'abandonner l'idée d'une obligation d'indiquer la loi applicable.

190. L'on pourrait également exiger que tout prestataire mentionne sur son site s'il adhère, le cas échéant, à un mécanisme d'autorégulation (p. ex., un code de conduite), à une organisation de règlement des litiges ou à tout autre organisme de certification¹⁶ (p. ex., un organisme de labellisation). Nous verrons que l'article 10, § 2, de la directive requiert déjà que le prestataire indique clairement les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis, ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique. Toutefois, l'article 10 n'est applicable que dans le cadre des contrats conclus par voie électronique. Or, étant donné que tout prestataire d'un service de la société de l'information est susceptible d'adhérer à de tels codes (p. ex., un code en matière de respect de la vie privée), il nous semble plus pertinent de poser une exigence de ce genre au stade des informations générales à fournir par tout prestataire. Notons qu'il faudra veiller, dans ce cas, à maintenir le caractère supplétif de cette obligation en ce qui concerne les relations entre professionnels, conformément à l'article 10, § 2 (*infra*, n^o 230).

191. Quant aux prestataires agissant en tant que personnes morales, il est évident qu'ils devront respecter les exigences du nouveau Code des sociétés belge en matière d'information. Ainsi, l'article 78 du Code impose à certaines sociétés commerciales¹⁷ de fournir, dans "tous les actes, factures, publications, lettres, notes de commande et autres documents" les informations suivantes : la dénomination de la société, sa forme, le siège de la société, le numéro d'immatriculation au registre du commerce ainsi que le siège du tribunal dans le ressort duquel la société a

¹⁵ Voy. les tempéraments apportés à la possibilité de désigner la loi applicable dans les contrats conclus avec les consommateurs : article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, approuvée par la loi du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 oct. 1987.

¹⁶ En ce sens, voy. les lignes directrices de l'O.C.D.E. régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, 2^{ème} partie, III.A, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/index.htm>.

¹⁷ Cette obligation s'impose aux sociétés privées à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives, aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux groupements d'intérêt économique.

son siège social. Selon nous, une telle disposition, volontairement ouverte, pourra pleinement s'appliquer au monde virtuel, qu'il s'agisse d'un site web ou d'un e-mail émanant de la société. Il n'est donc pas nécessaire, dans la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique, de reprendre ces différentes obligations d'information.

3. Les modalités d'accès à ces informations

192. Dans un constant souci de transparence, l'article 5 exige, de surcroît, que l'accès à ces informations soit *facile, direct et permanent*. Les travaux préparatoires de la directive précisent, à cet égard, qu'un icône ou un logo ayant un lien hypertexte vers une page contenant ces informations, et visible sur l'ensemble des pages du site, suffit à satisfaire à cette condition¹⁸. Il est évident que cette exigence d'accessibilité ne serait pas rencontrée si l'information était disponible après une longue recherche dans différentes rubriques. En outre, un lien visible uniquement sur la page d'accueil du site se révélerait insuffisant, dans la mesure où il est possible à l'internaute d'arriver sur le site du prestataire sans passer par la page d'accueil, en cliquant sur un lien profond¹⁹, situé sur un autre site web ou sur un moteur de recherche.

Ces informations doivent être accessibles non seulement aux destinataires du service, mais également aux "autorités compétentes", chargées de la réglementation et du contrôle de l'application des lois. L'expression "autorités compétentes" est pour le moins imprécise. On suppose que, par ce terme, le législateur européen entend désigner les autorités judiciaires, administratives, ou autres organismes de contrôle. La mise à disposition de ces informations devrait faciliter la tâche des autorités, qu'il s'agisse d'enquêter, de poursuivre, ou tout simplement d'entrer en contact avec le prestataire.

Les informations ainsi fournies permettraient notamment une identification du prestataire, une communication rapide, aisée et efficace avec l'entreprise, un règlement approprié et efficace des litiges, la signification des actes de procédure, ainsi que la localisation de l'entreprise et de ses administrateurs par les autorités²⁰.

¹⁸ Commentaire article par article, p. 24.

¹⁹ Le lien profond est un lien situé sur une page web extérieure, renvoyant à une page secondaire d'un site, c'est-à-dire à toute autre page que la page d'accueil. Pour un aperçu des différents types d'hyperliens, voy., par exemple, A. STROWEL, "Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens", *A. & M.*, 4/1998, pp. 296 et s.

²⁰ On retrouve ces objectifs dans les lignes directrices de l'O.C.D.E. régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, qui prévoient également l'obligation de fournir des informations relatives à l'entreprise, *op. cit.*

193. Signalons que l'article 5 n'établit pas un régime spécifique, mais constitue plutôt une adaptation du devoir d'information au contexte numérique²¹. Dans le but d'assurer la transparence sur le réseau, les informations exigées sont nombreuses et détaillées. Le devoir d'information n'en constitue pas pour autant une charge excessive pour les prestataires d'un service de la société de l'information, puisqu'une telle obligation sera aisément exécutée, grâce aux multiples possibilités offertes par les technologies nouvelles.

Ainsi, de nombreux prestataires affichent déjà un hyperlien au bas de chacune des pages de leur site, ou dans une rubrique d'aide, renvoyant à une page d'information. La plupart du temps, les renseignements fournis sont aussi variés que fantaisistes, revêtant davantage un caractère promotionnel qu'informatif. Néanmoins, entre la genèse de l'entreprise et la proclamation ronflante de sa "philosophie", parmi les images et les animations sophistiquées au design élégant, se dissimulent parfois quelques informations beaucoup plus détaillées que l'exige la directive, comme les activités de l'entreprise, le groupe auquel elle appartient, le nom de la société mère et des filiales, le nom du président, le nombre de salariés, le siège des différents services (marketing, distribution, service clientèle...) et les nom et coordonnées de leur responsable, des chiffres et statistiques, l'adresse des magasins et points de vente, ou encore différents numéros de fax ou de téléphone et adresses e-mail en fonction des besoins du client : suivi de la commande, informations générales sur l'entreprise, réclamations, problèmes techniques, suggestions, critiques, etc. L'enjeu est avant tout de se présenter au client sous un jour flatteur et dynamique, tout en se voulant rassurant, par la conjugaison des atouts de la technologie avec des informations concrètes sur l'entreprise. Hélas, un tel souci n'est pas présent dans l'esprit de tous les prestataires, la majorité d'entre eux se contentant de fournir, pour toute information, une laconique adresse e-mail.

²¹ En ce sens, voy. R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO et A. SALAÜN, "La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies", in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 6.

B. Les informations concernant les prix

194. La deuxième partie de l'article 5 touche à la manière de présenter, sur les réseaux, le prix des produits et des services offerts. On pourrait s'étonner de la présence de ce texte dans les informations générales à fournir, puisque l'article 5, rappelons-le, s'adresse à tout prestataire d'un service de la société de l'information, y compris à ceux qui fournissent des services "gratuits". Toutefois, de nombreux prestataires utilisent l'internet comme une "vitrine virtuelle", pour la présentation de leur catalogue de produits ou services, sans offrir la possibilité de conclure de contrat en ligne. Afin de soumettre ces derniers aux exigences en matière d'indication des prix, cette disposition figure à l'article 5 de la directive, et non à l'article 10, consacré spécifiquement à la conclusion de contrats par voie électronique.

195. L'article 5, § 2, stipule que "lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix", ces derniers doivent être "indiqués de manière claire et non ambiguë" et préciser notamment "si les taxes et les frais de livraison sont inclus". Insistons d'emblée sur le fait que le texte ne dit nullement qu'il est obligatoire d'indiquer les prix et d'y inclure les taxes additionnelles. En effet, ces exigences figurent déjà dans la directive sur les contrats à distance (art. 4, § 1^{er}, c et d) et dans la directive relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs²², qui demeurent évidemment d'application pour les contrats conclus en ligne entre un professionnel et un consommateur. Par contre, une telle réglementation n'existe pas en ce qui concerne les relations entre professionnels, ceux-ci demeurant libres de négocier librement leurs prix. Vu le champ d'application *ratione personae* particulièrement vaste de la directive, l'article 5, § 2, est libellé tout en nuances, afin, d'une part, de maintenir l'obligation d'indiquer les prix dans les relations de consommation, d'autre part, de préserver la liberté de négociation des professionnels dans les relations qu'ils nouent entre eux²³.

