

Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile

Patrick Congo¹

L'évolution et la convergence technologique ont permis la naissance d'un nouveau type de commerce électronique, qu'est le commerce mobile. En effet, même si elle se veut technologiquement neutre, la réglementation du commerce électronique a été élaborée à une époque où l'ordinateur connecté à l'internet était le seul outil de transactions électroniques. Évidemment, cet état de fait diffère des réalités de ces dernières années avec les smartphones et les technologies wifi ou 3G qui permettent de se connecter à l'internet et de procéder à des achats en ligne.

Ce qui suscite des réflexions sur l'adéquation du droit du commerce électronique par rapport au commerce mobile, qui sans cesse prend de l'ampleur.

L'article examine la question sous l'angle du droit européen et belge, et propose des solutions toutes les fois où le droit en vigueur se révèle inadapté.



The evolution and technological convergence allowed the birth of a new type of e-commerce, which is the mobile commerce. Indeed, even if it wants to be technologically neutral, the e-commerce regulation was elaborate at the period when the electronics transactions tool was only the computer connected to the internet. Obviously, this irrefutable fact differs from realities of these last years with the smartphones and wifi or 3G technologies which allow to be connected to the internet and to purchase on line.

This situation causes reflexions on the adequacy of the law of e-commerce compared to the mobile trade, which unceasingly becomes extensive.

The article examines the issue from a European and Belgian law perspectives, and proposes solutions all the times the law in force appears unsuited.



¹ Chercheur au CRID. L'auteur remercie le professeur Étienne MONTERO, Hervé JACQUEMIN et Marie DEMOULIN pour leurs précieux conseils.

INTRODUCTION

À la fin des années 90, le commerce électronique n'en était qu'à ses débuts. Il constituait alors une nouveauté qui, en l'espace de quelques années, allait connaître un développement spectaculaire à l'image de l'internet. Rapidement, le besoin de réguler cette activité s'est fait sentir, en raison de son caractère à la fois virtuel et transfrontalier.

Ainsi, des projets de réglementation ayant vocation à gouverner le commerce électronique au niveau international ont vu le jour². C'est dans ce mouvement législatif que fut adoptée, au niveau européen, la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000³. L'élaboration et l'adoption de la directive sur le commerce électronique ont eu lieu dans un contexte où l'outil utilisé pour faire le commerce électronique était uniquement l'ordinateur connecté à un réseau, principalement l'internet.

Aujourd'hui, avec le développement fulgurant des technologies de l'information et de la communication, la directive sur le commerce électronique se trouve face à d'autres types de technologies et d'outils qui, soit n'existaient pas au début des années 2000, soit n'avaient que des fonctionnalités très réduites. On songe ainsi aux technologies mobiles, fortement présentes sur le marché, notamment le télé-

phone portable qui est très utilisé de nos jours par les consommateurs pour se connecter à l'internet et faire des achats. Cette faculté de faire des achats sur l'internet via le téléphone portable est désignée par l'expression commerce mobile ou m-commerce⁴.

Notons que la convergence technologique a donné naissance à des appareils multifonctions, certains remplissant des fonctions bien loin de leur destination première. D'où l'émergence de nouveaux moyens et méthodes de communication. Bien au-delà du GSM⁵ (*Global System for Mobile*), la convergence technologique offre aux utilisateurs des appareils *plusieurs en un*⁶, c'est-à-dire un équipement électronique de poche qui, associé à la technologie wifi, remplit plusieurs fonctions en tout temps et en tout lieu.

Ainsi, les appareils de géolocalisation comme les GPS⁷ (*Global Positioning System* ou Géopositionnement par Satellite) sont de nos jours équipés d'un système wifi, et permettent de se connecter à l'internet ou à d'autres réseaux de communication pour recevoir des informations.

Il en est de même des consoles de jeux vidéos portables, telles que la Nintendo DS et la PSP (*Play Station Portable*). En plus des jeux, ces

² On songe notamment à la loi type CNUDCI du 6 décembre 1996 sur le commerce électronique disponible sur www.uncitral.org, à la déclaration de l'OMC sur le commerce électronique global de 1998 disponible sur www.wto.org, ainsi qu'à la conférence de l'O.C.D.E. à Ottawa sur le commerce électronique, du 7 au 9 décembre 1998, disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/46/43/1923264.pdf>.

³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L178 du 17 juillet 2000, pp. 1-16.

⁴ Parfois appelé m-commerce, le commerce mobile est aussi désigné dans la doctrine par les expressions *commerce nomade*, *commerce sans fil*, *commerce électronique mobile*, provenant de la traduction des expressions anglaises *mobile commerce*, *Wireless commerce* et *mobile e-commerce*.

⁵ Voy. « GSM », in M. ROBINSON, « Dictionnaire des technologies numériques : informatique, télécommunications, réseaux, électronique, multimédia, internet », Paris, Ellipses, 2004, p. 213.

⁶ Expression utilisée pour désigner le fait d'accéder, via un seul appareil, à des services différenciés, qui autrefois nécessitaient plusieurs appareils et technologies.

⁷ Voy. « GPS », in M. ROBINSON, « Dictionnaire des technologies numériques : informatique, télécommunications, réseaux, électronique, multimédia, internet », *op. cit.*, p. 208.

appareils offrent la possibilité de se connecter à l'internet pour naviguer, télécharger des jeux ou jouer en ligne avec d'autres utilisateurs.

Enfin, il y a le Smartphone⁸, un bel exemple de convergence technologique, qui, outre la fonction téléphone, est doté de plusieurs autres fonctionnalités: une fonction agenda/calendrier qui permet à l'utilisateur de faire son planning et de prendre des notes, une fonction navigation web qui permet une connexion sans fil à l'internet, pour recevoir et envoyer des courriers électroniques, et enfin, une fonction GPS.

Une observation des habitudes des consommateurs, ainsi que des statistiques sur ces technologies mobiles, sont révélatrices de leur ampleur actuelle et future. Notons que respectivement 119,2 millions et 52,9 millions d'unités de Nintendo DS et de PSP ont été vendues dans le monde⁹. Au 30 octobre 2009, il y avait 180 millions d'unités de Smartphones vendues dans le monde. Leurs ventes devraient surpasser en 2012 celles des ordinateurs portables, pour atteindre 191 millions d'unités¹⁰.

Il ressort de ces quelques données que les technologies mobiles sont bien présentes dans notre quotidien et tendent à occuper une place de choix.

De toutes les technologies mobiles, c'est le téléphone portable (Smartphone et PDA) qui est le plus utilisé, tant pour ses fonctions de téléphonie, que pour les autres possibilités

qu'il offre, notamment se connecter à l'internet et consulter des sites ou faire des achats.

Nouveau né des procédures de transactions électroniques, le commerce mobile¹¹, quasiment inconnu au début de ce siècle est, depuis quelques années, en train de connaître un essor considérable. L'enthousiasme actuel des consommateurs pour ce nouveau mode de commerce peut se justifier par plusieurs raisons. Principalement, il y a le développement des services mobiles de troisième génération¹² (3G et 3G+) donnant un accès à l'internet haut débit sur téléphone portable, pour des communications enrichies par du son et des graphiques de haute qualité, et les possibilités des nouvelles applications commerciales qui en découlent¹³. À cela s'ajoute l'effet de mode, surtout dans la tranche d'âge jeune qui, en plus de constituer la majeure partie des cyberacheteurs, est la plus friande des nouvelles technologies¹⁴.

¹¹ Dans la suite de notre étude, nous utiliserons les expressions m-commerce et commerce mobile comme des synonymes.

¹² Accessibles au grand public dans certains pays d'Europe depuis 2002, la 3G et la 3G+ sont des technologies de téléphonie mobile utilisant les normes *Universal Mobile Telecommunications System* (UMTS) et *High Speed Downlink Packet Access* (HSDPA) qui offrent des débits de communication rapides pouvant atteindre 2Mbps.

¹³ Voy. réunion ministérielle de l'O.C.D.E. sur le futur de l'économie Internet, «Orientations de l'O.C.D.E. pour les politiques pour la prise en compte des questions de protection et d'autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile», Séoul, Corée 17-18 juin 2008, pp. 2-3, disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/51/60/40883688.pdf>.

¹⁴ Voy. «Les tendances du marché et le développement des services mobiles», in rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (O.C.D.E.), *Le commerce mobile*, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie et le Comité de la politique à l'égard des consommateurs, 2007, p. 11, disponible en version anglaise sur <http://www.oecd.org/dataoecd/22/52/38077227.pdf>.

⁸ Voy. «Smartphone», in M. ROBINSON, «Dictionnaire des technologies numériques: informatique, télécommunications, réseaux, électronique, multimédia, internet», *op. cit.*, p. 449.

⁹ Voy. «Nintendo DS» et «PSP» sur www.wikipedia.org.

¹⁰ Voy. D. PHILIPPONE «Le marché des smartphones dans le monde», in *Journal du Net* publié le 30 octobre 2009, disponible sur <http://www.journaldunet.com/solutions/systemes-reseaux/actualite/180-millions-de-smartphones-vendus-dans-le-monde-en-2009.shtml>.

Face à ce constat, on peut se demander si le droit du commerce électronique est bien adapté au m-commerce. Tel est l'objet de notre étude.

Dans un premier temps, il convient de cerner précisément le sujet à travers la définition de la notion de commerce mobile, l'observation de l'état de l'art au niveau international et les contours de son cadre juridique au niveau européen (I). Ensuite, nous examinerons si la directive sur le commerce électronique s'applique adéquatement en la matière (II)¹⁵. Enfin, nous évoquerons des perspectives de solutions aux éventuelles difficultés que l'on peut rencontrer dans l'application des textes au commerce mobile (III). Nous nous limiterons au cadre européen et à l'étude du commerce mobile B2C (*Business to Consumer*).

