

LA PROPOSITION DE DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE : QUESTIONS CHOISIES

Rosa JULIA-BARCELO*, Etienne MONTERO** et Anne SALAÜN***

INTRODUCTION

Le 18 novembre 1998, la Commission européenne a présenté une *proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur*. Cette initiative traduit la volonté de la Commission de promouvoir le commerce électronique perçu comme une formidable opportunité pour l'emploi au sein de l'Union européenne — en particulier dans les petites et moyennes entreprises —, la croissance économique, l'innovation et la compétitivité des entreprises européennes¹. À cet effet, la Commission estime important d'harmoniser rapidement les législations des quinze États membres en la matière afin que les citoyens et les opérateurs européens puissent bénéficier pleinement, sans considération de frontières, des possibilités offertes par le commerce en réseaux ouverts². Le texte a été discuté au Parlement européen qui l'a amendé. La Commission a donc présenté une *proposition modifiée*, moins d'un an plus tard, le 1^{er} septembre 1999. Cette proposition a fait l'objet d'un accord politique, intervenu le 8 décembre 1999, visant à adopter une Position commune. Cette dernière a été arrêtée par le Conseil de l'Union européenne le 28 février 2000. En vertu de la procédure de co-décision, le texte sera alors soumis à nouveau au Parlement européen, qui devrait en principe l'adopter tel quel.

Vu les modifications substantielles apportées au texte, c'est la dernière version que nous avons choisi de commenter, à savoir la Position commune³. Notons au passage que le titre retenu pour cette dernière version a été légèrement modifié, et devient *proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des*

* Chercheuse au CRID, Professeur de droit commercial à l'Université des Iles Baléares.

** Professeur à la faculté de droit et directeur de la collection des Cahiers du CRID.

*** Chercheuse au CRID, responsable de la cellule « Commerce électronique » du CRID.

1. Cf. Considérant n° 2. Nous nous référons toujours à la Position commune.

2. Cf. Considérant n° 3 et suivants.

3. Toutes les versions de ce texte se trouvent sur le site de la Commission européenne, Direction Générale marché intérieur, à l'adresse suivante : <http://www.europa.eu.int/comm/internal-market/fr/media/elecomm/index.htm>.

services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

Comme le suggère le titre de la présente contribution, seules certaines questions traitées par la proposition de directive seront analysées. Ainsi notre attention se concentrera-t-elle sur la plupart des dispositions du « Chapitre II – principes ». Des sections 1 et 2, nous retiendrons les articles 5, 6 et 7. La section 3 (art. 9 à 11) et la section 4 (art. 12 à 15) seront, elles, commentées et analysées en entier. Au total, nous aurons ainsi l'occasion de traiter les questions suivantes : les obligations d'information et les communications commerciales (partie I), les contrats conclus par voie électronique (partie II), et la responsabilité des prestataires intermédiaires (partie III).

Quant à la méthode, nous avons tenté de trouver un juste équilibre entre, d'une part, une simple présentation des dispositions sélectionnées, en tâchant de les situer par rapport aux dispositifs légaux déjà en vigueur et à l'état actuel de la jurisprudence, et, d'autre part, une analyse critique de ces dispositions nouvelles. Si plusieurs dispositions ont dû être passées sous silence, c'est surtout afin de pouvoir privilégier une approche critique, et pas seulement descriptive, tout en assignant à notre étude des proportions raisonnables.

I. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION ET LES COMMUNICATIONS COMMERCIALES

La protection des consommateurs est principalement traitée par la proposition de directive aux articles 5, 6 et 7, relatifs respectivement aux informations générales à fournir dans le cadre des « exigences en matière d'établissement et d'information » (intitulé de la section 1), aux informations à fournir dans le cadre des communications commerciales et aux communications commerciales non sollicitées. Comme le rappelle un des considérants introductifs de la proposition de directive⁴, les obligations consacrées par ces articles viennent compléter les dispositions déjà prévues par d'autres textes communautaires, notamment la directive relative aux contrats à distance⁵, principal texte protégeant actuellement les

4. Considérant n° 11.

5. 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, *J.O.C.E.*, L 144 du 4 juin 1997. Cette directive a été introduite en droit belge par l'article 20 de la loi du 25 mai 1999, *M.B.*, 23 juin 1999, p. 23670. À ce sujet, A. SALAÜN, « Transposition de la directive 'contrats à distance' en droit belge : commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999 », *J.T.*, 8 janvier 2000, pp. 37-47.

consommateurs dans le domaine des contrats conclus à distance, y compris par voie électronique.

Il est intéressant de se pencher sur l'articulation de ces dispositions avec les obligations prévues par la directive « contrats à distance », mais aussi avec d'autres directives garantissant la protection des consommateurs (notamment en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative). Les articles 5, 6 et 7 créent-ils un régime spécifique pour les contrats conclus par voie électronique, ou se contentent-ils de préciser les obligations prévues dans les directives générales en les adaptant au contexte d'Internet ?