196. Dans l'hypothèse où ils seraient mentionnés, que ce soit par obligation ou par choix, les prix doivent être indiqués de manière *claire* et

²² Directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 80, du 18 mars 1998, p. 27.

²³ *Contra*, mais à tort : T. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 288, n° 539.

*non ambiguë*²⁴. Ainsi, la monnaie utilisée devrait évidemment être précisée²⁵. Lors de la discussion du texte devant le Parlement européen, certains sont même allés plus loin : “En ce qui concerne l’indication des prix, les prestataires de service doivent veiller à ce que les consommateurs puissent convertir facilement des prix indiqués dans leur monnaie nationale par voie électronique (par exemple, par un hyperlien)”²⁶. L’exposé des motifs de la directive ajoute que la mention du prix en euros rencontrerait l’exigence de clarté et de non ambiguïté de l’article 5, § 2, pour assurer la protection du consommateur et la loyauté des conventions²⁷. En Belgique, l’exigence de la double mention des prix en francs belges et en euros a été introduite par un arrêté royal du 17 décembre 1998²⁸. De plus, l’article 2 de la loi sur les pratiques du commerce formule déjà des conditions de clarté et de non ambiguïté dans l’indication des prix des produits et des services offerts par un vendeur à un consommateur²⁹. Ceci dit, s’il est indispensable que la monnaie soit indiquée clairement, il convient de laisser au prestataire le choix des devises qu’il admettra lors des opérations en ligne, afin de lui permettre de circonscrire le marché qu’il entend viser.

Certains prestataires offrent d’emblée la possibilité de choisir entre différentes monnaies, souvent en fonction des pays dans lesquels ils acceptent de livrer. D’autres convertissent d’office leurs prix, à titre purement indicatif ou pour facturation, dans la monnaie du pays de livraison mentionné par le destinataire dans le bon de commande. En ce qui concerne les taxes et frais divers, outre la mention TVAC ou HTVA, certains prestataires fournissent un relevé de leurs tarifs et formules de livraison et, si nécessaire, des informations douanières.

²⁴ Cette exigence existe déjà, du moins en ce qui concerne les produits, dans la directive relative à l’indication des prix des produits, dont l’article 4, § 1^{er}, précise que “le prix de vente et le prix à l’unité de mesure doivent être non équivoques, facilement identifiables et aisément lisibles”.

²⁵ Par exemple, la mention “Francs” ou “Dollars” à côté du prix ne suffirait pas à déterminer la monnaie utilisée, car il n’est pas toujours aisé de déterminer le pays dans lequel le prestataire développe ses activités.

²⁶ Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, Commission de l’environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs (Rapporteur P. WHITEHEAD), *P.E. Doc.*, A4 – 248/99 du 23 avril 1999, p. 67.

²⁷ Voy. le commentaire article par article, p. 24.

²⁸ A.R. du 17 déc. 1998 relatif à la double indication du prix des produits et des services en francs belges et en euros, (*M.B.*, 29 déc. 1998), modifiée par un A. R. du 12 mars 2000 (*M.B.*, 17 mars 2000).

²⁹ “§ 1^{er}. Sauf en cas de vente publique, tout vendeur qui offre des produits en vente au consommateur, doit en indiquer le prix *par écrit* et d’une manière *non équivoque*. Si les produits sont exposés en vente, le prix doit en outre être indiqué de manière *lisible* et *apparente*.”

§ 2. Tout vendeur qui offre au consommateur des services, doit en indiquer le tarif *par écrit* d’une manière *lisible*, *apparente* et *non équivoque*” (souligné par nous).

II. LES PRINCIPES D'IDENTIFICATION DANS LES COMMUNICATIONS COMMERCIALES

197. L'article 6, relatif aux informations à fournir dans les communications commerciales, est libellé comme suit :

“Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service répondent au moins aux conditions suivantes :

- a) la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle ;*
- b) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable ;*
- c) lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ;*
- d) lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque”.*

Ainsi que le souligne le considérant n° 29 de la directive, les communications commerciales constituent un moyen de financement privilégié pour les services de la société de l'information, et contribuent au développement d'un grand nombre de services gratuits offerts aux utilisateurs. Afin de veiller à la protection des consommateurs et à la loyauté des pratiques commerciales, la directive exprime, en son article 6, plusieurs principes d'identification, à travers différentes obligations d'information³⁰.

Comme nous l'avons déjà précisé, ces dispositions sont sans préjudice d'autres textes réglementant la publicité au niveau européen. En effet, les communications commerciales sur l'internet sont également soumises

³⁰ Cf. l'exposé des motifs, p. 4.

aux directives interdisant la publicité trompeuse et réglementant la publicité comparative³¹, ainsi qu'aux directives concernant la publicité pour des produits spécifiques, tels que l'alcool³², le tabac³³, les médicaments³⁴, les cosmétiques³⁵, les denrées alimentaires³⁶, ou encore les produits laitiers³⁷.

Les communications commerciales concernées par l'article 6 sont celles "qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service"³⁸. Cette précision, ajoutée en dernière minute dans la position commune³⁹, aurait pour fonction d'assurer que toutes les formes de communications commerciales sur les réseaux soient visées, qu'il s'agisse des sites à vocation exclusivement promotionnelle ou des sites dont l'objectif principal n'est pas promotionnel, mais qui contiennent des communications commerciales. Il nous apparaît qu'une telle précision s'avère inutile, étant donné que la définition particulièrement large de la notion de communication commerciale permet déjà d'englober ces deux hypothèses (voy. *supra*, n^{os} 41 et s.).

³¹ Directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *J.O.C.E.*, n° L 250, du 19 sept. 1984, p. 17, modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, afin d'y inclure la publicité comparative, *J.O.C.E.*, n° L 290, du 23 oct. 1997, p. 18.

³² La publicité pour les boissons alcoolisées fait l'objet d'une disposition spéciale de la directive 79/112/CEE du Conseil du 18 décembre 1978 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, *J.O.C.E.*, n° L 33 du 8 fév. 1979, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 97/4/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 43 du 14 fév. 1997, p. 21. Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, *J.O.C.E.*, n° L 109 du 6 mai 2000, p. 29.

³³ Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, *J.O.C.E.*, n° L 213, du 30 juil. 1998, p. 9.

³⁴ Directive 92/28/CEE du Conseil, du 31 mars 1992, concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain, *J.O.C.E.*, n° L 113, du 30 avril 1992, p. 13.

³⁵ Directive 76/768/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques du 27 juillet 1976, *J.O.C.E.*, n° L 262 du 27 septembre 1976, p. 169.

³⁶ Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, *J.O.C.E.*, n° L 109 du 6 mai 2000, p. 29.

³⁷ Règlement C.E.E. n° 2063/93 de la Commission du 27 juillet 1993, portant deuxième modification du règlement C.E.E. n° 585/93 de la Commission relatif à la réalisation d'actions de promotion et de publicité dans le secteur du lait et des produits laitiers, *J.O.C.E.*, n° L 187 du 29 juillet 1993, p. 24.

³⁸ Voy. le commentaire des définitions des notions de communication commerciale (*supra*, n^{os} 41 et s.) et de service de la société de l'information (*supra*, n^{os} 3 et s.).

³⁹ Voy. la communication de la Commission au Parlement européen concernant la position commune du Conseil concernant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique, dans le marché intérieur, 1998/325 (COD), p. 11.

A. L'identification de la communication commerciale en tant que telle

198. Le besoin d'identification du caractère commercial d'une communication revêt une acuité particulière dans le monde virtuel. En effet, les moyens de diffuser un message publicitaire sur l'internet sont tellement variés qu'il est parfois bien difficile pour l'utilisateur de faire la différence entre information et promotion. L'objectif poursuivi par l'article 6, a), est de permettre au destinataire de distinguer une communication commerciale d'une information pure, d'une offre ou d'un bon de commande.

1. Pistes de réflexion pour une transposition en droit belge

199. L'obligation d'identification claire de la communication commerciale en tant que telle existe déjà en droit belge, à propos de la publicité classique adressée par un "vendeur" à un consommateur. L'article 23, 5°, de la LPC dispose qu'est interdite toute publicité "qui, étant donné son effet global, y compris sa présentation, ne peut être nettement distinguée comme telle, et qui ne comporte pas la mention 'publicité' de manière lisible, apparente et non équivoque". Certes, la LPC est plus précise que la directive, lorsqu'elle exige la mention du terme "publicité". Toutefois, il convient d'insister sur le fait que cette mention ne doit apparaître que si le caractère publicitaire du message n'est pas évident, compte tenu du contexte, et notamment de sa présentation.