I. LES CONTOURS DU COMMERCE MOBILE

En attendant que le législateur européen donne une définition du commerce mobile, il nous faut préciser cette notion. À cet effet, nous partirons de la conception de l'O.C.D.E.¹⁶ qui, sans être un organe normatif, constitue une institution de référence et d'inspiration pour les législateurs nationaux (A). Ensuite, nous ferons une présentation de certaines expériences de m-commerce au niveau international (B). Enfin, à partir de la définition de l'O.C.D.E., nous délimiterons le cadre juridique européen applicable au commerce mobile (C).

A. Définition du commerce mobile

Selon que l'on privilégie l'aspect technologique ou juridique du concept, le commerce mobile peut faire l'objet de plusieurs définitions. Nous nous rallions pour notre part à celle de l'O.C.D.E., pour qui «l'expression commerce mobile, ou "commerce électronique mobile" désigne les transactions commerciales et activités de communication conduites par le biais de services et réseaux de communication hertziens au moyen de messages texte (ou SMS –*Short Message Service*), de messages multimédia (MMS –*Multimédia Messaging Service*), ou de l'internet sur de petits terminaux mobiles de poche, en général utilisés pour les communications téléphoniques»¹⁷.

À l'analyse de cette définition, on constate que la notion de commerce mobile repose essentiellement sur deux éléments: d'une part, le terminal mobile, d'autre part, le mode opératoire du commerce mobile ou l'objet de l'opération.

La notion de terminal désigne «un ensemble de périphériques de sortie (écran) et d'entrée (clavier, souris...) constituant l'extrémité d'un réseau»¹⁸. Un téléphone portable est un terminal, car, il est doté d'un écran (périphérique de sortie), d'un clavier muni de touches ayant des fonctions (téléphones portables et PDA tactiles), qui jouent le rôle de souris puisqu'elles permettent de passer d'une appli-

¹⁵ Dans la suite de notre étude, nous citerons en notes les lois belges transposant les textes européens dont nous ferons référence.

¹⁶ En matière de commerce mobile, l'O.C.D.E. joue un rôle de précurseur. Elle a réalisé plusieurs travaux et publié des rapports sur la question.

¹⁷ Réunion ministérielle de l'O.C.D.E. sur le futur de l'économie Internet, «Orientations de l'O.C.D.E. pour les politiques pour la prise en compte des questions de protection et d'autonomisation des consommateurs dans le commerce mobile», Séoul, Corée 17-18 juin 2008, *op. cit.*, p. 2. Pour d'autres définitions, voy. notamment T. VERBIEST et E. WERY, «Commerce électronique par téléphonie mobile (m-commerce): un cadre juridique mal défini», *D.*, 2004, n° 41, pp. 2982-2985.

¹⁸ Voy. «Terminal», in M. ROBINSON, «Dictionnaire des technologies numériques: informatique, télécommunications, réseaux, électronique, multimédia, internet», *op. cit.*, p. 488.

cation à une autre (périphérique d'entrée). Enfin, le téléphone portable constitue l'extrémité d'un réseau. C'est d'un téléphone portable que part une application, une commande, par exemple un appel vocal, un SMS, une requête de connexion, qui transite par les installations de l'opérateur ou du fournisseur, et c'est sur l'écran d'un téléphone portable qu'arrive un SMS ou la réponse à une requête de connexion.

Le terminal mobile peut alors être défini comme un ensemble de périphériques de sortie et d'entrée constituant l'extrémité d'un réseau, auquel il est connecté par un système de connexion sans fil, notamment par ondes hertziennes¹⁹, qui n'impose aucune contrainte de fixité.

Certains appareils qui ne peuvent pas être considérés comme des terminaux mobiles au sens de la définition du commerce mobile de l'O.C.D.E., sont équipés aussi de connexion sans fil. On songe notamment à l'ordinateur portable. Étant donné que celui-ci peut aussi se connecter par câble à un réseau, on ne peut dire que sa vocation première est la mobilité comme le téléphone portable qui n'est pas conçu pour une connexion câblée. En outre, la mobilité des ordinateurs portables se limite aux zones couvertes par un wifi, alors que le réseau hertzien s'étend généralement sur la totalité d'un territoire.

Qu'en est-il du second élément de la définition, à savoir l'objet de l'opération du commerce mobile? En d'autres termes, quelle est l'opération juridique visée par le commerce mobile? Comme l'énonce clairement la définition de l'O.C.D.E., le m-commerce regroupe l'ensemble des transactions commerciales et activités de communication faites au moyen «[...] de messages texte, de messages multimédia, ou de l'internet [...]».

Entrent donc dans le champ du commerce mobile, toutes les activités de communication et opérations commerciales, portant sur tous biens et services, réalisées au moyen de SMS, MMS ou de l'internet à partir d'un terminal mobile utilisé pour la communication, notamment le téléphone portable.

Telle que libellée dans la définition, la liste des moyens de communication se veut exhaustive²⁰. Sont donc exclues du m-commerce, toutes les transactions commerciales et activités de communication réalisées via un terminal mobile, généralement utilisé pour la communication, mais par des moyens autres que le SMS, le MMS et l'internet. De ce fait, une transaction commerciale conclue par communication téléphonique orale entre un prestataire de service et un destinataire ne saurait être du m-commerce.

Ainsi donc, c'est le type de technologie utilisée et le *modus operandi* qui permettent de qualifier une transaction de commerce mobile ou pas.

Outre ces deux aspects, il est important de remarquer que le commerce mobile peut être scindé en deux types. Il y a tout d'abord le m-commerce qui s'opère par le biais d'échanges de SMS ou MMS, via un téléphone portable. Pour ce type de commerce mobile, l'utilisateur n'a nullement besoin d'une connexion à l'internet: la connexion à un réseau de téléphonie suffit. Ensuite, nous avons le commerce mobile qui se fait, sur des pages web ou par des échanges de mails, à travers un téléphone portable connecté à l'internet. Excepté l'outil de connexion, qui en l'espèce est un terminal mobile de poche, ce type de m-commerce est à tout point de vue semblable au commerce électronique traditionnel, via un ordinateur.

¹⁹ Voy. la définition du commerce mobile par l'O.C.D.E.

²⁰ Référence faite à l'expression «au moyen de» suivie de l'énumération des différents moyens de communication.

En ce sens, nous estimons que la définition de l'O.C.D.E. présente une grande qualité en ce qu'elle n'est pas réductrice aux seules transactions commerciales opérées sur l'internet. Cela revêt à notre avis une importance considérable, vu l'ampleur des contrats conclus par SMS²¹ dans les réseaux de communications électroniques.

B. Les expériences de commerce mobile au niveau international

Depuis quelques années, le marché du commerce mobile offre une gamme variée de services qui peuvent se décliner principalement en quatre types: les services financiers mobiles (banque et bourse), les achats mobiles (biens et services), la publicité et le divertissement mobiles (jeux, musiques et actualité) et, enfin, les échanges mobiles (courriers). Ces services ont connu leurs premières expériences au Japon, en Corée du Sud, aux États-Unis et dans certains pays européens, notamment l'Allemagne, les Pays-Bas et la Finlande²².

Au niveau international, l'expansion des différents services offerts par le commerce mobile ne se fait pas de façon intégrale. En fonction du niveau de développement, des réalités et des besoins des populations, ainsi que des oppor-

tunités de marché, nous assistons au développement d'un ou de quelques types de services.

En Europe et dans bon nombre de pays développés, bien que tous les types de services de commerce mobile soient disponibles, ceux qui font l'objet d'un grand intérêt de la part des consommateurs sont les services d'achats et de divertissements mobiles²³. Dans ces pays, les consommateurs utilisent leurs téléphones portables, principalement pour télécharger de la musique, des sonneries, des jeux ou des informations sur l'actualité, pour procéder à des achats ou encore à des fins de géolocalisation.

Dans les pays asiatiques, notamment en Chine, au Japon et en Corée du Sud, les consommateurs ont plutôt de l'inclination pour les services financiers mobiles²⁴.

Par contre, dans les pays émergents et ceux en voie de développement, où la connexion à l'internet par ordinateur est limitée aux grands centres urbains mais le nombre d'utilisateurs de téléphones portables élevé, le commerce mobile constitue une opportunité. Dans la plupart de ces pays, la couverture territoriale des institutions bancaires et financières ainsi que le taux de bancarisation sont faibles. Les services financiers mobiles constituent alors une réponse aux insuffisances du système financier. Ils font l'objet d'un grand intérêt de la part des populations, des acteurs du secteur bancaire et des opérateurs des services de téléphonie.

Ainsi, en Afrique du Sud, au Kenya, en Tanzanie et en Afghanistan, les opérateurs de téléphonie mobile, en association avec les banques ou seuls, ont développé des applications de services financiers mobiles. À des conditions intéressantes, ces services sont accessibles

²¹ Nous songeons ici aux accords par SMS portant sur le téléchargement de musiques, de jeux et d'informations sur l'actualité. Pour des statistiques et plus de détails sur la question, voy. « Les tendances du marché et le développement des services mobiles », in rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (O.C.D.E.), *Le commerce mobile*, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie et le Comité de la politique à l'égard des consommateurs, 2007, *op. cit.*, pp. 11-14, et A. НОПЕТ, « Mineurs et téléphonie mobile », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 244-255.

