Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Réflexions de synthèse - L'intégration de la directive sur le commerce électronique en droit interne

Montero, Etienne

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 pulished version (HARVARD):
Montero, E 2001, Réflexions de synthèse - L'intégration de la directive sur le commerce électronique en droit interne. 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. 31-39.

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.

Download date: 16. May. 2024

RÉFLEXIONS DE SYNTHÈSE – L'INTÉGRATION DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE EN DROIT INTERNE

Étienne MONTERO

65. Arrivés au terme du premier chapitre, il convient de s'interroger sur les modalités de transposition en droit belge de la directive sur le commerce électronique. A cet égard, il nous apparaît que deux possibilités raisonnables s'offrent au législateur : il peut choisir soit d'adopter une loi spécifique, soit d'inscrire les nouvelles dispositions via une modification de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (ci-après, LPC)[51].

Comme le remarque, à juste titre, P. VAN OMMESLAGHE, "[les directives européennes] se préoccupent peu des catégories juridiques de droit interne et ne s'embarrassent guère de définitions empruntées aux droits des États membres, pour des raisons évidentes. Elles laissent le soin à ceux-ci d'introduire dans leur droit national les règles dont les lignes générales sont tracées et notamment de les concilier avec leurs institutions propres. Malheureusement, les États membres, et en particulier la Belgique, ne font guère d'efforts pour arriver à cette cohérence et transcrivent les directives telles quelles sans les coordonner avec les dispositions préexistantes du droit des obligations et des contrats"[52].

Ce constat en forme d'avertissement nous servira de guide dans notre réflexion sur l'instrument de transposition approprié. Aussi, il nous semble opportun de faire le point sur les concepts essentiels de la directive au regard de notre droit national (A), avant de prendre attitude face à l'alternative présentée ci-dessus (B).

A. La définition des concepts essentiels : récapitulatif

66. Le concept de "prestataire de services de la société de l'information" est une nouveauté en droit belge. Il ne se confond pas avec celui de

---

[51] D'autres scénarios sont théoriquement possibles. Ainsi, il est concevable d'opter pour une transposition éclatée en une série d'instruments spécifiques ou sectoriels. Pour une critique de pareille méthode, voy. E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *Revue du droit de l'Union européenne*, 4/2000, p. 821.

[52] P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ?", in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 520, n° 6.

"vendeur" au sens de la LPC[53]. On sait que la notion de "vendeur", loin de renvoyer aux articles 1582 et suivants du Code civil, rejoint en réalité celle d'entreprise ou de professionnel. Comme l'a écrit J.-L. FAGNART, peut être considéré comme "vendeur" au sens de la LPC "celui qui loue, qui finance, qui assure, qui transporte ou qui preste un service quelconque"[54]. Est un vendeur tout qui commercialise des produits ou fournit des services, aussi bien en ligne que hors ligne. En revanche, on rappelle que le prestataire est toute personne, physique ou morale, qui fournit un service de la société de l'information. Or, pareil service couvre un large éventail d'activités qui ont nécessairement lieu en ligne. Les activités consistant à vendre des produits ou à fournir des services hors ligne sont exclues de la notion, ce qui signifie que, sous cet angle, la notion de prestataire est plus étroite que celle de vendeur. Ainsi, le détaillant qui offre à la vente les produits exposés dans les rayons de sa boutique est un vendeur au sens de la LPC, mais non un prestataire de services de la société de l'information. En revanche, le commerçant qui offre des biens seulement en ligne est l'un et l'autre, et est donc soumis au régime de la LPC et à celui de la directive. Rappelons que la qualité de prestataire de services de la société de l'information est attribuée à toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information, que ce service fasse ou non partie de son activité principale. Ainsi, le détaillant qui, par ailleurs, offre ses produits sur le web est un vendeur au sens de la LPC en toute hypothèse et, en outre, un prestataire au sens de la directive pour ses activités en ligne.