Même si la LPC et la directive s'expriment en des termes différents, il nous semble qu'elles posent des exigences semblables de transparence. Dès lors, la loi de transposition de la directive pourrait exiger que toute publicité soit clairement identifiable en tant que telle, conformément à l'article 23, 5°, de la LPC.

Quelle que soit la technique publicitaire utilisée sur le réseau (bandeau, e-mail, interstitiel...), on peut considérer que la communication commerciale sera clairement identifiable en tant que telle si son contenu ne laisse planer aucun doute sur sa nature. A l'inverse, selon l'exposé des motifs de la directive, l'identification ne sera pas claire, par exemple, "si la communication commerciale est cachée, ou s'il s'agit d'un article vantant les mérites d'un produit et si cet article a été commandé et financé par un opérateur commercial sans que cela soit mentionné, ou encore s'il

s'agit d'un site entièrement parrainé par un intérêt privé afin de faire de la promotion sans que cela soit mentionné⁴⁰.

200. Rappelons que l'article 6 compte parmi les dispositions minimales de la directive (*supra*, n° 179). Il est donc loisible aux États membres de soumettre les communications commerciales, effectuées par des prestataires établis sur leur territoire, à des conditions supplémentaires. On verra que l'article 7, § 1^{er}, de la directive se montre plus exigeant à l'encontre des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique qui, outre les conditions de l'article 6, doivent être identifiées de manière claire et non équivoque *dès leur réception* par le destinataire (*infra*, n° 238).

Selon nous, *toute* communication commerciale devrait être clairement identifiable dès sa réception, qu'elle soit sollicitée ou non, par courrier électronique ou par d'autres moyens. Il nous semble, dès lors, que l'on pourrait poser cette exigence supplémentaire lors de la transposition de l'article 6, en transposant, du même coup, l'article 7, § 1^{er}. En effet, l'examen de quelques pratiques de marketing (*infra*, n°s 201 et s.) montre la nécessité d'une identification immédiate du caractère publicitaire d'un message, dans un souci de transparence. En effet, les sociétés de marketing utilisent des procédés de plus en plus astucieux pour attirer l'internaute, en camouflant le caractère publicitaire de l'opération. L'internaute, intrigué ou intéressé par un message original, clique dessus et se retrouve ainsi "piégé" par une publicité. Si le message était immédiatement identifiable comme publicité, on laisserait l'internaute libre de décider s'il veut en prendre connaissance ou non.

2. Examen de quelques techniques promotionnelles sur les réseaux

201. Vu la diversité des techniques publicitaires et leur évolution constante sur le réseau, la directive n'impose aucune contrainte quant à la forme de l'identification, permettant ainsi une adaptation au support utilisé. Examinons les formes les plus répandues de communications commerciales utilisées sur l'internet, afin de voir si leur caractère publicitaire paraît équivoque ou non.

a) Le bandeau publicitaire et le message interstitiel ou superstitiel

202. Les bandeaux publicitaires sont des espaces de messages publicitaires apparaissant sous forme de bannière sur une partie de page

⁴⁰ Voy. le commentaire article par article, p. 24.

web. Les bandeaux sont généralement de taille réduite afin de ne pas envahir exagérément la page web sur laquelle ils apparaissent. Eu égard à cette particularité, l'objectif de leur concepteur est d'interpeller l'internaute, en jouant sur des slogans originaux, des formes insolites, des promesses alléchantes, des graphismes attrayants...⁴¹ Le but est d'inciter l'internaute à cliquer sur le bandeau dissimulant un lien hypertexte, afin de l'amener au site de l'annonceur, où il pourra obtenir plus d'informations sur le produit, le service ou l'entreprise présentés, participer à des jeux promotionnels ou encore commander en ligne.

Les interstitiels sont des messages publicitaires apparaissant quelques secondes sur la totalité de l'écran. Ils ont été développés afin de mettre à profit le temps s'écoulant entre le moment où un utilisateur demande une page web et le moment où elle apparaît effectivement à l'écran. Les superstitiels sont des pages de publicité apparaissant lorsque le téléchargement d'un site demandé est terminé.

A priori, l'identification d'un bandeau publicitaire ou d'un message interstitiel ou superstitiel ne pose pas de problème particulier. Si le contenu du message n'est pas suffisamment éloquent pour que l'utilisateur puisse déceler son caractère commercial, il suffira que la mention "Publicité" apparaisse clairement, d'une manière ou d'une autre. A cet égard, on peut faire confiance à la créativité des annonceurs pour trouver les techniques d'identification les plus adéquates. En pratique, la mention "Publicité" figure, par exemple, dans le corps même du message publicitaire, ou dans un emplacement spécialement réservé à la publicité sur la page web, ou dans la barre de titre de la fenêtre à contenu promotionnel, ou encore dans une "infobulle", c'est-à-dire dans un petit message qui apparaît à côté du pointeur de la souris lorsque celui-ci se trouve sur le message publicitaire.

Toutefois, rares sont les annonceurs à apposer sur leur publicité un signe distinctif. Certains recourent même à des procédés publicitaires tellement originaux qu'il est bien difficile de détecter leur caractère promotionnel avant d'avoir cliqué dessus. Ainsi, certains bandeaux prennent, à s'y méprendre, la forme d'une fenêtre d'information *Windows*, annonçant de manière ambiguë "Vous avez un nouveau message" ou encore "Message d'alerte", accompagné d'un bouton "OK". D'autres font montre de bonne volonté, en accolant à leur bandeau le terme "PUB", mais oublient de

⁴¹ Pour l'examen des différentes techniques utilisées par les bandeaux publicitaires, voy. F.-X. HUSSHERR (dir.), *La publicité sur Internet*, Dunod, 1999, pp. 96 et s.

qualifier comme telle d'autres "informations" à contenu promotionnel figurant sur le site.

b) Le courrier électronique publicitaire

203. Le caractère commercial d'un e-mail peut être indiqué de différentes manières. La mention "Publicité" peut apparaître dans la rubrique "Sujet" du message. Ainsi, avant même l'ouverture du message, la communication commerciale peut être identifiée clairement, et le destinataire peut décider de ne pas l'ouvrir et de l'effacer directement. Cette identification immédiate permet également aux dispositifs de filtrage, installés par l'internaute ou son fournisseur d'accès, de bloquer les messages publicitaires (voy. le considérant n° 30). En ce qui concerne l'hypothèse particulière du courrier électronique non sollicité ou *spamming*, une telle méthode d'identification est imposée par la directive (art. 7, § 1^{er}; *infra*, n° 238). Bien entendu, la mention "Publicité" pourra également figurer dans le corps du message, mais elle ne suffira pas à rencontrer les exigences de la directive en ce qui concerne les e-mails publicitaires non sollicités.

Certains annonceurs, sous couvert de fournir une information au destinataire, introduisent un message publicitaire dans leur e-mail. A coup sûr, un tel message constitue, en tout ou en partie, une communication commerciale qui devrait pouvoir être identifiable en tant que telle, par exemple avec la mention "Publicité" dans le corps du texte. Ainsi, il est fréquent de recevoir un e-mail provenant d'un site web visité auparavant, annonçant les dernières nouveautés disponibles sur le site ou informant que le site a changé de présentation ou d'adresse URL, accompagné d'une invitation à se rendre directement sur le site via un hyperlien.

La question de l'identification du caractère commercial du message est plus problématique au regard de certaines techniques de marketing par e-mail, qui utilisent les communications *privées* des utilisateurs pour véhiculer des messages publicitaires.

Par exemple, nombreux sont les internautes à disposer d'une adresse de courrier électronique par le biais d'un fournisseur de messagerie gratuite sur le web⁴². Chaque fois qu'un tel abonné envoie un e-mail, le fournisseur de messagerie insère au bas de son message une communication commerciale du type "Pour obtenir votre adresse e-mail personnelle gratuitement chez nous, cliquez ici", accompagnée d'un lien

⁴² A titre d'exemple, citons Hotmail, Yahoo, Caramail...

hypertexte renvoyant à la page d'accueil du fournisseur. Il semble que ce type de message révèle à suffisance son caractère promotionnel, sans devoir en outre être marqué par une mention spéciale.