²² Confère « Les tendances du marché et le développement des services mobiles », in rapport de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (O.C.D.E.), *Le commerce mobile*, Direction de la science, de la technologie et de l'industrie et le Comité de la politique à l'égard des consommateurs, 2007, *op. cit.*, pp. 11-14.

²³ *Ibid.*, p. 14.

²⁴ *Ibid.*, pp. 14-17.

dans toutes les zones couvertes par le réseau de téléphonie mobile.

Au Kenya par exemple, la société de téléphonie *Safaricom* offre à ses clients une gamme de services financiers mobiles, appelée *M-PESA*. Ces services sont accessibles à tous les abonnés *Safaricom*, qu'ils possèdent un compte bancaire ou non²⁵.

Pour activer le service *M-PESA*, le client doit se procurer une carte SIM *M-PESA* dans une agence *Safaricom*, ou auprès des agents *M-PESA* agréés situés à l'intérieur du pays, et se faire enregistrer comme utilisateur *M-PESA*. Une fois enregistré, le client reçoit un SMS de confirmation contenant un code PIN pour l'activation de son compte.

Son compte activé, le client a la possibilité de faire un dépôt d'argent afin de pouvoir effectuer des opérations de transferts et de retraits. Pour ce faire, il se présente chez un agent agréé avec la somme à déposer. En contrepartie, l'agent enverra au client un SMS sous forme d'e-money équivalant à la somme déposée. Le compte crédité, le client pourra transférer ou retirer de l'argent et aussi payer ses factures.

Le transfert d'argent peut être effectué vers toute personne détentrice de téléphone portable, affiliée au réseau *Safaricom* ou non. Pour envoyer de l'argent, l'utilisateur sélectionne *M-PESA* dans le menu de son téléphone portable, choisit l'option «envoi d'argent» et inscrit le numéro du bénéficiaire et la somme à transférer, puis valide l'opération. Quelques instants après, un SMS de confirmation de la transaction lui parviendra sur son téléphone portable. Le bénéficiaire recevra le transfert sous forme de SMS avec lequel il peut retirer

la somme reçue auprès d'un agent agréé. Si le bénéficiaire du transfert est un client *M-PESA*, l'agent agréé à l'aide du code du bénéficiaire vérifie l'existence du montant et procède selon la volonté du client au paiement ou non. En revanche, si le bénéficiaire n'est pas un abonné *M-PESA* ou n'appartient pas au réseau *Safaricom*, le SMS de transfert contiendra un code de 4 chiffres qu'il devra communiquer à l'agent agréé ainsi que son identité et numéro de téléphone. L'agent entre le code dans son appareil et reçoit en même temps que le bénéficiaire un SMS de confirmation du transfert. Il procède ensuite au paiement.

Pour les bénéficiaires du service *M-PESA*, il y a aussi la possibilité d'effectuer des retraits d'argent au moyen de distributeurs automatiques se trouvant dans les bureaux des agents agréés. À cet effet, ils doivent choisir dans le menu l'option «retrait distributeur automatique», introduire le code de l'agence où se trouve le guichet. Le système leur envoie par SMS un code de 6 chiffres qui sera introduit sur le clavier du distributeur, suivi du numéro de téléphone et du montant qu'il souhaite retirer.

Enfin, le client qui a souscrit à *M-PESA* peut payer ses factures auprès de sociétés partenaires de *Safaricom*²⁶. Comme pour le transfert d'argent, le client choisit l'option «payer une facture», entre le numéro de référence de la société, le numéro de compte de la facture, et le montant à payer, qui doit être compris entre 11,30 et 4 000 euros, et valide l'opération avec son code PIN *M-PESA*²⁷.

Pour la majorité de ces opérations, les frais varient entre 0 et 30% du montant²⁸.

Les statistiques sont révélatrices de la puissance de pénétration des services financiers

²⁵ Même si notre étude ne traite pas du paiement électronique, ni du m-paiement, l'originalité des services financiers mobiles, *M-PESA*, offerts par *Safaricom* au Kenya, et similaires à ceux de l'Afrique du Sud, de la Tanzanie et de l'Afghanistan, mérite une présentation.

²⁶ Voy. <http://www.safaricom.co.ke/index.php?id=992>.

²⁷ Voy. <http://www.safaricom.co.ke/index.php?id=745>.

²⁸ Voy. *M-PESA Tariff* sur: <http://www.safaricom.co.ke/index.php?id=745>.

mobiles. Au Kenya où moins de 4 millions de personnes ont un compte bancaire, le service de porte monnaie mobile, *M-PESA*, a attiré un million d'abonnés en l'espace de 10 mois²⁹. Aux Philippines, près de 5,5 millions de clients bénéficient de services financiers mobiles équivalant à des transactions bancaires de faible montant³⁰.

Afin de combler les insuffisances de leurs politiques financières et bancaires, ainsi que pour développer la micro-finance, nombre de pays émergents et pauvres ont fait du développement des services financiers mobiles une priorité³¹.

Notons que si les avantages sont évidents pour les clients qui ne disposent que du téléphone portable, ceux des banques sont également importants car l'automatisation des opérations réduit leurs coûts de traitements, qui sont inférieurs à ceux des opérations traditionnelles impliquant plus de ressources humaines.

C. Cadre juridique du commerce mobile au niveau européen

Il convient de vérifier au préalable si, conformément au droit européen, le commerce mobile est un mode de commerce électronique.

En l'absence d'une définition donnée par le législateur européen, on peut considérer

que le commerce électronique vise «[...] les services donnant lieu à la conclusion de contrat en ligne pour l'obtention d'un bien ou d'une prestation de service, mais également une diversité de services qui ne sont pas nécessairement rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels les services consistant à fournir des informations en ligne, des publicités, des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, ou encore des services consistant à transmettre des données par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un tel réseau ou à assurer l'hébergement de données»³². Il apparaît que le commerce électronique est un concept englobant un large registre d'activités se déroulant sur les réseaux³³, quel que soit l'outil utilisé pour y accéder (ordinateur fixe ou portable, téléphone portable). De ce fait, le m-commerce qui est l'utilisation de SMS, MMS ou de l'internet sur de petits terminaux mobiles de poche, notamment le téléphone portable, est un mode de commerce électronique.

Une lecture conjointe du champ d'application de la directive sur le commerce électronique et de la définition du commerce mobile nous permet de déterminer le cadre juridique européen du commerce mobile.

L'objectif de la directive sur le commerce électronique est d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres³⁴. Un service de la société

²⁹ Voy. note focus de la *Consultative Group to Assist the Poor* (CGAP) «Réguler la banque à distance transformationnelle/Comment la téléphonie mobile et d'autres innovations technologiques facilitent l'accès aux services financiers», n° 43, janvier 2008, p. 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 1.

³¹ Pour les pays de l'Amérique latine, voy. Briefing note 1 de la *Bankable Frontier Associates* «How enabling is the Latin America environment for mobile money», août 2009 disponible sur <http://www.bankablefrontier.com/assets/la-mobile-money.pdf>, et Z. NTOZINLE JOBOD-WANA, «E-commerce and mobile-commerce in South Africa: Regulatory challenges», in *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 4, Issue 4, 2009, pour l'Afrique du Sud, disponible sur <http://www.jiclt.com/index.php/jiclt/article/view/93/92>.

³² E. MONTERO, «Droit du commerce électronique», in *Chronique de jurisprudence 2002-2008, R.D.T.I.*, n° 35/2009, p. 11. Voy. aussi la définition de l'article 14 de la loi française n° 2004-575 du 21 janvier 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la directive sur le commerce électronique, disponible sur: www.legifrance.gouv.fr.

³³ On songe ici aux différents réseaux informatiques inter-entreprises, notamment à l'*Electronic Data Interchange* (EDI).

³⁴ Article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique.

de l'information est défini comme « [...] tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services... »³⁵. Cette définition fait ressortir quatre expressions importantes : « prestation à distance », « rémunération », « par voie électronique » et « à la demande individuelle ».

Le consommateur n'étant en contact avec le prestataire que par l'intermédiaire de son téléphone portable connecté à un réseau, le commerce mobile est un service presté à distance³⁶. Les deux parties ne sont pas en présence et le contrat se forme grâce à des échanges électroniques, SMS, MMS ou pages web, qui sont des moyens de communication à distance. Toutefois, imaginons l'hypothèse d'un consommateur qui, présent dans un magasin, choisit un produit et décide de payer via son téléphone portable. En l'espèce, il n'y a eu ni choix, ni commande électronique, seul le paiement a été fait via le téléphone portable. Il s'agit donc d'un m-paiement. Le paiement en tant que service est presté à travers un moyen de communication à distance, le téléphone portable. Même si les deux cocontractants sont en présence, le paiement n'a pas été manuel (main à main). Il s'est effectué à travers un

moyen électronique, d'un téléphone portable vers un autre terminal.

Ensuite, la rémunération s'entend ici de toute forme de rétribution faite au prestataire de service par le consommateur ou par une tierce personne³⁷. Cette rémunération peut par exemple être faite par les annonceurs publicitaires, notamment dans le cas des services qui fournissent des informations en ligne ou qui fournissent des outils de recherche. Dans le m-commerce, la rémunération de la prestation peut se faire principalement sous deux formes : par des annonces publicitaires, généralement, quand la transaction a lieu sur un site internet, et par le système des SMS ou MMS surtaxés. Dans ce dernier cas de figure, chaque SMS ou MMS envoyé (et parfois reçu) par le consommateur lui est facturé (ou la somme due est débitée de sa carte prépayée), selon un tarif souvent très supérieur au tarif normal.