Les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique sont considérés comme vendeurs au sens de la LPC s'ils offrent en vente ou vendent des produits ou des services, alors qu'on peut hésiter sur leur qualification comme prestataires au sens de la directive (*supra*, n°s 4 à 6).

Sous un autre point de vue, la notion de prestataire est plus large que celle de vendeur. En effet, les titulaires de professions libérales ne sont pas

---

[53] Aux termes de l'article 1er, 6, de la LPC, un vendeur est "*a) tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire;*
b) les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services;
c) les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services".

[54] Voy. J.-L. FAGNART, "Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur", *R.D.C.*, 1991, p. 263 ; *Idem*, "Concurrence et consommation : convergence ou divergence ?" in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 26.

visés par cette dernière notion[55], alors qu'ils sont inclus dans celle de prestataire au sens de la directive.

Ainsi, la notion de prestataire semble originale, et irréductible à celle de vendeur. On ne pourra donc faire l'économie d'une introduction dans notre droit des définitions de l'article 2, a, b et c, qui se rapportent respectivement aux notions de "services de la société de l'information", de "prestataire" et de "prestataire établi".

67. La définition du "destinataire du service" (art. 2, d) apparaît également originale, et décisive pour la détermination du champ d'application de la directive (*supra*, n°s 26 à 28). Pendant de celle du prestataire de services, elle nous paraît devoir être transposée telle quelle.

68. En revanche, la définition du consommateur (art. 2, e) n'est pas fondamentalement différente de celle de la LPC. La condition requise pour avoir cette qualité est, ici, d'acquérir ou d'utiliser *"à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché"* (LPC), là, d'agir *"à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale"* (directive).

Le critère ainsi adopté par le législateur européen nous paraît proche de celui choisi par le législateur du 14 juillet 1991, et pareillement justiciable des critiques sévères que ce dernier a essuyées[56]. Certes, la définition du consommateur de la directive ne vise pas les personnes morales, contrairement à celle de la LPC. Toutefois, l'on sait que l'assimilation de la personne morale à la personne physique résulte d'un amendement déposé au Sénat, au dernier instant et sans réflexion approfondie. En réalité, cet ajout a pour seul effet d'englober dans la notion de

---

[55] Voy. le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n° 947/1, p. 7 ; Projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Rapport, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1989-1990, n° 1240/20, p. 20.

[56] J.-L. FAGNART, "Concurrence et consommation : convergence ou divergence ?", *op. cit.*, n° 23, pp. 27-29 ; *Idem*, "Boutiquiers et consommateurs : même combat ?", in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 10, n° 7 ; T. BOURGOIGNIE, "Réalité et spécificité du droit de la consommation", *J.T.*, 1979, p. 293 et s., spéc. n° 11 ; *Idem*, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 66 et s. Voir aussi la définition de la notion de consommateur proposée par T. BOURGOIGNIE, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs* , Rapport de la Commission d'Etude pour la Réforme du Droit de la Consommation, Bruxelles, Ministère des Affaires Economiques, 1995, pp. 20-25.

consommateur… les ASBL, pourvu qu'elles contractent à des fins excluant tout caractère professionnel[57].

Au total, le mieux, nous semble-t-il, est de s'aligner sur la définition de consommateur de la LPC de manière à éviter l'introduction inutile, en notre droit, d'une nouvelle notion, qui se distinguerait mal de la première. Aussi suggérons-nous de définir le consommateur comme "toute personne visée à l'article 1er, 7, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur".

69. En son article 2, f, la directive sur le commerce électronique définit la "communication commerciale". Cette appellation est une nouveauté à la fois en droit européen et en droit belge (*supra*, nos 41 à 51). L'on sait qu'elle renvoie globalement à la notion de publicité. La question se pose dès lors de savoir s'il convient d'accueillir cette nouvelle terminologie en notre droit ou s'il faut lui préférer le terme usuel de publicité.