En outre, certains sites web offrent la possibilité à leurs visiteurs d'envoyer à une de leurs connaissances une carte de vœux virtuelle, un article, un message humoristique, une image, etc. Ce procédé est l'occasion pour le prestataire d'insérer des communications commerciales, soit dans le message lui-même (p. ex., mention d'un logo ou d'une marque dans l'image ou dans le texte), soit en informant le destinataire qu'un message lui a été envoyé et qu'il peut le consulter en cliquant sur un hyperlien renvoyant au site web du prestataire, ce site contenant bien entendu de nombreuses publicités. Dans la pratique, ces communications commerciales ne sont jamais identifiées comme telles.

c) Le publi-reportage et le parrainage

204. Ainsi que le souligne l'exposé des motifs de la directive⁴³, lorsqu'on est en présence, sur un site, d'un article vantant les mérites d'un produit et que cet article a été commandé et financé par un opérateur commercial, le visiteur du site doit en être informé. Cette technique est mieux connue sous le nom de "publi-reportage".

De même, s'il s'agit d'un site entièrement parrainé par un intérêt privé afin de faire de la promotion, ce parrainage doit apparaître clairement. On pense ici, par exemple, aux sites d'information médicale (maternité, lutte contre l'alcoolisme, le cancer...), contenant nombre de conseils et d'informations scientifiques, parrainés par des laboratoires pharmaceutiques sans que leur nom apparaisse à un quelconque endroit du site. De telles pratiques ont été jugées peu transparentes, et il semble que ce soit l'une des raisons pour lesquelles la Commission européenne s'est préoccupée du caractère clairement identifiable des communications commerciales.

d) Le marketing viral

205. Cette nouvelle technique de marketing est partie d'un constat simple : les internautes sont saturés de publicités sur le web. Dès lors, pour intéresser le client potentiel, une seule solution s'imposait : faire de la publicité sans en avoir l'air !

⁴³ Voy. le commentaire article par article, p. 24.

Basée sur ce principe, une campagne de marketing viral s'étale en plusieurs étapes. Au départ, il s'agit de lancer anonymement un concept sur le réseau. Par exemple, la création d'un prétendu site d'amateur, dédié à un personnage fictif, dont l'accoutrement, le langage ou les aventures en vidéo ou sous forme de jeux accrocheront le public, qui suivra avec passion l'évolution du site et transmettra l'adresse à d'autres personnes. Une autre méthode consiste à diffuser sur le réseau un e-mail contenant une image, une animation ou un film de courte durée, à caractère humoristique et apparemment non publicitaire. Cette image ou ce film suscite rapidement l'engouement des internautes qui, amusés, l'envoient à leurs proches, et par un effet "boule de neige" ou "viral", le message fait le tour de la toile mondiale. Précisons qu'à ce stade, aucune marque n'apparaît sur le site ou dans les e-mails et aucun lien ne peut être fait avec l'annonceur. Par la suite, le site sera constamment mis à jour avec des images, des vidéos et des jeux, et d'autres e-mails humoristiques en variation sur le même thème suivront, jusqu'à ce que le concept devienne un véritable "culte Internet". Ce n'est qu'au terme de la campagne, lorsque le procédé aura rencontré le succès escompté, que l'annonceur dévoilera le caractère publicitaire de ces messages, en apposant dessus sa marque ou son produit, récoltant ainsi tout le bénéfice de l'opération.

Ce genre de technique pose très clairement le problème de l'identification de la communication commerciale. L'annonceur pourra-t-il prétendre avoir rempli son obligation d'identification, dès lors que cette identification n'a pas lieu *ab initio*, mais seulement au terme de la campagne publicitaire ? Il nous semble que non. C'est justement ce type de situation que le législateur européen a voulu éviter, lorsqu'il précise que le caractère commercial de la communication n'est pas suffisamment clair "s'il s'agit d'un site entièrement parrainé par un intérêt privé afin de faire de la promotion sans que cela soit mentionné"⁴⁴. Ce genre de technique promotionnelle a pour effet de "piéger" l'internaute. C'est la raison pour laquelle, afin de garantir la transparence, nous suggérons que toute publicité soit identifiable immédiatement, dès sa réception par le destinataire.

B. L'identification de l'annonceur

206. Le point b de l'article 6 poursuit un objectif de transparence, en exigeant l'identification de la personne, physique ou morale, pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite. Cette exigence est primordiale à bien des égards, qu'il s'agisse, notamment,

⁴⁴ Voy. le commentaire article par article, p. 24.

d'intenter des poursuites à l'encontre de l'auteur d'une publicité contraire à la réglementation parce que trompeuse, mensongère ou déloyale, ou bien, dans le cas du *spamming*, d'avertir l'expéditeur que l'on ne désire plus recevoir de tels e-mails ou porter plainte contre de telles pratiques.

En droit belge, une telle obligation d'identification apparaît déjà en filigrane à l'article 23, 3°, de la LPC, dans la mesure où il stipule l'interdiction de toute publicité "qui comporte des affirmations, indications ou représentations susceptibles d'induire en erreur sur l'identité ou les qualités du vendeur d'un produit ou service". On la retrouve dans la loi sur le crédit à la consommation, beaucoup plus clairement, à l'article 5, § 1^{er}, 1° : "Toute publicité ayant pour objet ou pouvant avoir comme conséquence l'octroi d'un crédit à la consommation (...) doit mentionner d'une manière lisible, apparente et non équivoque l'identité, l'adresse et la qualité de l'annonceur".

Ici encore, la directive laisse aux acteurs du réseau le choix des moyens. L'identification sera manifeste lorsque le nom de l'annonceur apparaîtra directement dans la publicité, par exemple dans l'e-mail ou sur le bandeau. Toutefois, il n'est pas nécessaire que ces informations figurent directement dans le message publicitaire. Ainsi que le souligne l'exposé des motifs de la directive, un hyperlien constitue sans aucun doute le moyen le plus adéquat de se conformer à cette obligation de transparence⁴⁵. Il suffira, dans cette hypothèse, que le lien hypertexte renvoie, éventuellement sous forme d'icone ou de logo, au site du prestataire qui, conformément au prescrit de l'article 5 de la directive, doit contenir un certain nombre d'informations permettant son identification (*supra*, n^{os} 181 et s.).

C. Deux cas particuliers : les offres promotionnelles et les concours

207. Les offres promotionnelles (telles que les rabais, primes et cadeaux) et les concours ou jeux promotionnels constituent des communications commerciales à part entière. Ils doivent donc, avant toute chose, être clairement identifiables en tant que communication commerciale, et l'identité de la personne pour le compte de laquelle ils sont organisés doit apparaître clairement, conformément aux exigences générales d'identification de la directive.

Toutefois, l'article 6 prévoit deux obligations supplémentaires pour ces modes de promotion d'un genre particulier (art. 6, c et d). Premièrement,

⁴⁵ Voy. le commentaire article par article, p. 24.

lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, les promotions, concours et autres jeux promotionnels doivent être clairement identifiables en tant que tels. Il s'agit donc d'une seconde obligation d'identification, plus spécifique. Deuxièmement, les conditions pour bénéficier de la promotion ou participer au concours doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque. Ici encore, on retrouve les conditions de clarté et d'accessibilité, chères au législateur européen. Une telle exigence sera aisément rencontrée par le renvoi, au moyen d'un lien hypertexte, à une page web contenant ces informations, les règles du jeu, un formulaire de participation, etc.

Notons que les jeux qui sont ici visés sont ceux qui ont un objectif de communication commerciale, et non les jeux d'argent, ces derniers étant exclus du champ d'application de la directive par l'article 1^{er}, § 5, d, 3^e tiret (considérant n° 16 ; voy. *supra*, n° 32)⁴⁶. En droit belge, on privilégiera les termes “annonces de réduction de prix” et “offres conjointes” pour désigner les concours et offres promotionnelles.

III. L'OBLIGATION D'INFORMATION DANS LES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

208. L'article 10, concernant les informations à communiquer dans le cadre de la conclusion de contrats par voie électronique, se présente comme suit :

“1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande :

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ;*
- b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non ;*
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée*

⁴⁶ Commentaire article par article, p. 25.

d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

2. Les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire indique les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique.

3. Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.

4. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes”.

A. Continuité et nouveauté

209. Qu'il s'agisse d'éclairer le consentement en matière contractuelle ou, plus généralement, de garantir la loyauté des pratiques commerciales, le droit fait grand cas de l'information.