En outre, l'expression « par voie électronique » désigne tout service exclusivement « envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques³⁸ ». Dans le m-commerce, le service est envoyé de l'équipement du prestataire vers le téléphone portable du consommateur, par ondes radio qui constituent un

³⁵ Article 2, a, de la directive sur le commerce électronique qui renvoie à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, telle que modifiée par la directive 98/48/CE. Voy. en droit belge l'article 2, 1^o, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après LSSI), *M.B.*, 17 mars 2003.

³⁶ Voy. la définition de « à distance » à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/48 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.C.E.*, n° L217 du 5 août 1998, pp. 18-26.

³⁷ Voy. considérant 18 de la directive sur le commerce électronique.

³⁸ Voy. la définition de « par voie électronique » à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/48 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, *op. cit.* Cette conception est également retenue au niveau belge pour la définition du service de la société de l'information. Voy. à cet effet, l'article 2, 1^o, de la LSSI, ainsi que le commentaire de l'article 2, 1^o, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, Documents parlementaires, Chambre des représentants, session ordinaire 2002-2003, n° 2100/1, pp. 13 et s.

moyen électromagnétique de stockage et de transmission de données. Le commerce mobile emprunte dès lors la voie électronique au sens du droit européen.

Enfin, dans le commerce mobile, la prestation se fait aussi à la demande individuelle du destinataire³⁹. L'initiative d'entrer en relation avec un prestataire vient du consommateur qui, en fonction de ses besoins, se connecte à l'internet, va sur un site, pour passer une commande ou consulter une information. Même pour les contrats par SMS ou MMS, la demande peut être qualifiée d'individuelle car c'est le consommateur qui demande à être informé ou à recevoir un genre précis d'offres de produits et de services par SMS. Par le canal des SMS, le consommateur peut prendre l'initiative, par exemple, de commander auprès d'un fournisseur de contenu des sonneries, jeux, musiques, vidéos, informations touristiques etc.⁴⁰

Il nous apparaît donc que le m-commerce est une forme de commerce électronique et constitue un service de la société de l'information au sens de la directive sur le commerce électronique. Étant donné que la directive sur le commerce électronique s'applique à tous les services de la société de l'information, elle a également vocation à régir le commerce mobile.

Au demeurant, le commerce mobile ressortit au domaine d'application d'autres textes européens régissant certains types de contrats ou protégeant les consommateurs.

Les transactions commerciales via le m-commerce sont également des contrats à distance impliquant l'utilisation des télé-

phones portables, qui sont des moyens de communication à distance. Par conséquent, elles relèvent de la directive sur les contrats à distance⁴¹ et de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs⁴².

Le commerce mobile B2C est en outre régi par la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs⁴³. Cette directive vise toutes les pratiques commerciales impliquant un consommateur, indif-

⁴¹ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (« directive sur les contrats à distance »), *J.O.C.E.*, n° L144 du 4 juin 1997, pp. 19-27, telle que modifiée par la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24. La directive sur les contrats à distance vise à son article 2, § 1^{er}, « tout contrat concernant des biens ou des services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ». En droit belge, le « contrat à distance » est défini par l'article 2, 21° de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, abrogeant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, disponible dans le *M.B.* du 12 avril 2010.

⁴² Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, *op. cit.*

⁴³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, n° L149 du 11 juin 2005, pp. 22-39.

³⁹ Voy. le considérant 18 de la directive sur le commerce électronique et l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/48, *op. cit.*, qui définit « demande individuelle ».

⁴⁰ Voy. à ce propos A. NOTTET, « Mineurs et téléphonie mobile », *op. cit.*, pp. 244-246.

féremment des procédures utilisées pour la conclusion du contrat⁴⁴.

À l'instar du commerce électronique classique, le traitement des données à caractère personnel des consommateurs collectées, par les prestataires de services ou fournisseurs dans le cadre de leur activité, sera régi par les directives «vie privée⁴⁵» et «vie privée et communications électroniques⁴⁶».

Enfin, utilisant des infrastructures de communications électroniques, le m-commerce est soumis essentiellement, en ce qui concerne les prestataires des services de téléphonie, à la directive sur le cadre juridique des communications électroniques⁴⁷. Les règles de cette directive porteront uniquement sur les réseaux et infrastructures qui permettent les échanges en matière de m-commerce et non sur le contenu des échanges qui s'y effectuent⁴⁸.

D'autres textes européens s'appliquent accessoirement au m-commerce. Afin de rester dans les limites de notre sujet, nos propos et réflexions porteront uniquement sur la directive sur le commerce électronique.

II. (IN)ADÉQUATION DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET COMMERCE MOBILE

Une fois défini le cadre juridique du commerce mobile, on peut se demander si la directive sur le commerce électronique est bien adaptée à celui-ci.

Notre examen de la question se fera sous un double angle. Nous tâcherons de dégager les objectifs qui ont guidé le législateur, ainsi que l'approche utilisée dans l'élaboration de la directive (A), avant de tester la prétendue neutralité technologique de cette dernière au regard du commerce mobile (B).

A. Les objectifs affichés et l'approche du législateur

Une lecture attentive des travaux préparatoires⁴⁹ et de la directive sur le commerce électronique permet de découvrir les objectifs poursuivis par le législateur européen et les méthodes utilisées pour les atteindre.

En élaborant la directive sur le commerce électronique, le législateur poursuivait essentiellement deux objectifs: d'une part, promouvoir les services de la société de l'information, par la suppression des obstacles de nature à rendre

⁴⁴ Article 1^{er} de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

⁴⁵ 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° L281 du 23 novembre 1995, pp. 31-50. En droit belge, voy. article 1^{er} de la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

⁴⁶ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant les données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, («directive vie privée et communications électroniques»), *J.O.C.E.*, n° L201 du 31 juillet 2001, pp. 37-47, telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *J.O.U.E.*, n° L337 du 18 décembre 2009, pp. 11-36.

⁴⁷ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques («directive cadre»), *J.O.C.E.*, n° L108 du 24 avril 2002, pp. 33-50, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *J.O.U.E.*, n° L337 du 18 décembre 2009, pp. 37-69.

⁴⁸ Considérant 2 de la directive cadre.

⁴⁹ Les travaux préparatoires ont commencé avec la communication de la Commission du 16 avril 1997 intitulée «une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique», COM(97) 157 final, pour s'achever le 29 février 2000 avec la position commune SEC(2000) 386 final, du Conseil concernant la proposition de directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»).

moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et la libre prestation des services⁵⁰, d'autre part, assurer le bon fonctionnement du marché intérieur.

Assurer le bon fonctionnement du marché intérieur constitue l'objectif principal du législateur, tel que mentionné dans le commentaire de l'article 1^{er}: «cet article clarifie l'objectif principal, qui est d'assurer que, après l'entrée en vigueur de la directive, les services de la société de l'information pourront bénéficier pleinement, sauf dérogation, de la libre prestation des services entre États membres⁵¹».

Pour atteindre ces objectifs, le législateur européen entend créer un environnement de sécurité et de confiance en mettant en place un cadre juridique général, clair et souple, couvrant tous les services de la société de l'information⁵². Plutôt que de prévoir une réglementation détaillée, la directive se borne à poser quelques grands principes en matière de commerce électronique⁵³.

Cette approche du législateur peut se justifier par deux éléments principaux. Le premier est le souci d'élaborer un cadre général qui répond aux deux grands principes législatifs européens que sont les principes de proportionnalité et

de subsidiarité⁵⁴. En ne traitant que des grands principes, à travers une directive, le législateur européen, se conformant au principe de proportionnalité, ne réglemente que les aspects du commerce électronique nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur⁵⁵. Il respecte aussi le principe de subsidiarité en assurant une coordination à travers l'établissement des grands principes en matière de commerce électronique. Les réglementations étatiques souvent divergentes ne sont pas en mesure d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur⁵⁶.

Ensuite, il y a le fait que l'objet sur lequel porte la réglementation est très dépendant de la technologie. Aussi, vu son caractère naissant⁵⁷ au début des années 2000, toute réglementation tatillonne sur le commerce électronique pouvait soit constituer un frein à son développement et à l'innovation dans le secteur, soit être vite dépassée à cause de l'évolution de la technologie.

⁵⁰ Voy. considérant 5 de la directive sur le commerce électronique. Ces principes sont repris dans le chapitre 2 (articles 4 à 6) de la LSSI.

⁵¹ Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques de commerce électronique dans le marché intérieur, «directive sur le commerce électronique», *op. cit.*, COM(1998) 586 final, p. 20. Notons que, outre dans les travaux préparatoires, COM(1998) 586 final, pp. 6, 20, l'objectif du législateur est énoncé dans les considérants 1, 3, 4, 7, 10, et à l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique.

⁵² Voy. considérant 7 de la directive sur le commerce électronique.

⁵³ Voy. proposition de directive COM(1998) 586 du 18 novembre 1998, pp. 15-19.

⁵⁴ Voy. l'article 5 de la version consolidée du traité sur l'Union européenne.

⁵⁵ Le considérant 10 de la directive sur le commerce électronique mentionne que «Conformément au principe de proportionnalité, les mesures prévues par la présente directive se limitent strictement au minimum requis pour atteindre l'objectif du bon fonctionnement du marché intérieur».

