

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Commerce électronique : faut-il encore légiférer

Montero, Etienne

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Montero, E 2002, *Commerce électronique : faut-il encore légiférer..*

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.

Commerce électronique : faut-il encore légiférer ?

par Etienne MONTERO

Professeur aux Facultés universitaires de Namur
Membre titulaire de l'Observatoire des droits de l'internet

Il ressort de nombreuses études que le commerce électronique ne connaît pas le développement promis à ses débuts, en raison notamment d'un déficit de confiance, souvent fondé, dans ce mode de contracter.

Les obstacles à l'essor du commerce électronique peuvent être regroupés en cinq catégories. S'ils entament surtout la confiance des consommateurs, certains de ces obstacles affectent aussi les commerçants (on songe surtout à l'incertitude sur les règles de droit applicables, notamment, aux opérations transfrontalières).

1. — On relève tout d'abord divers freins psychologiques. Les uns sont inhérents à toute vente à distance ; d'autres sont davantage liés à l'utilisation de l'outil informatique et au contexte particulier des réseaux ouverts (Internet). Ces freins sont connus : l'absence d'un vendeur en chair et en os, avec lequel le consommateur peut interagir ; l'absence de contact tangible avec le produit et, partant, l'impossibilité de le contrôler avant l'achat ; l'apparition récente de ce type de commerce, qui explique naturellement son faible ancrage dans les habitudes des consommateurs et le fait que les commerçants en ligne ne bénéficient pas encore de la renommée et du capital de confiance dont jouissent les magasins « en dur » qui, de longue date, ont pignon sur rue ; la réputation d'insécurité caractérisant, à tort ou à raison, l'internet dans l'imaginaire collectif ; etc.

Sans doute faudra-t-il compter sur le temps pour vaincre ces réticences d'ordre psychologique. Cela étant, elles se mêlent souvent à des obstacles, réels ou supposés, d'ordre juridique. C'est dans cette mesure qu'elles peuvent être traitées au niveau politique et/ou juridique et justifier qu'elles retiennent, plus particulièrement, notre attention.

2. — Parmi les obstacles juridiques au commerce électronique, on épingle l'incertitude sur le cadre légal et réglementaire applicable à pareille forme de commerce et, en particulier, aux opérations transfrontalières.

A cet égard, pourtant, un effort non négligeable a d'ores et déjà été accompli par le législateur. Ses interventions successives ont contribué à dessiner un cadre juridique pratiquement complet pour le commerce électronique. Parmi les pièces majeures de cet édifice légal et réglementaire, on mentionne pour mémoire :

Les dispositions du Code civil et des lois particulières en matière de contrats

Les articles 77 à 83 de la loi sur les pratiques du commerce (LPCC), relatifs aux contrats à distance (*M.B.*, 29 août 1991) ;

La loi du 20 octobre 2000 « introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire » (*M.B.*, 22 déc. 2000, p. 42698), qui insère une définition de la signature électronique dans le Code civil ;

La loi du 9 juillet 2001 « fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification » (*M.B.*, 29 sept. 2001, p. 33070) ;

L'arrêté royal du 6 décembre 2002 « organisant le contrôle et l'accréditation des prestataires de service de certification qui délivrent des certificats qualifiés » (*M.B.*, 17 janvier 2003, p. 1541) ;

La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (*M.B.*, 17 août 2002, p. 35337) ;

L'article 144^{octies} (nouveau) de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (libéralise le recommandé électronique) ;

Les lois du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (LSSI) (*M.B.*, 17 mars 2003, p. 12.960 et p. 12963) ;

L'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique (*M.B.*, 28 mai 2003) ;

La loi du 28 janvier 2004 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée (*M.B.*, 10 févr. 2004, p. 7663) (concerne la facturation électronique)¹.

Il faut reconnaître que cet acquis est significatif et tout à fait appréciable. Néanmoins, d'une part, il subsiste encore certaines zones d'ombre sur le terrain juridique (cf. ci-après). D'autre part, il est vrai que ces textes de loi sont largement ignorés tant des commerçants en ligne que de leurs clients, professionnels ou consommateurs. Cette méconnaissance n'est guère surprenante ; elle s'explique par une conjugaison de facteurs évidents, notamment l'adoption très récente de la plupart de ces lois, ainsi que la dispersion et la complexité des règles applicables au commerce électronique.

Dans les lois adoptées récemment, on trouve une série de dispositifs relativement favorables aux consommateurs et de multiples obligations à charge des prestataires de services en ligne. Une meilleure information sur les règles du jeu applicables devrait contribuer à renforcer la confiance. A cet effet, des actions d'information et de sensibilisation pourraient être utilement entreprises par le pouvoir politique. Le groupe de travail chargé de ces questions au sein de l'Observatoire formule une série de suggestions concrètes à cet égard.