L'article 22 de la LPC définit la publicité comme "toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre". En vue de transposer la directive relative à la publicité comparative, la loi du 25 mai 1999 modifiant la LPC est venue compléter cet article 22 en ajoutant l'alinéa suivant : "Est considérée comme publicité comparative, toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des produits ou services offerts par un concurrent"[58]. Cette disposition risque d'avoir un impact considérable en matière de commerce électronique, eu égard notamment aux techniques interactives telles que le renvoi par lien hypertexte.

La définition technologiquement neutre de l'article 22 de la LPC permet de penser qu'elle couvre les multiples formes de publicité sur l'internet, dès lors qu'elles assurent la promotion de produits ou de services[59]. Est-ce à dire qu'il suffirait d'un simple renvoi à l'article 22 de la LPC pour se conformer à l'article 2, f, de la directive ? Nous pensons effectivement que, nonobstant une différence de libellé, les deux définitions se recoupent.

---

[57] On s'avise, en effet, que l'ASBL est une figure juridique "fourre-tout" qui englobe non seulement des associations de protection de la nature, les diocèses de Belgique, des maisons de jeunes en quartier défavorisé… mais aussi certaines universités, des ONG, etc.

[58] Loi du 25 mai 1999 modifiant la LPC, *M.B.*, 23 juin 1999.

[59] T. VERBIEST et E. WÉRY, avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 470.

Il n'est pas sans intérêt de noter que toutes deux s'appuient pareillement sur la notion de "communication". La seule différence serait que la publicité vise "toute communication ayant comme but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services (…)", alors que la communication commerciale couvre, en outre, toute communication destinée à promouvoir l'image de l'intéressé (entreprise, organisation…). Mais, il ne fait pas de doute que l'article 22 de la LPC doit s'interpréter largement, permettant ainsi de couvrir la promotion de l'image (arg. l'adjectif "indirect"). Cette analyse est confirmée par la jurisprudence, Cour de cassation en tête. Cette dernière considère, en effet, comme publicité "toute communication ayant pour but direct ou indirect de promouvoir la vente de produits ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, quels que soient le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre *; tel est notamment le cas de la communication qui favorise ou renforce l'image de marque de son auteur et qui a ainsi indirectement pour but de promouvoir la vente de ses produits ou services*" [60].

Aussi nous paraît-il préférable de nous en tenir au terme de publicité tel que défini dans la LPC. On évite ainsi l'introduction inutile d'une nouvelle terminologie en droit interne. La loi de transposition pourrait définir le terme de publicité comme "toute communication visée à l'article 22 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur", non sans préciser : "Pour l'application de la présente loi, ne constituent pas en tant que telles de la publicité :

> a) les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique,
>
> b) les communications élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans avantage économique" (voir l'art. 2, f, *in fine*, de la directive).

B. Modifier la loi sur les pratiques du commerce ou adopter une loi spécifique ?

70. Pour trois séries de raisons, il nous paraît préférable d'adopter une loi spécifique, plutôt que d'inscrire les nouvelles dispositions dans la LPC.

---

[60] Cass. (1re ch.), 2 novembre 1999, *J.T.,* 2000, p. 66.

71. Tout d'abord, la directive à transposer et la LPC diffèrent largement quant à leur champ d'application *ratione personae* respectif. Dans la LPC, la section 9 relative aux contrats à distance – qui nous intéresse au premier chef – vise les rapports contractuels entre un "vendeur" (de produits ou de services) et un consommateur. Le champ d'application de la directive est déterminé, quant à lui, par les notions de prestataire de services de la société de l'information, d'une part, de destinataire du service, d'autre part. Or, l'on a vu que les notions de "vendeur" et de prestataire sont loin de coïncider (*supra*, n° 66). Par ailleurs, la notion de destinataire du service désigne toute personne qui utilise un service de la société de l'information, aussi bien à des fins professionnelles qu'à des fins privées. Ainsi, pour reprendre une terminologie devenue usuelle, alors que la section sur les contrats à distance de la LPC s'applique uniquement aux relations *Business to Consumer* (ou *B to C*), la directive s'applique à la fois aux relations *Business to Consumer* et *Business to Business* (*B to B*). On rappelle aussi que les titulaires de professions libérales sont exclus du domaine de la LPC, tandis qu'ils sont visés par la directive.