Ces dispositions seront examinées dans deux catégories : d'une part, les informations à fournir, à la fois dans le cadre du régime d'établissement et d'information (Chapitre II, section 1), et des communications commerciales (Chapitre II, section 2) ; d'autre part, les communications commerciales non sollicitées (Chapitre II, section 2).

A. Les informations générales à fournir

Deux obligations d'information sont prévues dans la proposition de directive : dans le cadre des « exigences en matière d'établissement et d'information » (section 1), et dans le cadre des « communications commerciales » (section 2).

Un premier travail consiste à comparer les champs d'application respectifs de ces obligations, notamment par rapport aux autres textes communautaires, avant de mettre en évidence les informations prévues par ces dispositions.

1. Domaine d'application

A la lecture des articles 5 et 6, on note qu'une référence est faite aux « autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire »⁶. Cette référence inclut notamment la directive relative aux contrats à distance, qui était d'ailleurs explicitement mentionnée aux articles 5 et 6 dans la version précédente de la proposition de directive (proposition modifiée). Le considérant n° 11 (*in fine*) de la proposition de directive rappelle explicitement que « la présente directive complète les exigences d'information établies par les directives précitées, et en particulier la directive 97/7/CE ».

Quel est le champ d'application de la directive relative aux contrats à distance ? Cette directive s'applique à « tout contrat concernant des biens ou des services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le

6. Article 5 § 1, 1^{er} alinéa ; article 6, 1^{er} alinéa.

cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même »⁷. Cette directive vise la relation entre un consommateur, « *personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* », et un fournisseur, « *personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle* ».

La proposition de directive sur le commerce électronique, quant à elle, concerne la relation entre un prestataire de service et le destinataire de ce service. On trouve dans la proposition de directive une définition du consommateur, semblable à celle de la directive relative aux contrats à distance. Le prestataire, lui, s'entend comme « *toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information* » ; et le destinataire du service comme « *toute personne physique ou morale qui, à des fins personnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible* ».

Le fournisseur tel qu'il est défini par la directive 97/7/CE doit donc être considéré comme un *prestataire* au sens de l'article 2 (b) de la proposition : dans le cadre d'un contrat à distance conclu par voie électronique, le fournisseur utilise des moyens électroniques pour fournir un service sur demande individuelle d'un consommateur, il entre donc dans la définition de prestataire de services de la société de l'information. De même, le consommateur visé par la directive 97/7/CE entre dans la définition de *destinataire du service* : lorsqu'il accède à un site de commerce électronique, c'est une personne physique qui utilise, à des fins non professionnelles, un service de la société de l'information.

La comparaison des champs d'application respectifs des deux textes permet de faire les constats suivants : d'une part, si la directive relative aux contrats à distance est limitée à la relation entre un fournisseur professionnel et un consommateur, la proposition de directive, pour sa part, ne limite pas son champ d'application de la sorte puisqu'elle concerne au contraire toutes les relations, que ce soit entre professionnels, ou entre un professionnel et un consommateur. D'autre part, la proposition de directive incluant la relation entre un professionnel et un consommateur, il s'ensuit que les obligations d'information prévues par la proposition viennent s'ajouter aux obligations de la directive relative aux contrats à distance : un professionnel proposant ses produits ou ses services sur Internet à un consommateur devra donc informer son client en fonction des obligations prévues non seulement dans la directive relative aux contrats à distance, mais aussi dans la proposition de directive relative au commerce

7. Article 2 § 1 de la directive 97/7/CE.

électronique. Par contre, les contrats conclus entre professionnels ne sont soumis qu'aux obligations d'information des articles 5 et 6 de la proposition de directive.

2. Contenu de l'obligation d'information

2.1. Article 5 : régime d'établissement et d'information

Les informations visées à l'article 5, 1, doivent, au minimum, porter sur :

- le nom du prestataire de services ;
- l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ;
- les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui ;
- dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre ;
- si l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ;
- pour les professions réglementées :
 - tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit ;
 - le titre professionnel octroyé et l'État membre dans lequel il a été octroyé ;
 - une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès ;
- le cas échéant, le numéro de T.V.A.

L'obligation de fournir ces informations pèse sur le prestataire de services de la société de l'information : même s'il n'est pas explicitement mentionné dans le premier alinéa de l'article 5, il apparaît dans la liste des informations à fournir. L'article 5 § 2 prévoit également que l'information sur les prix doit être claire et non ambiguë, et qu'elle doit préciser notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

De son côté, la directive relative aux contrats à distance prévoit, en son article 4, que le consommateur doit bénéficier des informations suivantes, en temps utile avant la conclusion du contrat : l'identité du fournisseur et son adresse dans le cas de contrats nécessitant un paiement

anticipé ; les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; le prix, toutes taxes comprises ; les frais de livraison ; les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; l'existence d'un droit de rétractation ; le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée, lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base ; la durée de validité de l'offre ou du prix ; la durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

La proposition de directive vient donc ajouter à cette liste d'informations préalables des informations concernant les *coordonnées professionnelles du prestataire de service*. En effet, les informations concernant l'inscription dans un registre de commerce, les activités soumises à un régime d'autorisation, les professions réglementées et le numéro de T.V.A., qui ne sont pas mentionnées dans la directive relative aux contrats à distance, devront être fournies au consommateur en vertu de l'article 5 de la proposition de directive.