3. — Le faible développement du commerce électronique s'explique également, pour une bonne part, par la crainte qu'ont les consommateurs d'effectuer des paiements sur

¹ Cette loi transpose la Directive 2001/115/CE du Conseil du 20 décembre 2001 modifiant la Directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée (cf. art. 2 de la loi).

le *net*. Leurs réticences se situent à deux niveaux : d'une part, l'absence, réelle ou supposée, de sécurité sur l'internet les dissuade de communiquer les données relatives à leur carte de crédit (n° de la carte et date d'expiration), d'autre part, l'exigence fréquente d'un paiement anticipé, préalable à la réception du bien, n'est pas de nature à les rassurer. Pour rencontrer ce double ordre de préoccupations, outre une meilleure information sur la réalité des risques encourus et sur les protections juridiques en vigueur, une initiative semble la bienvenue sur le plan législatif.

Dans sa section consacrée aux ventes à distance, la loi sur les pratiques contient une disposition libellée comme suit : « *Sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables visé au § 1^{er}* » (art. 80, § 3, al. 1^{er}).

Cette disposition ne signifie pas que tout paiement anticipé est interdit, mais uniquement que parmi les modes de paiement proposés au consommateur, au moins un doit lui permettre de ne payer qu'après la fin du délai de renonciation, soit au minimum sept jours après le lendemain de la livraison du bien. Il s'agit d'un régime particulièrement favorable au consommateur, qui va au-delà des obligations européennes imposées à la Belgique.

En pratique, cependant, rares sont les sites de commerce électronique qui respectent le prescrit légal. Très souvent, le consommateur est invité à régler le bien par carte de crédit ou par virement bancaire et le vendeur attend que son compte soit crédité pour envoyer le produit. Les vendeurs en ligne craignent en effet que des consommateurs peu scrupuleux passent commande sous une fausse identité ou avec l'intention de ne pas régler le prix du produit livré.

Cette interdiction est néanmoins levée « lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur » (LPCC, art. 80, § 3, al. 3). En clair, si le commerçant recourt à l'un des systèmes exposés ci-après, il pourrait être autorisé à *exiger* un paiement (anticipé) avant livraison.

Pour l'heure, l'arrêté royal en question n'a pas encore vu le jour. Son adoption apparaît pourtant souhaitable pour éviter le maintien d'une pratique contraire la loi. La situation actuelle, en effet, ne sert aucun des intérêts en présence :

ni les commerçants qui sont, en toute hypothèse, mal pris : soit ils choisissent de respecter la loi et se placent alors en position d'infériorité vis-à-vis de leurs concurrents belges et étrangers, soit ils privilégient une gestion rigoureuse du risque (en réclamant un paiement avant livraison) et optent alors pour l'inconfort de se mettre en défaut par rapport à la loi ;

ni les consommateurs qui ne disposent d'aucune garantie de remboursement en cas d'exercice du droit de renonciation vu que, *dans la réalité*, le principe n'est

pas respecté et que les autorités de contrôle hésitent à sanctionner le non respect d'une règle perçue comme excessive ;
ni l'intérêt général étant donné que, dans sa rigueur actuelle, le texte de loi entraîne pour les vendeurs des contraintes excessives de nature à constituer un frein au développement du commerce électronique.

Bref, le régime actuel est insatisfaisant pour toutes les parties et une intervention s'impose : l'adoption de l'arrêté royal envisagé dans la loi devrait permettre de rééquilibrer, sur le plan des risques encourus, la situation respective des vendeurs et des consommateurs.

Idéalement, le système promu par l'arrêté royal devrait satisfaire aux critères suivants

- Le système doit garantir au consommateur un remboursement rapide et commode des sommes versées ;
- Le système doit être également accessible et praticable pour les petites et moyennes entreprises ;
- La charge financière doit rester raisonnable et être supportée par les vendeurs ou, à tout le moins, partagée entre les parties concernés ;
- Si un tiers de confiance est appelé à intervenir, son rôle doit être défini avec précision (voy. *infra*, point 4) ;
- L'initiative doit s'inscrire dans un cadre international, au moins européen ;
- La procédure doit être transparente ;
- Aucun mode de paiement ne doit être privilégié (principe de neutralité) ;
- Le mécanisme doit pouvoir être accompli par voie électronique.

Dans les travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1999 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1, p. 30) qui modifia la section 9 de la LPCC consacrée aux contrats à distance, quatre pistes sont mentionnées : système de cautionnement, blocage transitoire des sommes versées, assurance ou labellisation.

Le groupe de travail constitué au sein de l'Observatoire a étudié ces différents systèmes ; d'autres mécanismes ont également été suggérés et discutés. Il résulte des travaux que le cautionnement et la labellisation (envisagée comme système à part entière) n'ont pas convaincu les experts consultés. En revanche, les pistes du blocage transitoire des sommes versées, de l'assurance, du mode alternatif de règlement des différends et du *charge back* ont retenu l'attention.