Le devoir d'informer son cocontractant est déjà fermement ancré dans notre droit commun des obligations⁴⁷. Il s'agit avant tout de remédier à l'inégalité qui existerait entre les parties, l'une ayant connaissance d'informations inaccessibles à l'autre et pouvant lui être utiles. Fondé sur l'impératif de bonne foi, ce principe de droit civil s'impose tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution. Au niveau précontractuel, le devoir d'information suppose que les parties aient connaissance, avant de s'engager, de tous les éléments essentiels et substantiels du contrat⁴⁸ (prix, description de l'objet du contrat, et tout autre élément jugé important par les cocontractants). Dans le même souci de transparence, les conditions générales, pour acquérir force obligatoire,

⁴⁷ Sur l'obligation de renseignement en général, voy., entre autres, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. À la recherche du droit, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, n^{os} 45 et s. ; M. DE JUGLART, "L'obligation de renseignements dans les contrats", *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, p. 1 ; J.-L. FAGNART, "L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant", note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 fév. 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 223 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n^{os} 455 à 508 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 – Verbintenissenrecht", *T.P.R.*, 1994, p. 278, nr. 75 ; W. WILMS, "Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek", *R.W.*, 1980-1981, 489 e. v.

⁴⁸ Sur cette distinction, voy. W. WILMS, "Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek", *op. cit.*, 495.

doivent être portées à la connaissance du cocontractant⁴⁹. Enfin, plus précis que l'obligation générale de renseignement, on relève encore le devoir de conseil et celui de mise en garde⁵⁰.

Par ailleurs, ce principe a été expressément consacré par le législateur belge dans nombre de lois protectrices du consommateur. On retient principalement la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, dont l'objectif est notamment d'assurer la qualité du consentement d'un consommateur dans ses relations avec un "vendeur"⁵¹. Ainsi, l'article 30 de la LPC met à charge du "vendeur" une obligation de renseignement au profit du consommateur, au plus tard au moment de la conclusion de la "vente". Outre cette obligation générale, le législateur impose au "vendeur" de fournir un grand nombre d'informations particulières au consommateur, concernant les prix, les quantités, la dénomination, la composition et l'étiquetage des produits et des services (art. 2 à 15 de la LPC). Le domaine de la publicité est également réglementé, pour garantir la loyauté des pratiques promotionnelles : la publicité trompeuse est interdite, et la publicité comparative autorisée à certaines conditions (art. 22 à 29 de la LPC). Enfin, en ce qui concerne la réglementation des contrats à distance, parmi lesquels on compte les contrats conclus par voie électronique, une obligation spécifique de renseignement pèse sur le "vendeur", qui doit non seulement fournir une information préalable au consommateur lors de l'offre en vente, mais également confirmer par la suite un certain nombre d'informations, par écrit ou sur un autre support durable (art. 78 et 79 de la LPC). Dans la même philosophie de protection et d'information du consommateur, d'autres lois imposent une obligation de renseignement à charge du professionnel et réglementent la promotion dans certains secteurs spécifiques, tels le crédit à la consommation⁵², les voyages organisés⁵³, le courtage matrimonial⁵⁴, ou encore le "timesharing"⁵⁵.

⁴⁹ Voy. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 24-27 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, "La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat", *Entr. Dr.*, 1971, pp. 114 et s.

⁵⁰ J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, n° 456.

⁵¹ Précisons d'emblée que la notion de "vendeur" est définie à l'article 1^{er}, 6, de la LPC, et doit être entendue ici dans un sens tout à fait différent de la notion de vendeur telle qu'elle apparaît dans le Code civil. Le terme "vendeur" rejoint en réalité la notion d'entreprise ou de professionnel (*supra*, n° 66).

⁵² Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991, modifiée par la loi du 6 juillet 1992, *M.B.*, 9 juillet 1992.

⁵³ Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

⁵⁴ Loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993, modifiée par la loi du 11 avril 1999, *M.B.*, 30 avril 1999.

⁵⁵ Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, *M.B.*, 30 avril 1999.

Il importe encore de souligner que le commerce électronique est un négoce comme les autres. Le fait qu'un contrat soit conclu sur les réseaux n'affecte en rien les qualifications juridiques traditionnelles⁵⁶ : vente, louage de chose, louage d'ouvrage... A l'évidence, le droit commun des obligations s'applique à ces conventions, dans l'environnement numérique comme partout ailleurs. Il en va de même pour les législations spécifiques que nous venons d'évoquer, étant donné que maints contrats conclus par voie électronique sont susceptibles de toucher à ces domaines⁵⁷.

210. On l'a vu, le devoir d'information de l'article 10 de la directive vient s'ajouter aux autres informations requises par ailleurs en matière contractuelle (*supra*, n^{os} 35 et 178).

Toutefois, par son contenu particulier, son contenu se distingue des informations traditionnellement exigées, qui touchent le plus souvent aux produits et services fournis, ainsi qu'aux conditions du contrat. Ainsi, l'article 4 de la directive sur les contrats à distance prévoit la fourniture au consommateur d'une série d'informations préalables, telles que l'identité du fournisseur, les caractéristiques essentielles du bien ou du service, son prix, les délais de livraison, les modalités de paiement, etc. En Belgique, cette exigence a été transposée dans l'article 78 de la LPC⁵⁸. Plus largement, l'article 30 de cette même loi impose au vendeur une obligation générale d'information à l'égard du consommateur, relative aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente.

Dans la directive sur le commerce électronique, le contenu des informations à fournir conformément à l'article 10 s'attache à la spécificité des contrats conclus électroniquement. Eu égard à la facilité et à la rapidité avec laquelle un contrat peut être conclu sur les réseaux, il convient d'éviter à tout prix que le destinataire du service ne soit prisonnier d'un engagement qu'il n'aurait pas voulu, suite à une bévue ou une inadvertance. C'est pourquoi l'objectif des informations prévues à l'article 10 est de garantir la transparence du processus contractuel, en vue d'un consentement libre et éclairé.

⁵⁶ En ce qui concerne l'incidence, sur les qualifications juridiques, de l'usage des nouvelles technologies pour contracter, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La formation des contrats par voie électronique", in *Études sur la formation du contrat*, ouvrage collectif à paraître, Bruxelles, Bruylant, 2001, introduction générale.

⁵⁷ Nous reviendrons ponctuellement sur ces différentes exigences en matière d'information tout au long de notre commentaire.

⁵⁸ Loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999), modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

211. Une telle disposition vise, avant toute chose, à protéger le consommateur, en tant que partie faible, lorsqu'il conclut un contrat avec un professionnel sur le réseau. Ainsi, certaines mentions de l'article 10 sont impératives dans les relations *Business to Consumer*, mais ne s'appliqueront aux rapports *Business to Business* que de manière supplétive (*infra*, n^{os} 230 et 231). Dès lors, le système établi permet d'assurer un niveau de protection suffisant des consommateurs, tout en présentant une grande souplesse vis-à-vis des contrats conclus entre professionnels, laissant ces derniers libres de décider si l'article 10, §§ 1^{er} et 2, de la directive s'appliquera à leurs relations contractuelles.

B. La transparence du processus contractuel

212. Face à la complexité croissante des techniques, il était indispensable d'entourer le processus de conclusion du contrat par voie électronique de certaines exigences d'information, en vue de garantir un consentement libre et éclairé du destinataire du service. Aussi l'article 10, § 1^{er}, impose-t-il au prestataire de fournir suffisamment d'indications à son cocontractant, et ce, de manière *claire, compréhensible* et *non équivoque*. On retrouve ici les principes d'accessibilité et d'identification de l'information (*supra*, n^o 180).

La directive prévoit que cette information doit intervenir "avant la passation de la commande". Les termes ont été choisis avec soin par le législateur européen, qui évite délibérément toute référence à la délicate notion de "conclusion du contrat", dont le moment varie d'un État membre à l'autre (*infra*, n^{os} 450 et s.). Quoi qu'il en soit, il est indispensable que le destinataire du service soit pleinement informé des modalités de conclusion du contrat *avant même* d'entamer ses achats sur le site, afin de faciliter la passation de la commande et de garantir la qualité de son consentement. Naturellement, une information préalable ne saurait dispenser le prestataire de son obligation de renseignement tout au long du processus de commande, depuis la sélection d'un article jusqu'à la conclusion du contrat.