Par conséquent, la directive est fondée sur des notions tout à fait spécifiques, qui définissent un champ d'application spécifique. A notre avis, la volonté de transcrire la directive dans la LPC impliquerait nécessairement l'introduction d'une nouvelle section – spécifique – reposant sur des notions propres et ayant un domaine d'application propre. En ce cas, autant adopter une loi… spécifique !

72. Ensuite, le champ d'application *ratione materiae* de la LPC diffère largement de celui de la directive sur le commerce électronique. La loi belge a un double objet : elle vise à garantir une concurrence loyale dans les pratiques du commerce, d'une part, à assurer l'information et la protection du consommateur à l'occasion des opérations commerciales les plus courantes, d'autre part[61]. A tort ou à raison – peu nous importe ici –, cet amalgame a été sévèrement critiqué par une frange non négligeable de la doctrine[62]. Dans ces circonstances, on comprendrait mal le souhait d'intégrer dans la LPC la directive sur le commerce électronique, qui règle une grande variété de questions sans rapport direct avec les pratiques du commerce ou la protection du consommateur.

---

[61] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1984-1985, n° 974/1 p. 1.

[62] Parmi d'autres, J.-L. FAGNART, "Concurrence et consommation : convergence ou divergence ?", *op. cit.*, pp. 30 et s., n° 24 et s., et les réf. citées ; P. DEJEMEPPE, "La réforme de la législation sur les pratiques du commerce", *L'année de la consommation*, 1986, pp. 56 et s. ; T. BOURGOIGNIE, *Eléments…, op. cit.*, p. 382 et s., n° 204, et les réf.

En effet, la directive établit un cadre général destiné à couvrir divers aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : elle pose le principe de la liberté des communications commerciales dans les professions réglementées (lesquelles incluent les professions libérales, qui sont soustraites au domaine de la LPC) (art. 8) ; elle prévoit des exonérations de responsabilité au profit de certains prestataires intermédiaires sur les réseaux (section 4 : art. 12 à 15) ; elle impose aux États membres de supprimer tous les obstacles – notamment les exigences de forme – à la conclusion des contrats par voie électronique (art. 9) ; elle enjoint aux États membres de veiller à ce que leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges, y compris par des moyens électroniques (art. 17) et règle encore d'autres questions touchant à la procédure judiciaire (art. 18) et à la coopération entre États (art. 19). En outre, la directive comprend une clause de marché intérieur (art. 3), dont la portée est étroitement liée à la définition du domaine coordonné (art. 2, h).

Il saute aux yeux que la cohérence de la LPC serait sérieusement mise à mal si y étaient insérées des dispositions aussi étrangères à son économie générale.

73. Si l'on cible à présent la comparaison sur la section relative aux contrats à distance, notre point de vue s'en trouve encore renforcé. D'un côté, la directive vise les seuls services de la société de l'information (entendez, pour faire bref, les services fournis sur les réseaux numériques), alors que la section 9 de la LPC couvre tout contrat conclu à l'aide d'une ou plusieurs techniques de communication à distance telles que le téléphone, la télécopie, le courrier postal... D'un autre côté, la section sur les contrats à distance régit uniquement la conclusion de contrats, tandis que la directive sur le commerce électronique, on l'a vu, s'intéresse à des objets nettement diversifiés.

Ces observations plaident aussi en faveur de l'adoption d'une loi autonome.

74. Enfin, il nous faut rencontrer deux arguments inspirés par un souci (légitime) de protection du consommateur dans le cadre du commerce électronique.