Dans le mécanisme du *blocage transitoire des sommes versées*, un tiers de confiance bloque les sommes versées par le consommateur jusqu'à la fin du délai de renonciation. Si, pendant ce délai, le consommateur renonce à l'achat, le tiers lui restitue la somme (sur la base de documents prouvant l'envoi ou après confirmation de la réception par le vendeur). Dans le cas contraire, elle est créditée définitivement sur le compte du commerçant. Le consommateur est certain de récupérer son argent s'il exerce son droit de renonciation et le commerçant est protégé contre les acheteurs peu scrupuleux. Quant au coût, il devrait rester assez faible. Des problèmes pratiques

pourraient toutefois survenir (différents délais de renonciation, absence de livraison, etc.) et, même s'ils sont loin d'être insurmontables, il importe d'en tenir compte pour éviter une paralysie du système et une perte de confiance à son égard. Reste à savoir qui jouera ce rôle de tiers de confiance. Dans tous les cas, il est recommandé que celui-ci respecte un certain nombre de conditions (*infra*, point 4).

Une solution semble aussi envisageable du côté de l'*assurance*. Elle pourrait être construite sur le modèle de l'assurance-caution (l'assureur est caution solidaire du débiteur). Le vendeur souscrit une assurance pour le compte du consommateur et paie les primes. Si le consommateur n'est pas remboursé dans les délais, il s'adresse à l'assureur. Ce dernier peut néanmoins lui opposer toutes les exceptions tirées du contrat d'assurance – notamment le non-paiement des primes. Pour parer autant que possible à cette éventualité et encourager les commerçants à respecter leurs obligations, un label pourrait être octroyé aux sites offrant de sérieuses garanties.

Le commerçant qui s'engagerait à recourir à un *mode alternatif de résolution des différends* (voy. *infra*, point 5) et à se soumettre aux décisions rendues dans le cadre des litiges qui l'opposeraient aux consommateurs pourrait également réclamer un paiement anticipé. Encore faudrait-il que le consommateur puisse accéder facilement et rapidement aux services de ce tiers et que les coûts restent raisonnables. Les pouvoirs publics pourraient mettre en place un tel mécanisme. Le recours au label semble également intéressant dans ce cadre pour encourager le prestataire à respecter ses obligations.

Une application particulière pourrait aussi être envisagée dans l'hypothèse des paiements effectués par carte de crédit. Pour autant que les émetteurs internationaux de cartes de crédit acceptent de jouer ce rôle (le cas échéant, de concert avec un tiers de confiance auquel le commerçant déclarerait recourir et qui se chargerait des aspects relatifs à la livraison du bien au consommateur, à son paiement et à son renvoi au commerçant en cas d'exercice du droit de renonciation), le mécanisme du *charge back* pourrait être promu. Il s'agit du terme technique désignant la procédure de remboursement d'une transaction par carte de crédit qui ne s'est pas faite dans les règles. Le système s'applique surtout aux hypothèses suivantes : le consommateur constate une transaction qu'il n'a pas effectuée (*I didn't do it*) ; il ne reçoit pas le bien (*I didn't receive it*) ; il reçoit le bien mais il ne correspond pas à ses attentes (*I don't want it*). Mais, pour autant que le coût de la procédure reste raisonnable, rien n'empêche de le généraliser à l'hypothèse qui nous occupe.

4. — L'instauration d'un climat de confiance dans le commerce en ligne passe peut-être également par le recours à des tiers dits « de confiance ». Toujours est-il que l'on assiste à l'efflorescence de nouveaux « métiers de la confiance ». Des tiers à la relation contractuelle ou commerciale assurent divers services censés rassurer et sécuriser les parties : archivage et horodatage de documents électroniques, certification (de clés cryptographiques, de la qualité d'adulte...), recommandé électronique, blocage transitoire des sommes versées avant livraison, etc.

On imagine la déconvenue si, à défaut d'avoir pris les mesures de précaution et de sécurité adéquates, l'un de ces prestataires de services devait perdre toute trace des documents à lui confiés, pour une raison ou une autre (sinistre, *hacking*, sabotage...), ou s'il n'était plus en mesure d'assurer la continuité de ses activités ou si les dispositifs techniques utilisés n'étaient pas à la hauteur des garanties offertes. L'une ou l'autre mésaventures suffiraient à ruiner la confiance déposée dans ces tiers dits « de confiance ».

Il semble donc impérieux d'encadrer juridiquement ces activités nouvelles afin d'assurer un niveau élevé de qualité et de protéger ceux qui y ont recours. A ce jour, un tel cadre juridique a été prévu uniquement dans le domaine des services de certification de clés cryptographiques utilisées à des fins de signature (loi du 9 juillet 2001 précitée).