⁵⁶ À ce propos, le considérant 6 de la directive sur le commerce électronique, évoquant les législations nationales, énonce qu'«il convient au regard des objectifs communautaires, des articles 43 et 49 du traité et du droit communautaire dérivé, de supprimer ces obstacles par une coordination des législations nationales et par une clarification au niveau communautaire de certains concepts juridiques, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. La présente directive en ne traitant que certaines questions spécifiques qui soulèvent des problèmes pour le marché intérieur, est pleinement cohérente avec la nécessité de respecter le principe de subsidiarité tel qu'énoncé à l'article 5 du traité».

⁵⁷ Voy. proposition de directive COM(1998) 586 du 18 novembre 1998, pp. 17-18.

Notons que, selon le rapport d'évaluation de la directive sur le commerce électronique, de 2003⁵⁸, les objectifs du législateur sont atteints. Ce rapport énonce que la directive garantit le bon fonctionnement du marché intérieur⁵⁹.

B. La neutralité technologique de la directive sur le commerce électronique face au commerce mobile

Le concept de neutralité technologique est né des travaux préparatoires de loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁶⁰. Cette neutralité peut se définir comme la caractéristique d'une réglementation ou d'une loi à ne pas privilégier l'utilisation d'une technologie, susceptible de créer, communiquer ou stocker électroniquement l'information, au détriment d'une autre⁶¹. La réglementation doit donner à toutes les techniques la même reconnaissance juridique en s'appuyant sur les conditions et fonctions des faits générés par ces technologies⁶².

Au niveau européen, la volonté de mettre en place un cadre juridique évolutif, s'adaptant au développement dans le secteur, s'est traduite dans la directive, par l'absence de référence à une technologie spécifique de commerce électronique.

Pendant, rappelons que cette approche de neutralité technologique, le législateur l'a élaborée à une époque où la technologie existante pour faire le commerce électronique était l'ordinateur fixe connecté à un réseau, principalement l'internet⁶³.

Dans les travaux préparatoires de la directive, le législateur fait usage d'expressions assez évocatrices de son idée du commerce électronique en ce temps: « site », « lien hypertexte vers un site web », « adresse e-mail »⁶⁴, « droit au site »⁶⁵ et « courrier électronique »⁶⁶.

Aussi, en se référant au considérant 18 de la directive sur le commerce électronique⁶⁷, il semble que dans l'idée du législateur, les services de la société de l'information sont exclusivement ceux fournis « en ligne » ou sur l'internet⁶⁸, ce qui exclut *a priori* des services de la société de l'information les contrats fournis hors de l'internet, notamment les contrats conclus par SMS ou MMS.

⁵⁸ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, « premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), du 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:FR:PDF>. Prévu pour être biennal à partir de 2003, notons qu'à la date d'aujourd'hui, seul le rapport de 2003 a été produit par la Commission.

⁵⁹ Cfr. rapport d'évaluation de 2003 de la directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁰ Disponibles sur <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

⁶¹ Voy. article 1^{er} de la loi type CNUDCI sur le commerce électronique.

⁶² Voy. notamment E. CAPRIOLI, « Droit commerce électronique international: les textes fondateurs de la CNUDCI », in *Les enjeux juridiques du développement des technologies de l'information et de la communication: état des lieux et perspectives*, Colloque francophone régional, 18-19 novembre 2009, disponible sur <http://www.maisondu droit.org/download/Actes/F06%20-%20Intervention%20de%20M.%20Caprioli.pdf>.

⁶³ Nous faisons référence à l'utilisation du mot « internet » dans des considérants, notamment 2 et 32, de la directive.

⁶⁴ Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques de commerce électronique dans le marché intérieur, « directive sur le commerce électronique », *op. cit.*, COM(1998) 586 final, p. 22.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁷ Selon le considérant 18, « les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister en particulier à vendre des biens en ligne ».

⁶⁸ En ce sens, voy. M. LEDGER et V. WILLEMS, « Un marché pan-européen des services à revenus partagés: entre réalité et fiction », *R.D.T.I.*, n° 23/2005, p. 12.

L'influence de la technologie de l'époque sur la directive sur le commerce électronique se rencontre aussi lorsque l'on revisite les dispositions sur la responsabilité des prestataires intermédiaires⁶⁹. Ce régime de responsabilité, quoique applicable à l'univers Web interactif actuel, où l'utilisateur contribue largement aux contenus, nous paraît fortement inspiré de l'environnement numérique et de l'activité des prestataires intermédiaires des années 2000⁷⁰.

Concrètement, qu'en est-il donc de cette neutralité technologique de la directive ? Est-elle effective ou apparente ?

1. La neutralité technologique du champ d'application et des concepts utilisés

La définition de la notion de service de la société de l'information, qui détermine le champ d'application de la directive sur le commerce électronique, est large et recouvre le m-commerce. Elle se limite à énumérer les types de services de la société de l'information et non les technologies à utiliser pour en bénéficier. Cette définition est d'ailleurs pour nous une belle matérialisation de l'approche adoptée par le législateur durant l'élaboration de la directive pour atteindre ses objectifs.

Partant, la directive sur le commerce électronique est un cadre juridique neutre technologiquement, en tout cas pour ce qui concerne son champ d'application.

Penchons-nous maintenant sur la notion de courrier électronique. Évoqué⁷¹ dans la directive, le courrier électronique n'y est pourtant pas défini. À notre avis, il y a lieu de comprendre cette notion au sens de la directive «vie privée et communications électroniques», qui le définit comme «tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère»⁷². De cette définition, il ressort qu'outre l'e-mail, le courrier électronique peut être un SMS, un MMS ou un message vocal laissé sur un téléphone portable⁷³.

Les autres notions utilisées par la directive que sont «le prestataire», «le destinataire du service» et «le consommateur», se rapportent à des personnes, des qualités et non aux technologies utilisées pour faire le commerce électronique. Elles sont de ce fait technologiquement neutres⁷⁴.

Par conséquent, on peut dire que la directive sur le commerce électronique est technologiquement neutre quant à son champ d'application et aux concepts utilisés.

⁶⁹ Articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique. Voy. également les articles 18 à 20 de la LSSI, portant responsabilité des prestataires intermédiaires en Belgique.

⁷⁰ Pour une riche idée des responsabilités dans l'univers Web actuel, voy. E. MONTERO, «Les responsabilités liées au Web 2.0», *R.D.T.I.*, n° 32/2008, pp. 361-386, et Z. KARAMBIRI, «Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs», *R.D.T.I.*, n° 36/2009, pp. 29-61.

⁷¹ Notamment, dans les considérants 30 et 31 ainsi qu'à l'article 7 de la directive sur le commerce électronique.

⁷² Article 2, h, de la directive «vie privée et communications électroniques», repris dans la législation belge à l'article 2 de la LSSI.

⁷³ Pour une étude détaillée, *cfr.* E. MONTERO, «La publicité sur l'internet: principes juridiques et applications», in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 30, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 30-31.

⁷⁴ L'outil par lequel le consommateur accède au service de la société de l'information et les moyens qu'il utilise pour la passation de commande n'ont aucune influence sur sa qualité de destinataire du service. Il en est de même de la qualité de prestataire de service qui est liée au fait d'offrir un service, et non à la technologie utilisée par le destinataire pour accéder au service.

2. La neutralité technologique quant au fond

Il convient également d'apprécier la neutralité technologique de la directive à travers l'application au m-commerce de certaines de ses prescriptions de fond.

a. Les communications commerciales

Définies comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée... »⁷⁵, les communications commerciales abondent dans le m-commerce.

Dans le commerce mobile, les communications commerciales peuvent revêtir deux formes : d'une part, celle d'un courrier électronique ou d'une page web envoyé sur un téléphone portable connecté à l'internet, d'autre part, celle d'un SMS ou MMS lorsque le m-commerce ne se déroule pas sur l'internet. À l'instar de ce qui se passe dans le commerce électronique classique, le commerce mobile est un secteur où les prestataires pratiquent aussi l'envoi massif et souvent répété de courriers électroniques non sollicités, communément appelés *spamming*⁷⁶, afin d'attirer l'attention des consommateurs sur les biens et services qu'ils offrent⁷⁷.

L'envoi des communications commerciales nécessitant un numéro de téléphone ou une adresse mail, notons que, si ces données peuvent être collectées de façon légale, directement auprès du consommateur ou indirectement sur des sites web, elles sont le plus souvent obtenues illégalement à travers l'utilisation de *cookies* ou l'achat de fichiers d'adresses ou de numéros téléphoniques. Impliquant donc des données et informations à caractère personnel, il faut rechercher dans les directives « vie privée » et « vie privée et communications électroniques » les règles s'appliquant aux communications commerciales. Cette démarche est d'ailleurs préconisée par l'article 7, § 2, de la directive, qui fait référence aux directives 97/7/CE⁷⁸ et 97/66/CE⁷⁹.

Conformément à la directive « vie privée et communications électroniques », « l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable »⁸⁰. C'est le principe de « l'*opt-in* ».

Les prestataires ne peuvent donc envoyer des communications commerciales que si les destinataires ont préalablement consenti à les recevoir. L'article 13, § 1^{er}, de la directive « vie privée et communications électroniques » abroge l'article 7, § 2, de la directive sur le commerce électronique, qui prévoyait que « les prestataires

⁷⁵ Article 2, f, de la directive sur le commerce électronique. Dans la législation belge, l'expression « publicité » est employée comme synonyme de « communications commerciales », voy. articles 2, 7^o de la LSSI et 2, 19^o de la loi relative aux pratiques du marché et la protection du consommateur.

⁷⁶ L'article 7 de la directive sur le commerce électronique traite de cette question. En Belgique, l'article 14 de la LSSI est la source du régime des courriers électroniques non sollicités.