La proposition de directive crée donc un régime spécifique en prévoyant une obligation d'information renforcée dans le cadre des contrats électroniques. En comparaison avec un mode traditionnel de vente à distance — tel que le courrier postal, le téléphone ou la télécopie —, le consommateur contractant par voie électronique recevra donc plus d'informations.

La création d'un tel régime spécifique peut-elle se justifier ? Il semble qu'une réponse positive puisse être apportée à cette question, principalement pour deux raisons. D'abord, la nature même de l'Internet, réseau mondial, justifie le renforcement des informations préalables : l'Internet ne connaissant pas de frontières, le destinataire d'un service aura souvent affaire à un prestataire implanté dans un pays tiers, et donc soumis à des règles différentes des règles nationales que le destinataire du service connaît (ou peut connaître). Il est donc nécessaire de traiter différemment les contrats conclus *via* Internet et les contrats traditionnels de vente à distance dans lesquels les contractants sont bien souvent situés sur le même territoire et/ou se connaissent au préalable. À cet égard, les informations relatives à l'activité professionnelle apparaissent particulièrement indispensables pour rassurer le visiteur d'un site sur la qualité professionnelle de son interlocuteur.

Ensuite, il est généralement plus aisé de fournir des informations supplémentaires en utilisant un médium électronique que sur un support physique, limité par des considérations de place et de lisibilité. Sur Internet, imposer de fournir davantage d'informations ne constitue pas une obligation démesurée à charge des prestataires de services : la question de l'espace ne se pose plus ; et la technique des hyperliens, qui permet d'annoncer une information et de la détailler sur une autre page, accessible

par un simple « clic », peut facilement être utilisée par les prestataires pour offrir aux destinataires du service un plus grand nombre d'informations.

Dès lors que ces informations supplémentaires s'inscrivent dans un contexte où il est nécessaire de fournir au destinataire du service plus d'informations que dans le cadre de contrats à distance traditionnels, et que cette obligation ne représente pas une charge démesurée pour les prestataires de service, on ne peut parler d'un régime spécifiquement créé pour les contrats électroniques. Tout au plus peut-on conclure à une simple et opportune adaptation des règles aux particularités des réseaux numériques.

2.2. Article 6 : communications commerciales

a) Définition de la communication commerciale

La proposition de directive définit la communication commerciale à l'article 2 (f) : elle s'entend 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* ». L'article 2 (f) précise que « *ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales* :

- *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,*
- *les communications relatives aux biens, services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière* ».

Le domaine d'application de l'article 2 (f) semble très large. Particulièrement si on le compare à la définition de la publicité donnée dans la directive relative à la publicité trompeuse du 10 septembre 1984⁸, où la publicité est entendue comme « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les immeubles, les droits et les obligations* ».

À première vue, la définition formulée dans la proposition de directive a une portée beaucoup plus large que la notion de publicité définie dans la directive relative à la publicité trompeuse. La première englobe même la seconde en ce sens qu'elle recouvre toutes les formes de communications destinées à la promotion d'un produit ou d'un service. La notion de

8. Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *J.O.C.E.*, L 250, 19 septembre 1984, p. 17, modifiée par la Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, L 290, 23 octobre 1997, p. 18.

communication commerciale de la proposition de directive va au-delà puisqu'elle vise en outre la promotion de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'un professionnel.

Faut-il en conclure pour autant que la notion est perçue différemment suivant le support utilisé ? Une telle distinction aurait pour conséquence de traiter différemment la publicité réalisée sur Internet et celle effectuée *via* d'autres médias. Force est de constater que la définition donnée dans la proposition consacre une notion plus large, et ainsi, admet implicitement l'absence de neutralité du support. Toutefois, comme le montrent A. Mesnais et Y. Dietrich : « l'objectif de la Commission est clair. Il s'agit simplement de définir de la manière la plus large ces communications afin d'y appliquer deux principes, celui de l'identification claire de ces communications et des obligations de transparence et de loyauté »⁹. L'objectif de la Commission est donc d'étendre la notion de communication commerciale afin d'élargir le domaine d'application des obligations d'identification et de transparence, ainsi que la réglementation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique.

b) Obligations relatives aux communications commerciales

Deux types d'obligations peuvent être dégagées des dispositions de la proposition de directive : d'abord une obligation d'identifier le but de la communication, et ensuite une obligation de transparence.