213. Rappelons que les exigences de l'article 10, § 1^{er}, de la directive constituent un minimum, au-delà duquel les États membres peuvent aller (*supra*, n^o 179). Toutefois, dans un souci de cohérence, on n'ajoutera éventuellement que des informations nécessaires à la transparence du processus contractuel. Ainsi, il ne serait pas opportun de requérir ici la fourniture d'informations qui concerneraient le contenu du contrat (par exemple, l'obligation d'indiquer la loi applicable au contrat ou la juridiction compétente). Il serait en outre superflu et redondant de

reprendre les exigences contenues dans d'autres réglementations, telle la loi sur les pratiques du commerce, en obligeant le prestataire à informer le consommateur des modalités de livraison ou d'exécution, ou de l'existence d'un droit de rétractation. On a vu, en effet, que les exigences d'information posées par la directive sont cumulatives avec les autres réglementations européennes et nationales (*supra*, n^{os} 35 et 178).

1. Le jalonnement du processus contractuel

214. Lors de la conclusion d'un contrat par voie électronique, il importe d'éviter la formation de contrats par erreur, par inadvertance ou par jeu. Aussi, afin de s'assurer que le destinataire du service a pleinement conscience de s'engager dans les liens d'un contrat, le prestataire doit indiquer clairement quelles sont les différentes étapes techniques à suivre avant d'arriver à la conclusion de celui-ci (art. 10, § 1^{er}, a). Notons qu'en posant cette exigence, le législateur européen s'est inspiré d'une pratique déjà largement répandue sur les réseaux.

Généralement, le processus de commande est découpé en une série de haltes et d'étapes incontournables, propices à la réflexion. Tout le long de ce cheminement, chaque passage à l'étape ultérieure est conditionné par l'approbation du destinataire, exprimée en cliquant sur l'icone prévu à cet effet. A tout moment, il est loisible d'interrompre le processus et de revenir en arrière, sans conclure le contrat. Ainsi, pas à pas, le consentement du cocontractant se construit. Au terme de cette procédure, lorsque tous les éléments du contrat sont déterminés, un récapitulatif de l'opération apparaît à l'écran, et le destinataire est invité à vérifier l'exactitude des données avant de valider définitivement la commande, d'un clic final.

En outre, une bonne information générale sur le fonctionnement du site a le mérite de clarifier le déroulement du processus contractuel. De nombreux prestataires fournissent déjà un grand nombre d'informations destinées à familiariser l'internaute avec l'achat en ligne. La page d'accueil présente parfois une "visite guidée" du site proposant une simulation de commande. Le recours à une rubrique d'aide s'est également généralisé sur les sites de commerce électronique. Accessible depuis chaque page via un lien, elle fournit au visiteur un grand nombre d'informations sur le fonctionnement du site, les modalités d'achat, les solutions en cas de problèmes, les astuces de navigation, etc.

2. Les dispositifs de correction et d'identification des erreurs

215. Dans le même ordre d'idées, afin d'éviter tout engagement involontaire suite à une fausse manœuvre ou à une distraction, l'article 11, § 2, impose au prestataire de mettre à la disposition du destinataire du service les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données, et ce, avant la passation de la commande. En corollaire, l'article 10, § 1^{er}, c, requiert une information claire du destinataire quant à l'existence de tels moyens sur son site. Ces dispositifs de prévention des risques d'erreurs font l'objet d'un examen approfondi dans le commentaire de l'article 11 (*supra*, n^{os} 505 et s.).

3. L'archivage du contrat

216. L'archivage est une pratique de plus en plus courante chez les prestataires de services de la société de l'information, qui procèdent de la sorte afin de conserver une trace de l'opération effectuée et de se ménager ainsi une preuve en cas de contestation. Dans une telle hypothèse, l'article 10 prévoit que le cocontractant doit être informé non seulement de l'existence de cet archivage, mais aussi de la possibilité d'y accéder ou non (art. 10, § 1^{er}, b).

217. Le contrat contenant un certain nombre de renseignements sur le destinataire, son archivage constitue sans aucun doute un traitement de données personnelles, au sens de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁵⁹. Or, l'article 10 de cette directive donne déjà à quiconque le droit d'accéder aux données le concernant, conservées par le responsable du traitement (en l'espèce, le prestataire d'un service de la société de l'information avec lequel le contrat a été conclu) et oblige ce dernier à informer la personne de l'existence de ce droit. En outre, de par son champ d'application extrêmement large, la directive sur les données personnelles s'applique pleinement aux pratiques du réseau et en particulier au commerce électronique (voy. le considérant n° 14 de la directive sur le commerce électronique). L'article 10, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique prend d'ailleurs le soin de préciser qu'il

⁵⁹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281, du 23 nov.1995, p. 31. L'article 2, b, définit le traitement de données à caractère personnel comme "toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction".

s'applique "outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire". Cette disposition concernant l'archivage n'est rien d'autre qu'une redondance législative, qui n'ajoute rien au droit positif. Tout au plus est-il ajouté, à juste titre, que l'information sur cet archivage doit être claire, précise et non équivoque.

218. Nous avons vu que l'article 10, § 1^{er}, permet aux professionnels de déroger, si tel est leur souhait, aux obligations qu'il impose (*supra*, n° 211, et *infra*, n° 230). Néanmoins, soulignons que ces derniers ne sauraient échapper aux obligations de la directive sur les données personnelles, dès lors qu'ils traitent les données d'une personne physique. En fin de compte, l'obligation d'information en matière d'archivage demeure en tout état de cause, quelles que soient les parties au contrat, et l'on peut regretter que la formulation du texte laisse présumer du contraire en mentionnant la possibilité d'une dérogation.

219. Quoi qu'il en soit, si le prestataire dispose d'un enregistrement du contrat, même à titre temporaire, il devrait permettre au destinataire d'y accéder ou d'en obtenir copie, et l'informer des modalités d'accès. Nous prônons, avec certains auteurs, l'imposition au prestataire d'une véritable *obligation d'archivage* des contrats conclus en ligne. Cet archivage devrait être sécurisé et un enregistrement devrait être communiqué d'office et immédiatement au cocontractant, afin de lui permettre de conserver, lui aussi, une preuve de l'existence du contrat⁶⁰.

220. Sur de nombreux sites de commerce électronique, lorsque le destinataire du service s'apprête à passer commande, il est invité à entrer un nom d'utilisateur (souvent son adresse e-mail) et un mot de passe personnel, afin d'ouvrir un "compte" chez le prestataire. Ainsi, chaque fois qu'il le souhaitera, il pourra accéder à son compte personnel pour savoir où en est l'exécution d'une commande en cours, éventuellement la modifier ou l'annuler si elle n'a pas encore été exécutée, ou encore prendre connaissance des différents achats qu'il a effectués par le passé sur ce même site. Ce compte est le plus souvent accessible depuis chaque page du site, généralement accompagné d'une information sur les multiples avantages que la formule peut présenter pour le visiteur⁶¹.

⁶⁰ En ce sens, voy. J. HUET, "La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998", *op. cit.*, note 20 ; S. LOUVEAUX, Y. POULLET et A. SALAÜN, "User protection in the cyberspace: some recommendations", in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP, 1999, p. 150.

⁶¹ Il va de soi que le prestataire n'est pas en reste, le procédé lui permettant de se constituer un fichier de clientèle détaillé, utilisable notamment à des fins de marketing.

4. Les langues proposées pour la conclusion du contrat

221. Le prestataire doit enfin indiquer les langues qu'il propose pour la conclusion du contrat (art. 10, § 1^{er}, d). Notons que certains auteurs défendent la thèse selon laquelle il existerait un devoir d'informer le consommateur dans sa langue, devoir qu'ils déduisent de l'obligation d'information du vendeur à l'égard du consommateur, imposée par l'article 30 de la loi sur les pratiques du commerce⁶². Une telle théorie deviendrait impraticable dans l'environnement numérique où tout site web est accessible aux utilisateurs du monde entier. A l'évidence, le prestataire demeure libre de cibler un marché par le recours à une ou plusieurs langues. Toutefois, s'il prend l'initiative de proposer une langue déterminée en vue d'attirer la clientèle, la cohérence exige que la totalité des informations disponibles sur le site soit traduite dans la langue en question. L'expérience montre que certains prestataires se contentent d'une traduction partielle de leur site, laissant des éléments aussi essentiels que les conditions générales ou la rubrique d'aide dans une langue étrangère au client ainsi ciblé.