⁷⁷ Ces messages occupent de l'espace de stockage sur les ordinateurs et téléphones portables, du temps de connexion, de la bande passante et donc de l'argent.

⁷⁸ Directive sur les contrats à distance.

⁷⁹ Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, abrogée par la directive vie privée et communications électroniques.

⁸⁰ Article 13, § 1^{er}, de la directive vie privée et communications électroniques. Pour la législation belge, confr. article 100 de la loi relative aux pratiques du marché et la protection du consommateur.

qui envoient par courrier électronique des communications commerciales non sollicitées consultent régulièrement les registres "opt-out" dans lesquels les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir ce type de communication peuvent s'inscrire, et respectent le souhait de ces dernières».

Toutefois, lorsque dans le respect de la directive «vie privée» le prestataire, lors d'une vente, obtient directement de ses clients les coordonnées électroniques en vue d'envoyer des courriers électroniques, il peut les exploiter pour des communications commerciales relatives à des biens ou services analogues, à condition «que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation»⁸¹. C'est le principe du «soft opt-in». Il n'est donc pas permis au prestataire de transmettre ces coordonnées électroniques à des tiers ou de faire la publicité pour d'autres biens ou services sans le consentement préalable du client. Lorsque le client marque son accord pour l'utilisation de ses coordonnées électroniques par un tiers, ce dernier doit lors de l'envoi des communications commerciales, offrir les moyens de s'opposer à leur réception à l'avenir.

L'article 6, a, de la directive sur le commerce électronique prescrit, en outre, que les communications commerciales doivent être clairement identifiables comme telles⁸². Cette obligation doit permettre au consommateur

de savoir qu'il a affaire à une communication commerciale et de décider d'en prendre connaissance ou non. À cet effet, les communications commerciales, reçues sous forme de mail, SMS ou MMS, doivent être sans équivoque et présenter un caractère promotionnel. À défaut, elles doivent contenir une mention du type «Publicité», «annonce publicitaire», «offre commerciale», informant ainsi le consommateur de leur nature⁸³. En plus, la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable⁸⁴. Les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes, les cadeaux, de même que les concours ou jeux promotionnels, lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où est établi le prestataire, doivent être clairement identifiables comme tels, et les conditions pour en bénéficier ou y participer aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque⁸⁵.

Du respect de cette obligation d'informer naît la problématique de l'envoi et de l'affichage des informations d'une façon claire, précise et non équivoque sur les terminaux mobiles. Si le problème ne se pose pas en ce qui concerne les PDA et smartphones, lorsque le contrat se conclut sur l'internet, du fait de leurs écrans assez grands, la situation est différente, quand il s'agit, d'une part, des premières générations de téléphones portables, qui ont de petits écrans, d'autre part, de l'envoi par SMS ou MMS des informations sur tout type de téléphone portable.

C'est le lieu de rappeler l'immense utilisation des SMS, depuis quelques années, par les prestataires de services, pour intéresser les

⁸¹ Article 13, § 2, de la directive vie privée et communications électroniques. En ce qui concerne le droit belge, voy. l'article 14 de la LSSI et l'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, *M.B.*, 28 mai 2003.

⁸² Voy. la transposition de cette disposition en droit belge à l'article 13, 1°, de la LSSI.

⁸³ Voy. E. MONTERO, «La publicité sur l'internet: principes juridiques et applications», *op. cit.*, pp. 26-27.

⁸⁴ Article 6, b) de la directive sur le commerce électronique, qui correspond à l'article 13, 2°, de la LSSI.

⁸⁵ Article 6, c) et d) de la directive sur le commerce électronique, repris par l'article 13, 3° de la LSSI.

consommateurs. Force est de constater que bon nombre de ces communications commerciales, par le biais de la téléphonie mobile, ne respectent pas toujours les exigences prescrites⁸⁶.

b. La passation d'une commande

Les articles 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique⁸⁷ traitent des informations à fournir lors du processus contractuel, pour lesquelles ils prévoient des exclusions selon la qualité des parties⁸⁸ et les moyens à l'aide desquels les échanges ont lieu.

Quelles sont les incidences de ces règles sur le m-commerce ?

Aux termes de l'article 10, § 4, le prestataire de services, dans le cas «...des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes», est dispensé de fournir certaines informations au consommateur avant qu'il ne passe commande. Cette dérogation porte sur l'obligation d'informer le consommateur, d'une part, sur les langues proposées et les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, les moyens techniques d'identification et de correction des erreurs, l'archivage ou non du contrat, ainsi que les possibilités d'accès aux archives⁸⁹, d'autre part, sur les éventuels codes de conduite perti-

nents et les modalités de leur consultation par voie électronique⁹⁰.

Suivant l'article 11, § 3, dans les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes, le prestataire n'a pas l'obligation d'accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique. Par ailleurs, il n'est pas tenu de mettre à la disposition du destinataire des moyens techniques efficaces, appropriés et accessibles, permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger avant passation de la commande.

Les exclusions des articles 10, § 4, et 11, § 3, peuvent donner lieu à plusieurs interprétations. À notre avis, elles visent les cas où tout le processus contractuel se déroule par le biais de courriers électroniques ou de communications individuelles équivalentes. La notion de communications individuelles doit, ici, être comprise comme des communications spécifiques faites d'individu à individu, c'est-à-dire «one to one» et non «one to many». Le considérant 39 de la directive confirme cette interprétation en affirmant que «Les exceptions aux dispositions relatives aux contrats passés exclusivement au moyen du courrier électronique ou au moyen de communications individuelles équivalentes prévues dans la directive, en ce qui concerne les informations à fournir et la passation d'une commande, ne sauraient avoir comme conséquence de permettre le contournement de ces dispositions par les prestataires de services de la société de l'information». Ainsi donc, les contrats dont le processus de conclusion implique à la fois des échanges de courriers électroniques et des pages web («one

⁸⁶ Pour plus de détails sur les pratiques commerciales déloyales via la téléphonie mobile, voy. A. NOTTET, «Mineurs et téléphonie mobile», *op. cit.*, pp. 249-250; I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, «Les conditions générales en ligne: chercher l'intrus», *R.D.T.I.*, 36/2009, p. 14.

⁸⁷ Ces dispositions sont transposées en droit belge à l'article 46 de la loi relative aux pratiques de marché et à la protection du consommateur et aux articles 7 à 11 de la LSSI.

⁸⁸ Traitant uniquement du B2C, nous n'envisagerons pas les exclusions prévues pour les contrats B2B.

⁸⁹ Article 10, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique. Pour le droit belge, voy. article 11, § 2, de la LSSI.

⁹⁰ Article 10, § 2, de la directive sur le commerce électronique. Concernant le droit belge, voy. l'article 11, § 2, de la LSSI.

to many»), ne sauraient bénéficier des exceptions prévues aux articles 10 et 11.

Les exceptions ne concernent pas non plus les situations où les annonces de contrats par SMS ont lieu sur un site Web, dans une publicité télévisuelle ou à la radio, comme cela se fait fréquemment⁹¹, ces annonces étant du «one to many». Un prestataire de m-commerce ne peut donc se soustraire à l'obligation de fournir toutes les informations requises si le contrat n'a pas été exclusivement conclu au moyen de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes⁹². Les articles 10, § 4, et 11, § 3, visent à ne pas imposer une obligation d'information sur des aspects et des modalités du contrat qui ont sûrement été convenus entre les parties, lors des échanges des communications individuelles.

Ainsi, dans une procédure de passation de commande en m-commerce, le prestataire doit satisfaire à l'obligation générale d'information que lui impose l'article 5 de la directive sur le commerce électronique. À cet effet, il est tenu de rendre un accès facile, direct et permanent pour les destinataires du service et les autorités compétentes, aux informations relatives à son identité, son adresse géographique, ses coordonnées, son numéro d'immatriculation et le registre dans lequel il est inscrit, l'autorité de surveillance compétente dans le cas où son activité est soumise à un régime d'autorisation. Au titre du même article, le prestataire doit, dans l'hypothèse où il exerce une profession réglementée, donner des informations sur

l'ordre professionnel ou organisme similaire auquel il est affilié, son titre professionnel et l'État membre dans lequel il l'a obtenu, et les règles professionnelles applicables et les moyens pour y avoir accès. Enfin, le prestataire doit communiquer son numéro d'identification si son activité est soumise à la T.V.A. S'il mentionne des prix, cela doit être fait de manière claire et non ambiguë, avec la précision si les taxes et frais de livraison sont inclus ou non.

Ensuite, le prestataire doit fournir certaines informations au consommateur avant la passation de commande conformément à l'article 10, en fonction du processus de conclusion du m-commerce. Si le contrat est conclu exclusivement par échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes (mails, SMS, MMS), les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être de manière à permettre leur conservation et reproduction⁹³. À l'inverse, en plus des informations fournies dans un contrat de m-commerce exclusivement conclu par le biais de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes, le prestataire doit fournir au destinataire, de manière claire, compréhensible et non équivoque, les informations prescrites à l'article 10, §§ 1^{er} à 3^{es}.

Après la passation de la commande, le prestataire doit accuser réception sans délai injustifié par voie électronique, mettre à la disposition du destinataire des moyens techniques appro-

⁹¹ A. NOTTET, «Mineurs et téléphonie mobile», *op. cit.*, p. 250.

⁹² Voy. M. DEMOULIN, «Information et transparence sur les réseaux», in *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 128-129, et A. NOTTET, «Mineurs et téléphonie mobile», *op. cit.*, p. 250.

⁹³ Article 10, § 4, de la directive sur le commerce électronique.