L'article 6, a) précise que « *la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle* ». Cette obligation d'identification est une première au niveau européen : en effet, ni la directive relative à la publicité trompeuse, ni la directive relative aux contrats à distance ne prévoient une telle obligation (si ce n'est de façon plus marginale, puisque la directive contrats à distance impose l'identification dans le seul contexte des communications téléphoniques : d'après l'article 4 § 3, le fournisseur doit indiquer explicitement au début de la conversation son identité et le *but commercial de l'appel*).

Il semble que la nature d'Internet puisse, à elle seule, expliquer la raison d'être de cette obligation d'identification. Surfer sur Internet ne se résume pas à accéder à un site et y consulter les pages souhaitées. Nombre de bannières publicitaires, messages interstitiels, s'intercalent entre deux sites, voire entre deux pages d'un même site, ou s'affichent sur le même écran consulté par le visiteur pour lui adresser des publicités à son insu¹⁰.

9. « Un aperçu de la proposition de directive n° 98-586 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique », *Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux*, n° 112/K, 1999, p. 1.

10. Sur les différents modes de publicité sur Internet, voy. N. VARILLE, « La publicité et Internet », in *Cahiers Lamy droit de l'informatique*, n° 98, décembre 1997, pp. 12-15.

Sans compter les forums de discussions et les courriers électroniques¹¹, qui constituent autant d'opportunités pour les annonceurs d'atteindre les internautes. Le risque de confusion est d'autant plus grand qu'un utilisateur non averti d'Internet, ou tout simplement peu attentif, ne décèlera pas ces images ou messages qui ne proviennent pas du site consulté, mais d'un annonceur publicitaire.

L'obligation d'identifier la nature commerciale des communications sur Internet répond à une nécessité toute particulière vu la diversité des moyens utilisés pour diffuser de la publicité et le risque de confusion qui s'ensuit.

On ne trouve ni dans le texte ni dans l'exposé des motifs d'indications sur la forme concrète que doit prendre cette identification. Le but poursuivi est clair : permettre de différencier le message commercial, d'une part, du contenu purement informationnel et, d'autre part, du processus de commande. En pratique, cette identification pourra prendre plusieurs formes suivant le type de publicité auquel on a affaire. Dans le cas d'une page Web, il faudrait pouvoir distinguer les communications commerciales des autres informations présentes sur le site. Tout ce qui relève du message à caractère commercial devrait être clairement séparé, soit en apparaissant dans une zone spécialement identifiée sous l'intitulé « publicité » ou « communication commerciale », soit en apparaissant d'une façon distincte (jeu de couleurs, cadre...). S'il s'agit de bannières publicitaires, le cadre dans lequel elles apparaissent doit être différencié du reste de la page Web afin d'éviter la confusion entre la page visitée et la bannière placée par un tiers. Idéalement, une mention explicite du type « publicité » ou « communication commerciale » devrait être apposée sur la bannière. Le cas de messages interstitiels est plus délicat vu leur caractère éphémère. *A priori*, leur but commercial devrait être indiqué clairement sur les messages eux-mêmes. Ces premières considérations sont purement prospectives ; une réflexion plus poussée sera nécessaire aux législateurs nationaux, et ensuite aux cours et tribunaux, pour préciser et affiner les modalités de cette obligation d'identification.

L'obligation de transparence, quant à elle, porte sur les éléments suivants :

- une identification de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite ;
- lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, tels que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme tels. En outre, les conditions pour en bénéficier doivent

11. La publicité par courrier électronique est directement visée dans la proposition de directive par l'article 7 sur les *communications commerciales non sollicitées*. Voy. développement *infra*.

être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque ;

- lorsqu'ils sont autorisés dans l'État membre où le prestataire est établi, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels. En outre, les conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

Selon la Commission, un lien hypertexte permettant à l'internaute d'accéder aux informations concernées suffit : ce pragmatisme confère une certaine souplesse à cette obligation supplémentaire, en évitant d'imposer un formalisme inutile. Il suffira donc au prestataire du service d'offrir un lien hypertexte depuis la publicité vers les coordonnées de la personne qui effectue ou bénéficie de la communication. Ce même principe s'applique pour les offres et jeux promotionnels, ainsi que pour les concours.

B. Les communications commerciales non sollicitées

L'article 7 de la proposition de directive est relatif aux communications commerciales non sollicitées reçues par la voie du courrier électronique. La raison d'être de cet article est expliquée dans le considérant n° 30 : « *l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées peut être inopportun pour les consommateurs et pour les fournisseurs de services de la société de l'information et susceptible de perturber le bon fonctionnement des réseaux interactifs* ». Se traduisant par un engorgement des boîtes aux lettres des destinataires et par des coûts supplémentaires en termes de connexion, l'envoi répété de messages non sollicités, couramment appelé « *spamming* », peut encore affaiblir les capacités du navigateur utilisé par l'internaute en réduisant sa vitesse de connexion.