En pratique, de nombreux sites belges offrent le choix entre la langue française ou néerlandaise dès la page d'accueil. D'autres proposent un éventail de langues en fonction des pays dans lesquels ils font livraison. D'autres encore privilégient le recours à l'anglais, langue véhiculaire sur l'internet, s'il en est.

C. Les informations sur les codes de conduite

222. L'adhésion à un code de conduite constitue un argument commercial supplémentaire pour le prestataire. Reflet de son sérieux et de sa fiabilité, il est destiné à gagner la confiance du destinataire de service, véritable clé de l'essor du commerce électronique⁶³. Aussi le législateur européen entend-il encourager le développement de tels codes (cf. art. 8, § 2 et 16, commentés *supra*, n^{os} 348 et s. ; 551 et s.) et assurer l'information des utilisateurs en ce domaine. C'est pourquoi, outre les informations sur le processus de conclusion du contrat en ligne, le prestataire doit donner des renseignements sur les éventuels codes de

⁶² En ce sens, voy. B. DE NAYER, "Acheter et vendre sur l'Internet : réflexions sur le cadre juridique belge", *D.C.C.R.*, 1997, n^o 34, p. 13, citant F. DOMONT-NAERT, "De l'obligation d'informer le consommateur dans sa langue", in *Pratiques du commerce et concurrence*, Diegem, Kluwer, 1996, p. 74. En France, la loi française du 4 août relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon, exige explicitement l'usage de la langue française dans les contrats conclus avec un Français.

⁶³ The E-Commerce Alliance, "What is the role of self-regulation in e-commerce?" in *The development of electronic commerce in Europe : what policy for the Union ?*, European Parliament hearing, Committee on Legal Affairs and the Internal Market, Bruxelles, 28 mars 2000.

conduite pertinents auxquels il serait soumis ainsi que sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique (art. 10, § 2).

223. On peut s'étonner de rencontrer une telle obligation d'information à la section consacrée aux contrats conclus par voie électronique, dès lors que tout prestataire d'un service de la société de l'information est susceptible d'adhérer à de tels codes, sans pour autant réaliser du commerce électronique. A cet égard, nous avons suggéré de transposer cette exigence dans les informations générales à fournir par tout prestataire (*supra*, n° 190).

224. L'adhésion à un code de conduite n'est nullement exigée par la directive. Mais lorsqu'un prestataire adhère à un tel code, l'article 10, § 2, lui impose un devoir d'information. En offrant la possibilité d'accéder au code et d'en consulter les règles, le prestataire permet à l'utilisateur de vérifier quel est le degré d'exigence de ce code et s'il est respecté. Si le prestataire ne respectait pas ses engagements, il nous semble que le destinataire pourrait invoquer la législation relative à la publicité trompeuse et mensongère.

225. En outre, la mention de l'adhésion à un tel code a pour effet d'intégrer ses règles au domaine du contrat. Si ces codes contiennent des dispositions pertinentes pour le contrat, elles pourront être invoquées par le destinataire du service comme faisant partie des conditions contractuelles⁶⁴. C'est sans doute afin de souligner cette intégration contractuelle des codes de conduite, que le législateur européen a fait figurer cette exigence d'information dans la section de la directive consacrée aux contrats conclus par voie électronique, et non au stade des informations générales à fournir dans le cadre de l'article 5. Cependant, nous doutons que les chartes et autres nétiquettes, limitées à l'énoncé de principes généraux de loyauté, puissent être assimilées à des conditions générales. La question de la valeur juridique des codes de conduite fait l'objet d'un examen approfondi dans le commentaire de l'article 16 (voy. *infra*, n°s 576 et s.).

226. Afin de permettre une information immédiate et aisée du destinataire, l'article 10, § 2, précise que le prestataire doit indiquer comment ces codes sont consultables *par voie électronique*. Ici encore, il convenait d'adapter la manière de livrer l'information au moyen par lequel le contrat est conclu. Hormis cette condition, la directive ne précise

⁶⁴ En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, "L'autorégulation – Rapport de synthèse", in *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 266, n° 34.

malheureusement pas que pareille information doit être fournie clairement et accessible facilement. Il nous semble cependant qu'une exigence générale d'identification et d'accessibilité peut être dégagée des différentes dispositions de la directive en matière d'information, permettant ainsi de couvrir cette lacune.

Le moyen le plus courant de faire référence à un code de conduite est d'afficher un logo ou un label, sur lequel le visiteur est invité à cliquer pour accéder, grâce à un hyperlien, au site sur lequel le texte pourra être consulté, éventuellement accompagné d'informations utiles sur le fonctionnement du label et les autres sites y adhérant. L'importance accordée à cette information est variable d'un site à l'autre : certains l'exhibent fièrement sur leur page d'accueil en gage de leur respectabilité, à grand renfort d'animations et de couleurs, alors que d'autres, curieusement, l'enfouissent dans les tréfonds d'une page, sans autre forme de procès.

D. Les clauses contractuelles et les conditions générales

227. Ayant toujours à l'esprit de garantir une bonne information du destinataire sur les modalités du contrat, le législateur européen aborde, dans l'article 10, § 3, la question des conditions générales. L'accent est mis sur la manière de fournir celles-ci, devant permettre à l'autre partie de les *conserver* et de les *reproduire*. Cela signifie que le destinataire devrait disposer, chez lui, d'un exemplaire de ces conditions, afin de pouvoir s'y référer à tout moment. Cette exigence serait rencontrée si la possibilité était offerte, sur le site commerçant, d'imprimer les conditions ou de les enregistrer sur le disque dur de l'ordinateur du destinataire, avant la conclusion du contrat. Le prestataire devra veiller à configurer la page web contenant les conditions générales de telle manière qu'elle puisse être entièrement et correctement imprimée ou enregistrée.

228. Soulignons que l'article 10, § 3, ne dit nullement que les conditions générales doivent être communiquées. Sans doute n'était-il pas nécessaire de reproduire à cet égard des principes solidement établis en droit commun, selon lesquels la force obligatoire des conditions générales est subordonnée à leur connaissance et à leur acceptation par l'autre partie⁶⁵. Plus précisément, l'autre partie doit avoir eu la possibilité de prendre

⁶⁵ A propos de l'opposabilité des conditions générales, voy., notamment, L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 24-27 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, "La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat", *Entr. Dr.*, 1971, pp. 114 et s. Pour un examen de jurisprudence, voy. M. BOSMANS, "Les conditions générales en matière contractuelle, Chronique de jurisprudence (1975 à 1979)", *J.T.*, 1981, pp. 17-24, 33-43, 53-58 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak...", *op. cit.*, p. 268, nr. 66 e. v.

connaissance des conditions avant la conclusion du contrat, et leur acceptation doit être certaine⁶⁶.

En ce qui concerne les relations entre professionnels et consommateurs, de nombreuses dispositions de la loi sur les pratiques du commerce consacrent expressément ces principes. En son article 30, elle énonce le principe selon lequel “Au plus tard au moment de la conclusion de la vente, le vendeur doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service *et aux conditions de vente*, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible”. Est d'ailleurs considérée comme abusive, en vertu de l'article 32/23, toute clause qui constate “de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat”. Enfin, selon l'article 39, pour être opposables à l'acheteur, les conditions générales doivent figurer sur le bon de commande délivré par le vendeur, lorsque la livraison du produit ou la fourniture du service est différée.

Il convient toutefois de nuancer le principe en ce qui concerne les relations entre commerçants, et plus particulièrement les ventes, où l'on admettrait l'opposabilité de clauses figurant sur les factures, envoyées postérieurement à la conclusion du contrat, en raison de la force probante accordée à la facture par l'article 25, alinéa 2, du Code de commerce⁶⁷. Toutefois, un auteur prône davantage de clarté, en systématisant la mise à disposition des conditions générales avant la conclusion du contrat, conformément au principe de bonne foi, afin de garantir leur opposabilité⁶⁸.

229. Hormis la possibilité de conserver et de reproduire les conditions, l'article 10, § 3, ne donne pas davantage de précisions quant à leur présentation sur le site même du prestataire. Or, une importante jurisprudence s'est développée en Belgique concernant la manière de présenter les conditions générales : taille et type de caractères employés, lisibilité du texte, indication, au recto de l'offre, que les conditions figurent au verso, etc. L'application de ces principes à l'internet ne soulève aucune difficulté⁶⁹. A certains égards, nous pensons même que le recours aux nouvelles technologies pourrait encourager la prise de

⁶⁶ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, n^{os} 59-60.