⁹⁴ Voy. *supra*, p. 15. Ces informations sont relatives aux langues proposées et différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, aux moyens techniques d'identification et de correction des erreurs, à l'archivage ou non du contrat, ainsi qu'à la possibilité d'accès aux archives, et, enfin aux éventuels codes de conduite pertinents et comment les consulter par voie électronique.

priés, efficaces et accessibles, pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données de la commande, sauf si le contrat de m-commerce a été conclu exclusivement par le biais de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes⁹⁵.

Constatons au passage que la directive sur le commerce électronique n'évoque pas la nature du moyen de communication par lequel les informations doivent être fournies. Ce silence laisse croire que l'obligation générale d'information peut être accomplie par tout moyen de communication. À défaut d'être celui utilisé pour passer commande, tout moyen alternatif de communication des informations doit respecter l'article 4, § 2, de la directive sur les contrats à distance⁹⁶.

L'article 5 de la directive sur le commerce électronique mentionne que le prestataire doit permettre un accès facile, direct et permanent aux informations. Quand dit-on que le moyen alternatif de communication est adapté à la technique de communication utilisée pour la conclusion du contrat? Les informations fournies par tout autre moyen de communication que celui utilisé par le consommateur seront-elles considérées d'accès facile, direct et permanent par un juge⁹⁷? La mention dans un SMS ou MMS de l'adresse d'un site où se trouvent les informations, suffit-elle, surtout si le consommateur n'a à sa portée que son terminal de poche?

En sus de ces obligations d'information de la directive sur le commerce électronique, il y a celles prévues par la directive sur les contrats à distance⁹⁸. En partie identiques à celles requises par la directive sur le commerce électronique, ces informations doivent aussi être fournies avant la conclusion du contrat et confirmées après.

Tout d'abord, il y a les informations préalables prévues par l'article 4, § 1^{er}⁹⁹. Indépendamment de celles relatives à l'identité et à l'adresse du fournisseur, cet article impose des informations sur les caractéristiques, la qualité du bien ou service objet du contrat, les modalités de paiement et de livraison, le prix et sa durée de validité, l'existence d'un droit de rétractation, et enfin la durée du contrat s'il porte sur une fourniture périodique ou durable de biens ou de services. Ayant pour but d'éclairer au mieux le consommateur sur la nature et la qualité du bien ou du service avec lequel il n'a pas de contact direct, mais qu'il entend se procurer, l'article 4, § 2, énonce à propos de ces informations qu'elles «doivent être fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect, notamment, des principes de loyauté en matière de transactions commerciales,...».

Ensuite, l'article 5 de la directive sur les contrats à distance prévoit après conclusion du contrat, en plus de la confirmation des informations de l'article 4, § 1^{er} sur un support durable auquel le consommateur peut avoir accès, la fourniture d'autres types d'informations¹⁰⁰. Ces

⁹⁵ Article 11 de la directive sur le commerce électronique. Confère les articles 10 et 11 de la LSSI pour ce qui est de la législation belge.

⁹⁶ C'est-à-dire «être adapté à la technique de communication à distance utilisée pour la conclusion du contrat et, respecter notamment des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et des principes qui régissent la protection des personnes frappées d'incapacité juridique».

⁹⁷ Pour plus détails, voy. M. DEMOULIN, «Vente à distance et commerce électronique», à paraître.

⁹⁸ Transposée en droit belge par la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

⁹⁹ Repris en droit belge par l'article 45 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

¹⁰⁰ Voy. en droit belge, l'article 46 de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

informations supplémentaires portent sur les conditions et modalités d'exercice du droit de rétractation, l'adresse où le consommateur peut présenter ses réclamations, le service après vente et les garanties et, pour finir, les conditions de résiliation du contrat si celui-ci est à une durée indéterminée ou supérieure à un an¹⁰¹. Le prestataire n'est pas tenu de cette obligation si le service objet du m-commerce est exécuté au moyen d'une technique de communication à distance, fourni en une seule fois et facturé par l'opérateur de la technique de communication¹⁰². Peuvent donc bénéficier de cette dérogation, les contrats par SMS non conclus sous la forme d'un abonnement et portant par exemple sur l'achat de sonneries, d'images ou d'informations. Même dans ce cas, le consommateur doit être informé de l'adresse du fournisseur pour faire valoir ses réclamations¹⁰³.

Au regard de la législation européenne actuelle, et relativement à la masse d'informations à fournir, le commerce mobile par SMS ou MMS ne peut se faire qu'avec le concours de moyens de communication autres que le téléphone portable. Il est de nos jours difficile pour un prestataire d'offrir légalement un service de la société de l'information exclusivement par échange de SMS¹⁰⁴. Dans l'hypothèse d'une utilisation d'autres moyens de communication pour fournir les informations dans un contrat de m-commerce, nous pensons qu'il revient au juge d'apprécier et de déterminer objectivement si le moyen alternatif utilisé est adapté, et permet un accès facile, direct et permanent aux informations. Pour ce faire, il pourra s'appuyer sur « la directive pratiques commerciales

déloyales»¹⁰⁵, dont l'article 7, § 3, dispose que : « Lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que toute mesure prise par le vendeur pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens ». Sur cette base, et selon les cas, le juge pourrait, en raison des contraintes d'espace que présente le téléphone portable, déclarer que les informations fournies et accessibles sur d'autres supports ont été valablement communiquées¹⁰⁶.

L'impossibilité d'afficher les informations requises et la nécessaire implication d'autres technologies soulèvent la question de l'opposabilité des conditions générales. Comment fournir les conditions générales et clauses contractuelles par SMS ou MMS¹⁰⁷ de manière à ce que le consommateur puisse en prendre connaissance avant de passer commande ? Étant donné l'impossibilité d'activer un lien hypertexte à partir d'un SMS, on pourrait imaginer que le prestataire envoie, par SMS, au consommateur une adresse web où il pourra prendre connaissance des clauses contractuelles et conditions générales. À la fin de cette page web, il pourrait y avoir un numéro ou un code de référence (aléatoire ou lié au

¹⁰¹ Article 5, § 1^{er}, de la directive sur les contrats à distance.

¹⁰² Article 5, § 2, de la directive sur les contrats à distance.
¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Cet avis est partagé par des auteurs, à ce propos, voy. A. NOTTET, « Mineurs et téléphonie mobile », *op. cit.*, p. 250, note 88.

¹⁰⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (« directive pratiques commerciales déloyales »), *J.O.U.E.*, n° L149 du 11 juin 2005, pp. 22-39.

¹⁰⁶ En ce sens, voy. A. NOTTET, « Mineurs et téléphonie mobile », *op. cit.*, p. 249, note 85.

¹⁰⁷ Même si ces informations peuvent être lues sur les téléphones portables de troisième génération, vu leur quantité, on se demande comment les faire parvenir au consommateur par SMS ou MMS. Bien évidemment le recours à un autre moyen de communication est impératif, si l'on veut respecter la réglementation en matière de commerce électronique.

produit à commander) que le consommateur doit obligatoirement communiquer au prestataire avant de pouvoir passer commande. Cela pourrait constituer, pour le prestataire, la preuve de la possibilité offerte au consommateur de prendre connaissance des clauses contractuelles et conditions générales.

Mais quelle sera la peine d'un consommateur qui veut passer commande via son GSM ou PDA, et qui doit par la suite se connecter par le biais d'un ordinateur avec un écran plus grand et d'autres commodités, pour prendre connaissance des codes de conduite et clauses du contrat dans lequel il souhaite s'engager? Convenons que, toutes les fois où les informations ne seront pas fournies par l'outil ou le moyen utilisé pour passer commande, le commerce mobile perdra un de ses principaux atouts qui est de pouvoir acheter à tout moment et en tout lieu via son téléphone portable. Dans une telle hypothèse, le téléphone portable ne serait que le maillon d'une chaîne faisant intervenir différentes technologies, notamment l'ordinateur (qui d'ailleurs peut ne pas exister au lieu où se trouve l'acheteur, ce qui retarderait l'opération) pour par exemple prendre connaissance par mail ou sur un site web des informations préalables avant de contracter.

Que dire de la puce ou de la mémoire d'un téléphone portable? Permettent-elles au consommateur de conserver et de reproduire les clauses contractuelles et conditions générales quand elles sont fournies? En d'autres termes, constituent-elles des supports durables? En droit européen, le support durable désigne «tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permettent la

reproduction à l'identique des informations stockées¹⁰⁸». Le considérant 13 de la directive sur les contrats à distance oppose l'expression «support durable» à «éphémère». Le support durable n'est donc pas celui qui permet une conservation des informations à l'infini mais, plutôt, pendant la période où celles-ci sont nécessaires. Les puces et mémoires des téléphones portables sont donc des supports durables. Elles permettent la conservation des SMS, MMS et mails reçus, et de pouvoir s'y référer aussi longtemps que le contrat l'exige. Tant que l'utilisateur ne les efface pas expressément, les SMS, MMS et courriers électroniques se conservent sur les puces et mémoires des téléphones portables ou PDAs.

Après la conservation sur support durable, se pose la question de la reproduction ou de l'impression de certaines informations, notamment les clauses contractuelles et les conditions générales¹⁰⁹. De nos jours, l'impression des SMS et MMS est possible, et peut se faire de deux manières selon les téléphones portables. Il y a d'abord l'utilisation de la technologie *bluetooth*¹¹⁰ qui permet, à l'utilisateur d'un GSM, d'envoyer des données, notamment un mail, un SMS ou MMS, sur une imprimante munie de la même fonctionnalité, et de procéder à leur impression. Ensuite, pour les téléphones portables sans *bluetooth*, le consommateur peut recourir à un câble de connexion téléphone portable-ordinateur, par le biais duquel il pourra effectuer un transfert

¹⁰⁸ Article 2, f, de la directive concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs. Définition reprise par l'article 2, 25°, de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

¹⁰⁹ Article 10, § 3, de la directive sur le commerce électronique, transposé à l'article 8, § 2, de la LSSI.