Il était donc nécessaire d'intervenir et d'imposer des limites à ces pratiques, ce que vise l'article 7. Un double principe est défini : d'une part, une obligation d'identification, d'autre part, des obligations minimales en matière d'*opt-out*.

1. Le principe d'identification

Le principe régissant les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique est, selon la proposition de directive, l'identification du but commercial *dès la réception* par le destinataire. Ce principe est bien entendu en lien avec l'article 6 (a) de la proposition qui impose également de fournir une information sur le but commercial de la communication. Cette obligation est logiquement reprise, mais précisée, puisque l'identification doit être possible *dès la réception par son destinataire*. On peut se demander pourquoi la proposition a voulu aller au-delà du principe général d'identification décrit à l'article 6 (a) en

déterminant le moment où l'identification doit être effective. Le danger d'utilisation abusive de la technique du « *spamming* » représente des risques tels qu'une protection adéquate s'est avérée nécessaire. Fixer avec précision le moment où le caractère commercial du message doit être lisible présente plusieurs avantages pour son destinataire. Outre la possibilité de ne pas ouvrir le message et de l'effacer directement, le destinataire peut aussi utiliser des outils de filtrage¹² effectuant un tri des communications reçues, et effaçant dès leur réception les messages provenant de certains expéditeurs et/ou identifiés comme communications commerciales.

La nature même du courrier électronique rend aisée cette identification : il suffit que la nature commerciale apparaisse dans la partie « *subject* » du message afin d'autoriser une identification avant d'ouvrir le message. A titre d'exemple, une loi californienne sur le courrier électronique impose aux expéditeurs de courrier électronique non sollicité l'obligation d'identification suivante : « *in the case of e-mail that consists of unsolicited advertising material for the lease, sale, rental, gift offer, or other disposition of any realty, goods, services, or extension of credit, the subject line of each and every message shall include « ADV » as the first four characters* »¹³, l'abréviation « ADV » renvoyant à « *advertising* » (publicité).

Le choix du moment de l'identification n'est toutefois pas à l'abri de la critique : si le but poursuivi par la Commission était de donner au destinataire les moyens de se prémunir contre les effets néfastes de l'envoi répété de messages non sollicités, cette solution n'est pas optimale. L'identification dès la réception suppose forcément que le message soit reçu par le destinataire. Comment alors éviter les inconvénients liés à l'engorgement de la boîte aux lettres et au coût de connexion ? Ce moment d'identification ne lui permet pas de faire en sorte que les messages soient stoppés avant même d'atteindre sa boîte aux lettres. À cet effet, il eut été préférable que la proposition de directive impose une identification dès *l'envoi par l'expéditeur*, permettant alors à un procédé tiers de filtrage de bloquer le message avant qu'il n'arrive pas à son destinataire, évitant par là même les ennuis d'engorgement et de coût de connexion¹⁴

12. À noter que le filtrage peut être effectué directement par l'utilisateur en utilisant son navigateur, mais aussi en s'adressant à son fournisseur d'accès qui peut proposer un tel service.

13. An Act to Amend Section 17538.4 of the Business and Professions Code, relating to advertising, Chapter 865, Statutes of 1998 (54th legislature), cité par E. LABBE, « Spamming et législation américaine : vers un projet fédéral décisif », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 114, mai 1999, pp. 18-19.

14. Voy. en ce sens A. SALAÜN, « Consumer protection: proposals for improving the protection of online consumers », *Computer Law and Security Report*, May/June 1999, Vol. 15 Issue 3, pp. 159-167.

2. L'opposition à la réception de communications commerciales non sollicitées

2.1. L'opt-out

Un principe d'opposition à l'envoi non sollicité de messages est décrit au paragraphe 2 de l'article 7. Pareil principe existe déjà dans d'autres textes européens, d'ailleurs cités à l'article 7 § 2 : les directives relatives aux contrats à distance, à la protection de la vie privée et au traitement des données personnelles, et à la protection de la vie privée dans le domaine des télécommunications¹⁵.

S'il existe divers modes permettant aux destinataires de s'opposer à la réception de messages non sollicités, la proposition de directive n'en mentionne qu'un seul, *l'opt-out*, tout en laissant le soin aux États membres de choisir le système qu'ils estiment répondre le mieux aux intérêts des internautes. Le considérant n° 31 est clair à ce sujet : « *les États membres qui autorisent l'envoi par courrier électronique, par des prestataires établis sur leur territoire, de communications commerciales non sollicitées sans le consentement préalable du destinataire, (...)* ». En conséquence, l'article 7 § 2 ne s'applique que dans les cas où la législation nationale a retenu le principe de *l'opt-out*, et non celui de *l'opt-in*.