⁶⁷ Pour plus de développements, voy. M. COIPEL, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 48-49.

⁶⁹ A ce propos, E. MONTERO, “Internet et le droit des obligations contractuelles”, *op. cit.*, p. 52.

connaissance des conditions générales, de manière plus efficace que dans la conclusion de contrats par les voies ‘traditionnelles’⁷⁰.

Certains sites font figure de bons élèves, en apposant, au bas de chacune de leurs pages web, un hyperlien renvoyant aux conditions générales. Parfois, ces dernières figurent sur le site par extraits. Il est alors possible au visiteur de demander par e-mail qu’on lui fasse parvenir le texte intégral⁷¹. D’autres invitent également à consulter les conditions générales lors de l’étape ultime de confirmation de la commande. Mieux, ils configurent leur site de telle manière qu’une page contenant les clauses contractuelles s’affiche d’office, et que l’acceptation expresse de celles-ci par l’autre partie (en cliquant sur un bouton “J’accepte”) conditionne la conclusion du contrat. Cette pratique est de plus en plus courante chez les fournisseurs d’accès à l’internet, ou lors de téléchargement de logiciels. Un tel procédé assure au prestataire l’opposabilité de ses conditions, même s’il est toujours impossible de garantir que le client les a effectivement lues.

E. Les exceptions et les dérogations

230. A deux reprises l’article 10 précise : “sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement” (art. 10, § 1^{er}, et 10, § 2). Selon l’article 2, f, de la directive, un consommateur est “toute personne physique agissant à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale” (*supra*, n^{os} 53 et s.). A l’inverse, on peut en conclure que n’est pas un consommateur une personne qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, c’est-à-dire un professionnel. Ainsi, dans les relations *Business to Business*, il sera possible aux parties de déroger, si elles le désirent, aux paragraphes 1 et 2, concernant les informations sur la conclusion du contrat et sur les codes de conduite. Le paragraphe 3 demeure d’application entre professionnels, vu l’importance des clauses contractuelles. Selon nous, on ne saurait en aucun cas déduire du silence des parties qu’elles entendent écarter le régime de la directive. Seule une dérogation *expresse* à la directive est envisageable. De plus, dans l’hypothèse particulière visée à l’article 10 § 1^{er}, b, rappelons que le

⁷⁰ Pour davantage de développements sur la présentation des conditions générales par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, “La formation des contrats par voie électronique”, in *Études sur la formation du contrat*, *op. cit.*, chap. II, section 1.

⁷¹ Toutefois, une telle pratique s’avérera risquée pour le prestataire. Le juge pourrait en effet décider que seules les conditions figurant par extraits sur le site sont opposables au destinataire du service, si le texte intégral des conditions n’a pas été communiqué. A propos de l’inopposabilité des conditions non communiquées, voy. Kh. Kortrijk, 10 feb. 1992, *T.B.H.*, 1992, 902 ; Bruxelles, 9 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1490 ; Brussel, 2 nov. 1972, *B.R.H.*, 1973, 445 ; Bruxelles, 17 juin, 1966, *J.T.*, 1966, 633.

fait de déroger à l'obligation d'informer le destinataire de l'archivage du contrat ne libère pas les professionnels des obligations qui leur incombent en vertu de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁷² (*supra*, n° 218).

231. A l'inverse, toutes les exigences de l'article 10 sont impératives dans les relations entre un professionnel et un consommateur. Ce régime impératif s'explique par la faiblesse accrue du consommateur sur un marché virtuel de plus en plus technique, où la conclusion d'un contrat requiert une certaine assurance dans la manipulation des outils technologiques. Cependant, si le commerce électronique *Business to Business* est déjà très avancé entre grandes sociétés commerciales, il subsiste nombre de petites entreprises et de petits commerçants méfiants ou inexpérimentés face à ce nouveau moyen de contracter. Il est à craindre que la possibilité de dérogation offerte par la directive ne conduise à les priver de protection face à un cocontractant maîtrisant mieux la technique, et ne les décourage de participer à ce genre d'opération. Il s'agit là, en fin de compte, d'une critique fréquemment formulée à l'encontre de la notion même de consommateur, telle qu'elle est envisagée en droit belge (*supra*, n° 68 et les réf.).

232. Rappelons enfin que la directive sur le commerce électronique ne s'applique pas aux relations individuelles qui se nouent entre consommateurs, y compris pour la conclusion de contrats. Cela ressort clairement du considérant n° 18, qui précise que "*L'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information*" (*supra*, n° 37).

233. En outre, l'article 10, § 4, prévoit que les paragraphes 1 et 2 ne seront pas davantage d'application pour "*des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes*". Par "*communication individuelles équivalentes*", on vise notamment l'utilisation du *chat*, de la vidéoconférence ou de la téléphonie vocale sur l'internet pour contracter. Cette expression est technologiquement neutre,

⁷² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281, du 23 nov.1995, p. 31.

ce qui permettra de prendre en considération les nouvelles techniques de communication individuelle, similaires au courrier électronique, susceptibles de faire leur apparition sur les réseaux dans l'avenir.

Le considérant n° 39 nous éclaire quant à l'interprétation à donner à une telle disposition, en précisant que "*cette exception ne saurait avoir comme conséquence de permettre le contournement, par les prestataires, des obligations prévues par la directive*". Dès lors, cette exception doit être de stricte interprétation. Ce n'est que dans l'hypothèse où *l'entièreté* du processus contractuel se déroule par e-mail que le prestataire ne sera pas soumis aux dispositions de l'article 10. Par contre, dans toutes les situations mixtes, où seule une partie du processus contractuel s'opère par échange de courriers électroniques, l'obligation d'information de l'article 10 est pleinement applicable. Ainsi, lorsque l'offre est faite en ligne sur le site web du prestataire, mais que le destinataire du service doit envoyer sa commande par e-mail, le prestataire sera tenu de se conformer aux exigences de l'article 10⁷³.

234. Pour résumer ce qui précède, les paragraphes 1 et 2 de l'article 10 de la directive sont supplétifs dans les rapports entre professionnels, et l'article 10, dans son intégralité, est impératif dans les relations de professionnel à consommateur, et inapplicable aux situations où le processus contractuel s'opère *exclusivement* par échange d'e-mails. Notons que l'article 11 de la directive, concernant la passation d'une commande, prévoit de telles dérogations et exceptions, pour des raisons similaires (*infra*, n^{os} 513 à 515).

F. Recommandations finales

235. A l'instar de l'article 82, § 1^{er}, de la LPC, la loi de transposition pourrait prévoir qu'il incombe au prestataire de rapporter la preuve qu'il a bien respecté les obligations d'information, en cas de litige l'opposant à un consommateur⁷⁴. Un tel renversement de la charge de la preuve pourrait se justifier par le fait que les prestataires ont l'avantage, par rapport aux consommateurs, de disposer d'une infrastructure technique leur permettant de conserver certains moyens de preuve électroniques. Toutefois, rien, n'est plus malléable et évolutif qu'un site web, et le prestataire pourrait éprouver certaines difficultés à convaincre le juge

⁷³ Voy. A. STROWEL, "La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet", *J.T.*, 2001, p. 140.

⁷⁴ Semblable suggestion est formulée par C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, "Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique", in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, p. 166.

qu'aux moment des faits ayant donné lieu au litige, le site web se présentait sous la forme qu'il prétend. L'établissement d'une telle preuve s'avérera délicat, à moins de recourir aux services d'un tiers de confiance, chargé d'archiver les pages du site et d'acter les modifications qu'il subit... précaution peu courante et, à supposer qu'elle soit techniquement réalisable, fort coûteuse.

236. Afin d'assurer le respect des obligations d'information imposées au prestataire, il conviendra, lors de la transposition, de prévoir des mesures coercitives. En effet, l'article 20 de la directive impose aux États membres de déterminer des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Ainsi, on peut envisager la condamnation à une peine d'amende, en cas de violation des dispositions relatives aux informations à fournir. Le juge pourrait également ordonner la publication du jugement sur le site web du prestataire. Enfin, on envisage également la mise en œuvre d'une action en cessation, d'une procédure d'avertissement ou de transaction. Ces dernières mesures font l'objet de développements spécifiques dans le commentaire de l'article 18 (voy. *infra*, n^{os} 734 et s.).