A l'heure actuelle, les services en ligne offerts par les tiers de confiance sont encore, le plus souvent, au stade expérimental et présentent une fiabilité très inégale. Aussi conviendrait-il de mettre en place un mécanisme qui soit de nature à inciter les opérateurs à offrir un service de haute qualité.

Pareil mécanisme consisterait à définir un statut juridique pour les tiers de confiance et à prévoir un régime de faveur et/ou l'octroi d'un label pour les opérateurs qui se soumettraient *volontairement* à ce statut (étant donné l'interdiction de subordonner l'accès à l'activité d'un prestataire de service de la société de l'information à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent).

Sur le plan méthodologique, l'on peut songer soit à s'inspirer de la loi du 9 juillet 2001 sur les prestataires de services de certification dans l'élaboration une loi-cadre pour l'ensemble des tiers de confiance, soit à adapter la loi du 9 juillet 2001 en vue de l'étendre à des secteurs comme l'archivage électronique, le recommandé électronique, l'horodatage de documents électroniques, etc. En toute hypothèse, sans doute convient-il de définir un *tronc commun* de critères auxquels devraient satisfaire tous les « tiers de confiance » et de prévoir des *dispositions spécifiques* à certaines activités.

A titre indicatif, pourraient faire partie du *tronc commun* les garanties liées aux aspects suivants : information correcte de l'utilisateur, indépendance et intégrité, solidité financière, continuité des activités, qualification et expérience du personnel eu égard au service fourni, conditions générales de sécurité et de fiabilité des technologies utilisées etc.

La loi prévoirait également des *garanties spécifiques* à certains services. Ainsi, en matière de recommandé électronique, le prestataire devrait offrir des garanties particulières en ce qui concerne : la délivrance des certificats de temps et la fiabilité des accusés de réception ; la délivrance d'une preuve du dépôt par l'émetteur et, le cas échéant, d'une preuve de réception par le destinataire ; l'utilisation d'un procédé de signature électronique qualifiée (?) ; etc. En matière d'archivage, le prestataire devrait offrir des garanties particulières en ce qui concerne : l'utilisation de systèmes et de

produits aptes à assurer une conservation dans la durée de documents électroniques ; la qualification et l'expérience de son personnel en matière d'archivage ; une bonne pratique des procédures de sécurité (mesures contre la manipulation ou la destruction des documents archivés) ; etc. En matière de service de blocage transitoire des sommes versées, le prestataire devrait offrir des garanties particulières en ce qui concerne, notamment, l'utilisation de technologies appropriées en matière de sécurisation des paiements. Ces critères, égrenés à titre d'illustration et sans souci d'exhaustivité, témoignent de l'urgence et de l'ampleur de la réflexion à mener à la fois sur la figure du tiers de confiance, en général, et sur chacun des services fournis, en particulier.

Encore la loi devrait-elle préciser les effets juridiques attachés au respect par le prestataire des garanties précitées. Enfin, elle devrait déterminer les responsabilités des tiers de confiance ainsi que les modalités de contrôle de leurs activités.

5. — Enfin, un autre obstacle au commerce électronique est lié à l'absence de moyen de recours commode, rapide, efficace et peu onéreux en cas de non-livraison, de non-conformité du bien livré ou de défaillance dans les services après-vente.

Dans les litiges de consommation (dont les enjeux sont relativement faibles), les consommateurs, voire les entreprises, hésitent à se lancer dans une procédure judiciaire longue, coûteuse et à l'issue incertaine. Cette hésitation est encore exacerbée dans les litiges transnationaux (fréquents en matière de commerce électronique) où la complexité des procédures et des règles applicables jouent un rôle dissuasif supplémentaire. A cet égard, il semble urgent de mettre sur pied un système alternatif de règlement des litiges, idéalement en ligne (*Online Dispute Resolution* – ODR).

Il va de soi que diverses conditions-cadres doivent être respectées, dont on ne peut ici que donner un aperçu : faible coût ; correcte information ; simplicité et transparence de la procédure ; brièveté des délais ; garantie de confidentialité ; impartialité, objectivité et indépendance de l'organisme ODR ; utilisation d'un support technique performant, neutre et garantissant l'interopérabilité.

Les pouvoirs publics pourraient jouer un rôle important dans le développement de pareils mécanismes de règlement des différends : 1°) en contribuant à leur mise en place, le cas échéant, avec la collaboration de partenaires privés, ou en favorisant des initiatives de tiers, à l'aide d'incitants ; 2°) en informant les commerçants et les consommateurs de l'existence et du fonctionnement de tels organismes.

Enfin, soulignons qu'il convient de tenir compte des initiatives prises au niveau européen et dans les autres Etats membres : le caractère transfrontalier des litiges en matière de commerce électronique invite à mettre en place des systèmes internationaux, européens à tout le moins.