L'opt-out et *l'opt-in* sont en effet deux des principaux systèmes d'opposition possibles. Mentionnés explicitement à l'article 10 de la directive 97/7/CE relative aux contrats à distance, ils se différencient de la façon suivante : *l'opt-in* n'autorise les communications commerciales qu'à la condition que le destinataire du message ait donné son consentement préalable, tandis que *l'opt-out* rend les communications commerciales possibles en l'absence d'opposition manifeste du destinataire. Plus sévère car il exige un consentement individuel préalable, *l'opt-in* n'est pas mentionné par la proposition de directive qui n'illustre que des obligations minimales en matière d'*opt-out*. À ce propos, il est intéressant de remarquer que l'article 10 précité de la directive « contrats à distance » fait entrer les communications envoyées par courrier électronique dans la catégorie de *l'opt-out*. Toutefois, étant donné la clause minimale, de rigueur dans nombre de directives visant à protéger les consommateurs européens, les États membres ont la possibilité d'aller au-delà et de choisir que le principe du consentement préalable s'applique aussi pour le courrier électronique¹⁶.

15. 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.*, L 281 du 23 novembre 1995.

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, *J.O.C.E.*, L 30 janvier 1998, p. 24.

16. L'article 14 de la directive 97/7/CE est relatif à la clause minimale : « *les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur* ».

2.2. Efficacité de l'opt-out ?

Au sujet de l'*opt-out*, la proposition de directive donne deux précisions : d'une part, les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir de communications commerciales non sollicitées doivent pouvoir s'inscrire dans des registres d'*opt-out*, et, d'autre part, les prestataires qui envoient de telles communications doivent consulter régulièrement ces registres et respecter le souhait des personnes qui s'y sont manifestées. Bien que la proposition de directive se limite à donner des indications sur le fonctionnement de cette technique d'opposition qu'est l'*opt-out*, mais n'impose pas ce choix aux États membres, cette solution nous semble critiquable à deux titres : d'abord, un doute sérieux existe quant au fonctionnement pratique des registres d'opposition ; ensuite, de réels risques de dérives pourraient venir détourner la finalité des registres d'opposition.

Le fonctionnement efficace de la technique de l'*opt-out* est conditionné à l'existence de registres d'opposition centralisant les personnes ayant marqué leur opposition. En la matière, une réelle efficacité impose que ces registres ne soient pas limités à un domaine d'activités ou au territoire d'un pays : sauf à pouvoir compter sur des registres nationaux interopérables au niveau européen — à tout le moins —, ces registres ne s'avéreront d'aucune utilité. De plus, pour que la consultation par les prestataires soit optimale, elle doit non seulement être aisément praticable, mais également avoir un domaine d'application le plus large possible — on ne peut exiger des prestataires qu'ils consultent des dizaines de registres dans chaque pays de l'Union européenne —, ce qui rejoint à nouveau l'idée de registres centralisés au niveau européen au minimum. Et encore, que dire de l'organisme qui sera chargé de la gestion de ces registres ? Sera-t-il un organisme public ou privé ? A quelles conditions permettra-t-il l'accès aux registres par les prestataires ? Quelles sanctions seront applicables en cas de non consultation ou de non respect des choix exprimés ? Il est dommage que la Commission ne fasse que reporter le problème sur les États membres, en leur laissant le soin de résoudre ces difficiles questions.

Enfin, la création de tels registres regroupant une masse considérable de données personnelles ne constitue-t-elle pas en elle-même une tentation de détournement ? En effet, comment éviter le risque de détournement de la finalité du traitement des données, qui constituent immanquablement une « mine d'or » pour les annonceurs publicitaires en quête de données à exploiter ? Comment garantir une sécurité qui protège contre les accès non autorisés, tout en maintenant un système praticable pour les prestataires ?

L'*opt-in* étant plus strict que l'*opt-out*, les États membres peuvent décider de soumettre les communications commerciales envoyées par courrier électronique au principe du consentement préalable, c'est-à-dire de l'*opt-in*.

Le simple fait de soulever ces nombreuses questions, auxquelles il semble difficile d'apporter une réponse, nous incline à préférer la solution de l'*opt-in*.

2.3. Arguments en faveur de l'*opt-in*

L'*opt-in* peut se concrétiser de deux manières : soit le prestataire envoie son message publicitaire au destinataire, en signalant en fin de message que ce dernier a la possibilité de manifester son souhait de ne plus recevoir de messages commerciaux par un simple envoi de courrier électronique ; soit le prestataire adresse préalablement au destinataire une demande expresse de manifester son accord ou son désaccord à recevoir un message commercial de sa part.