¹¹⁰ Standard de radiocommunication sur de petites distances permettant à des terminaux mobiles digitales, notamment les PDAs, caméras, téléphones portables et ordinateurs, de communiquer entre eux, d'échanger des données.

des données vers son ordinateur et, par la suite, les imprimer.

Eu égard à ce qui précède, nous constatons que les prescriptions de fond de la directive sur le commerce électronique s'appliquent au commerce mobile¹¹¹. Toutefois, les difficultés relatives à la fourniture et à l'affichage des informations dans le cas de contrats conclus par SMS et MMS ou impliquant des téléphones portables à petits écrans, et surtout la nécessité de recourir assez régulièrement à d'autres moyens de communication invitent à rechercher quelque solution meilleure au niveau européen.

Si la question de la taille des écrans tend à être résolue par la technologie, grâce à la prolifération des téléphones portables de troisième génération avec des écrans pouvant atteindre 5 pouces ou 127 mm¹¹², celle de l'envoi des informations par SMS reste posée.

III. SOLUTIONS ÉVENTUELLES

Les consommateurs n'étant pas tous détenteurs de PDA et Smartphone et ne faisant pas du m-commerce uniquement sur l'internet, on ne saurait se satisfaire de la solution technologique que constituent les téléphones portables de troisième génération.

Une solution juridique s'appliquant à toutes les technologies (ordinateurs et terminaux mobiles dotés de grands ou de petits écrans) et à tous les moyens de communication (SMS, mail et page web) conviendrait mieux en ce qu'elle serait transversale et technologiquement neutre.

L'adoption au niveau européen d'une nouvelle directive destinée au commerce mobile ou l'ajout de dispositions à la directive sur le commerce électronique peut, au premier abord, paraître comme une solution attrayante. Une telle démarche permettrait d'avoir des règles et principes bien précis, taillés sur mesure, destinés au m-commerce. Bien que possibles, ces solutions ne nous semblent pas les mieux indiquées.

Tout d'abord, il est à craindre que toute évolution technologique donnant naissance à de nouveaux types de commerce électronique ait pour conséquence l'ajout ou la modification de dispositions dans la directive sur le commerce électronique. Une telle approche ferait de la directive sur le commerce électronique un recueil de réglementations sur les différents types de commerce électronique, par exemple, selon l'outil utilisé par le consommateur.

Ensuite, l'adoption d'une directive spécifique sur le commerce mobile serait contraire au principe de neutralité technologique pour une meilleure réglementation du commerce électronique. Aussi, une telle démarche accentuerait l'éclatement des textes européens avec la situation suivante dans le secteur des services de la société de l'information: une directive spécifique pour le m-commerce et la directive sur le commerce électronique pour tous les autres services de la société de l'information.

Face aux difficultés que l'on peut rencontrer dans le m-commerce, que propose la directive relative aux droits des consommateurs en

¹¹¹ Signalons que le rapport 2003 relatif à l'application de la directive sur le commerce électronique évoque juste le m-commerce comme une nouvelle application susceptible d'accroître le potentiel du commerce électronique. Il n'aborde pas la question de l'adéquation de la directive par rapport à ce mode de commerce électronique. Ce silence peut se justifier par le fait qu'à cette époque, les différentes applications de commerce mobile étaient à leurs débuts. Vu l'ampleur actuelle du m-commerce, nous attendons les prochains rapports qui, nous espérons, traiteront des questions relatives à l'application de la directive dans ce mode de commerce électronique.

¹¹² 1 pouce = 25,4 mm.

cours d'élaboration¹¹³. Prend-elle en compte les contraintes qu'impose l'utilisation des téléphones portables dans le commerce électronique?

La proposition de directive relative aux droits des consommateurs traite des informations à fournir lors d'une conclusion de contrat à distance. Aux termes de cette directive en préparation, le professionnel n'est tenu de fournir au consommateur, sur le support qu'il utilise, que peu d'informations, lorsque celui-ci impose des contraintes d'espace et de temps pour la présentation des informations.

L'article 11, § 3, de la proposition de directive énonce que «Lorsque le support utilisé aux fins de la conclusion du contrat impose des contraintes d'espace et de temps pour la présentation des informations, le professionnel fournit au moins sur le support en question et avant la conclusion du contrat, les informations concernant les principales caractéristiques du produit et le prix visées à l'article 5, paragraphe 1, points a) et c)».

En outre, le professionnel doit, conformément à l'article 11, § 1^{er}, fournir au consommateur, avant la conclusion du contrat, de manière lisible, dans un langage clair et compréhensible, et sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée les informations de l'article 5 de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs¹¹⁴.

Après la conclusion du contrat (au plus tard au moment de la livraison du bien ou de l'exécution du service), le consommateur doit recevoir la confirmation, sur un support durable, des informations reçues avant la conclusion, sauf si celles-ci ont déjà été fournies sur support durable. Ainsi, les informations fournies sur les téléphones portables, avant la passation de commande, ne seront pas confirmées, car les puces des téléphones portables sont des supports durables.

Une réduction effective des informations, plutôt que l'imposition de les fournir sur tel ou tel support, se prêterait mieux à l'univers du commerce mobile, surtout par SMS et MMS. Hélas, comme nous pouvons le constater, la proposition de directive prévoit autant d'informations à fournir au consommateur que la directive sur le commerce électronique. Son principal apport est la précision des informations à fournir impérativement sur les supports présentant des contraintes d'espace et de temps. Sans occulter le fait que le présent document n'est qu'une proposition de directive, et que le document final pourrait tenir compte de nos inquiétudes, qu'il nous soit permis d'apporter une remarque.

Sur l'internet, le prestataire ne peut pas déterminer le type de support utilisé par le consommateur, téléphone portable ou ordinateur, pour accéder aux services. Les services prestés en ligne sont accessibles à tous les consommateurs pouvant se connecter à l'internet quel que soit l'appareil utilisé. Par contre, dans les contrats conclus par SMS ou MMS, le prestataire a la certitude que le consommateur

d'un service après vente et de garantie ainsi que les conditions y afférentes, la durée du contrat s'il y a lieu et les conditions de résiliation, la durée minimale des obligations du consommateur au titre du contrat s'il y a lieu, l'obligation pour le consommateur de payer ou de fournir une caution ou d'autres garanties financières et les conditions y afférentes.

¹¹³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final du 8 octobre 2008, disponible sur <http://ec.europa.eu/>.

¹¹⁴ Ces informations portent sur l'adresse géographique et à l'identité du professionnel ou celles du professionnel pour le compte duquel il agit ou du commissaire priseur dans le cas d'une enchère publique, les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des exigences de la diligence professionnelle, l'existence ou non d'un droit de rétractation, l'existence ou non

utilise un téléphone portable, susceptible de présenter des contraintes d'espace. Nous pensons donc, que les dispositions de la directive en gestation s'appliquent plus aux contrats conclus par SMS ou MMS.

Constatons enfin que la proposition de directive relative aux droits des consommateurs n'apporte pas de solution au problème de la fourniture des informations dans le commerce mobile. Elle vise plus à organiser un m-commerce par SMS ou MMS associant d'autres techniques de communication. Malgré son but de réduire les informations à fournir au consommateur, celles-ci restent nombreuses, notamment pour les contrats conclus par SMS ou MMS et par le biais de téléphones portables à petits écrans. Quant au commerce mobile via l'internet, notons que les téléphones portables qui permettent de l'exercer ne présentent pas de contraintes d'espace et se prêtent bien à l'affichage des informations.

IV. CONCLUSION

En dépit des années et de l'évolution technologique, la directive sur le commerce électronique est relativement bien adaptée au m-commerce. Seul le commerce mobile par SMS ou MMS a du mal à s'adapter au moule juridique existant.

Eu égard aux différentes prescriptions en matière de commerce électronique, il est évident que pour une pratique aisée du commerce mobile,

le consommateur doit disposer d'un téléphone portable de récente génération doté d'un écran assez grand. À défaut, le commerce mobile perd son charme, celui de permettre de faire du commerce électronique en tout temps et surtout en tout lieu.

À ce propos, notons que les tendances du marché des téléphones portables et des services offerts par les sociétés de téléphonie laissent entrevoir que dans un futur proche les téléphones portables avec de petits écrans et fonctionnalités basiques, laisseront la place aux PDA et Smartphone qui offrent plus de fonctionnalités et facilités d'utilisation. De ce fait, il n'est pas nécessaire pour le législateur européen de chercher des solutions juridiques aux éventuelles difficultés que l'on peut rencontrer de nos jours dans le m-commerce. Il sera suppléé par la technologie et le marché des téléphones portables, qui joueront le rôle de régulateur.

Dans un tel environnement où tous les consommateurs disposeront de terminaux mobiles adaptés, le commerce mobile connaîtra plus d'engouement, car les obstacles actuels auront été franchis, ce qui engendrera sûrement de nouveaux types et offres de services dans le secteur. Mais, cette situation d'offres de services multiples sur un seul appareil ne va-t-elle pas exacerber les questions relatives, notamment, à la vie privée et la protection des consommateurs? Certainement. Toutefois, il y a fort à parier que les beaux jours du m-commerce sont à venir.