On pourrait arguer que l'incorporation des nouvelles dispositions dans la LPC présenterait l'avantage de permettre l'application automatique des chapitres VIII (action en cessation), IX (procédure d'avertissement), X

(batterie de sanctions) à XI (recherche et constatation des actes interdits) de la loi au plus grand bénéfice du consommateur. On éviterait ainsi de devoir établir des mesures de contrôle et un régime de sanctions, distincts et parallèles, pour les services de la société de l'information. Nous en convenons. Cependant, rien n'empêche de prévoir une action en cessation spécifique, ainsi que des mesures de contrôle et des sanctions similaires dans la loi autonome dont nous préconisons l'adoption.

Par ailleurs, d'aucuns pourraient craindre qu'un certain nombre de protections acquises aux consommateurs soient battues en brèche dès lors qu'ils contractent sur les réseaux numériques. Sur ce point, il y a méprise car il est clair que la future loi s'appliquera aux contrats de consommation en sus de la LPC, en général, et de sa section 9 sur les contrats à distance, en particulier.

Conformément à la désormais célèbre "technique de la greffe"[63], les nouvelles règles adoptées viendraient s'ajouter aux régimes juridiques existants, sans y déroger en aucune façon (*supra*, n° 35). L'on aurait affaire à différentes couches de règles ayant vocation à se superposer[64]. Ainsi, un contrat conclu *en ligne* par un *consommateur* sera soumis à la fois aux dispositions générales figurant dans la LPC (dès lors que le contrat est conclu entre un "vendeur" et un consommateur), aux dispositions particulières de sa section 9 sur les contrats à distance (dès lors que le "vendeur" utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance) *et* aux dispositions de la future loi – autonome – transposant la directive sur le commerce électronique (dans la mesure où le contrat est conclu *sur les réseaux* entre un "prestataire de services de la société de l'information" et un "destinataire du service" au sens du nouveau dispositif).

Il est donc incontestable que les intérêts des consommateurs ne seront pas mis en péril par le simple fait que le législateur opte pour l'adoption d'une loi autonome.

75. Pour le cas où certains n'en finiraient pas d'être convaincus par notre analyse, qu'il nous soit permis de verser au dossier un dernier argument… d'autorité (!). Nous faisons référence à l'avis 30.472/1 rendu le 26 octobre 2000, par la section de législation du Conseil d'Etat, sur un

---

[63] L'expression est de L. SIMONT, "Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats", in *La renaissance du phénomène contractuel*, C.D.V.A., 1971, p. 487, spéc. p. 494.

[64] A ce sujet, P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statut quo ?", in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 509 et s., spéc. p. 516, n° 4.

avant-projet de loi visant à mettre le droit interne en harmonie avec la recommandation 97/489/CE de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire[65]. L'exposé des motifs de la loi affichait sa conviction qu'il s'imposait de procéder via une modification de la LPC. Et le Conseil d'Etat de désapprouver la méthode choisie pour de multiples motifs analogues à ceux que nous avons exposés plus haut : champ d'application matériel des dispositions en projet relativement diversifié et singulièrement spécifique, champ d'application personnel distinct de celui de la LPC, mise à mal de la structure interne de la loi si des dispositions à ce point spécifiques devaient y être intégrées, etc.

Sur cette question, le Conseil d'Etat conclut : "Au lieu d'être insérées dans la loi du 14 juillet 1991, les dispositions en projet devraient au contraire faire l'objet d'une loi autonome reproduisant, si nécessaire, des dispositions de la loi du 14 juillet 1991, afin de les rendre applicables aux opérations visées dans le projet" (p. 40 de l'avis).

Mutatis mutandis, notre conclusion n'est pas différente.

[65] *J.O.C.E.*, n° L 208 du 2 août 1997, p. 52. Cette recommandation modifie et complète la recommandation 88/590/CEE du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre les titulaires et les émetteurs de carte, *J.O.C.E.*, n° L 317 du 24 novembre 1988, p. 55.