Le choix de l'*opt-in* présente l'avantage non négligeable de résoudre les questions liées à la mise en place de registres d'*opt-out* : il consiste à obliger les prestataires à demander individuellement aux destinataires un consentement préalable ; il évite le risque de détournement de la finalité du traitement des données puisque, par hypothèse, les prestataires connaissent déjà les coordonnées des destinataires pour leur demander leur consentement préalable. Comme le conclut l'A.F.A., l'association française des fournisseurs d'accès, « les mécanismes d'envois automatisés de messages permettent en effet de demander à l'internaute son consentement de façon simple et rapide sans qu'il soit nécessaire d'avoir à se référer à une liste d'opposition dont l'efficacité reste discutée »¹⁷.

II. LES CONTRATS PAR VOIE ELECTRONIQUE

A. Introduction

La section 3 de la proposition de directive sur le commerce électronique, comme l'indique son intitulé, a pour but d'offrir un nouveau cadre juridique aux contrats conclus par voie électronique.

L'objectif de cette réglementation, très attendue¹⁸, est de supprimer les obstacles juridiques à la conclusion de contrats électroniques, qui existent

17. Cité dans le rapport de la C.N.I.L. (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) sur le publipostage électronique et la protection des données personnelles, 14 octobre 1999, disponible sur le site de la C.N.I.L. à : <http://www.cnil.fr/thematic/index.htm> (site consulté le 8/02/00).

18. Au début des années 90, la technique de l'EDI, qui permettait la conclusion de contrats électroniques entre commerçants, a été largement utilisée dans des réseaux fermés. Afin de surmonter les obstacles juridiques à l'utilisation de ce genre de contrats, les parties contractantes, préalablement à ces opérations, signaient un accord d'échanges visant à établir un cadre contractuel pour l'ensemble des opérations commerciales. De nombreuses études sur les obstacles juridiques à l'utilisation de contrats électroniques ont montré alors la nécessité d'adapter le droit commun des contrats des différents États membres afin de rendre possibles les contrats

dans le droit des contrats des États membres et qui constituent des entraves au développement du marché intérieur. La proposition de directive vise aussi à établir des obligations spécifiques pour les contrats électroniques, dans le but de promouvoir la transparence des rapports commerciaux en ligne et, en particulier, de protéger les consommateurs.

La section relative aux contrats électroniques contient trois articles qui correspondent aux sujets suivants :

- *l'article 9*, relatif au « traitement des contrats », concerne les exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats électroniques ;
- *l'article 10*, intitulé « informations à fournir », établit l'obligation de fournir des informations afin de garantir que le consommateur a eu la possibilité, d'une part, de mesurer qu'il est sur le point de se lier juridiquement par la conclusion d'un contrat et, d'autre part, de prendre connaissance du contenu de celui-ci ;
- *l'article 11*, relatif à la « passation d'une commande », contient notamment l'obligation d'envoyer un accusé de réception.

On remarque que le législateur européen n'a pas souhaité « réinventer » le droit des contrats, ses objectifs demeurant relativement limités. En effet, comme le reconnaît le considérant n° 6 de la proposition de directive, en traitant seulement certaines questions spécifiques qui soulèvent des problèmes pour le marché intérieur, cette approche « *est pleinement cohérente avec la nécessité de respecter le principe de subsidiarité tel qu'énoncé à l'article 5 du traité* ».

L'objectif de cette partie est de faire le point sur les dispositions introduites par la section 3 et, le cas échéant, de mettre en évidence les différences que ce nouveau régime crée par rapport au droit commun des contrats. A cet effet, nous procéderons à l'analyse, article par article, de la section 3, après avoir formulé quelques remarques liminaires.

B. Remarques préliminaires

1. Absence de définition du « contrat électronique »

Le premier aspect que l'on peut remarquer dans cette section 3 est l'absence de définition précise de la notion de « contrat électronique ».

électroniques dans des réseaux ouverts où, par hypothèse (les usagers ne se connaissant pas nécessairement avant d'entrer en relation), la mise en place d'un cadre juridique ne serait pas possible. Voy. L. ELIAS, J. GERARD et G.K. WANG, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahiers du CRID, n° 8, 1992, p. 140 ; M. JACCARD, *La conclusion des contrats par ordinateur*, Berne, 1996, p. 620 ; R. JULIA-BARCELO, « EDI-Electronic Contracting: Contract Formation and Evidentiary Issues Under Spanish Law », *The EDI Law Review*, Vol. 6, N° 2-3, 1999, pp. 155-172.

Toutefois, à défaut d'une définition rigoureuse, on trouve dans l'explication de ce que l'on entend par service de la société de l'information des éléments permettant d'éclairer la notion de « contrat électronique » au sens de la proposition de directive.

À cet égard, le considérant n° 17 rappelle que les services de la société de l'information couvrent « *tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». Le considérant n° 18 inclut parmi les services de la société de l'information, *inter alia*, la conclusion des contrats électroniques : « *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* ».

Ces références appellent les remarques suivantes : d'abord, selon la proposition de directive, un « contrat électronique » est un contrat conclu à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données. Par rapport à la technique de communication en ligne visée, la proposition de directive ne va pas plus loin, on peut donc en déduire qu'elle trouve à s'appliquer aux transactions réalisées à distance sur tout genre de réseaux de télécommunications, ouverts mais aussi fermés. En outre, la proposition n'exclut nullement la technique de messagerie particulière que les parties contractantes peuvent utiliser pour s'échanger des messages et conclure des contrats en ligne.

Aujourd'hui, la technique la plus répandue est l'utilisation de pages Web qui font apparaître les conditions contractuelles lorsque le consommateur active certains liens hypertextes. Mais il faut aussi inclure, par une interprétation *a contrario* du considérant n° 39, l'échange de messages par la voie du courrier électronique en vue de conclure des contrats. Le choix de la Commission de retenir une conception large du « contrat électronique », qui englobe tout genre de réseaux (fermés et ouverts), et toutes les techniques de messagerie, nous paraît assez judicieux. Etant donné la rapidité avec laquelle les technologies évoluent, il était important de trouver un concept large, susceptible de couvrir les techniques futures, sans que la législation ne devienne rapidement obsolète.

2. Champ d'application

En ce qui concerne les parties impliquées dans une transaction électronique, l'on constate que les articles 10 et 11 de la proposition visent seulement les « contrats électroniques » où l'une des parties est un prestataire de services de la société de l'information. Le considérant n° 18 précise très clairement que « *l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes phy-*

siques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information ». Cette restriction est conforme à l'objectif de la proposition de directive, qui est d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre États membres. Par contre, l'article 9, relatif aux exigences de forme, n'est pas limité à ce genre de contrats : il a donc un champ d'application beaucoup plus large puisqu'il comprend aussi les contrats conclus entre consommateurs.

On relève ainsi un manque de cohérence dans le champ d'application de la section 3 : dans certains cas, les articles s'appliquent uniquement aux contrats où l'une des parties est un prestataire de services de la société de l'information, tandis qu'en d'autres hypothèses, ils semblent s'appliquer à tout genre de contrats.

À notre avis, le choix d'un champ d'application plus large favoriserait un système juridique plus cohérent qui permettrait d'appliquer les mêmes règles juridiques aux contrats électroniques, sans considération de l'identité des parties. Cependant, étant donné que la compétence de la Commission est limitée à l'objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, il semble qu'effectivement elle ne dispose pas du pouvoir d'élargir le champ d'application de la proposition de directive aux rapports entre consommateurs, lesquels ne créent pas d'entraves au marché intérieur.

Toujours est-il que les États membres ont le loisir de profiter de la transposition de la proposition de directive dans leur législation nationale pour entamer une réforme globale de leur législation dans le but de l'adapter aux nouvelles technologies, même dans les cas non prévus par la proposition de directive.

C. Commentaire des articles

1. Traitement des obstacles aux contrats électroniques

L'article 9 § 1 vise à éliminer les exigences de forme qui existent dans le processus contractuel et qui peuvent empêcher l'utilisation des contrats électroniques. En particulier, l'article 9 dispose que « *Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ».

Ainsi, l'article 9 enjoint les États membres de supprimer tous les obstacles qui peuvent soit empêcher l'utilisation effective des contrats

électroniques, soit priver d'effet ou de validité ces derniers. En particulier, comme l'explique l'exposé des motifs, les États membres devront soit supprimer des exigences de forme — comme, par exemple, la nécessité d'utiliser un support papier ou un « écrit » —, soit les interpréter de façon suffisamment ouverte de manière à admettre les équivalents électroniques, tel l'écrit sur support électronique. Cette dernière solution n'est pas nouvelle : on la trouve par exemple (mais limitée à l'exigence de l'écrit) dans l'article 6 de la loi modèle sur le commerce électronique de la CNUDCI¹⁹.

Il faut aussi noter que cette obligation est plus large qu'il n'y paraît à première vue, car elle s'applique à tout le processus contractuel, qui s'étend de la phase pré-contractuelle à celles de la conclusion et de l'exécution du contrat. Comme nous l'avons déjà souligné, l'article 9 ne limite pas sa portée aux contrats où l'une des parties est un prestataire de services de la société de l'information, mais étend son champ d'application à tout le « système juridique ».

Il s'agit donc d'une obligation très large qui va obliger les États membres à réaliser un travail minutieux d'identification et de suppression ou d'adaptation des obstacles dans l'ensemble de leur réglementation. Il convient de noter que l'accomplissement de cette obligation va obliger à adapter, voire modifier radicalement, de nombreuses règles de droit commun, basées sur une culture du support papier. Par exemple, en droit belge, la partie qui veut faire la preuve d'un acte juridique en matière civile, dont la somme dépasse 15.000 BEF, doit tenir compte de l'article 1341 du Code civil qui exige que la preuve soit apportée par un « écrit signé », notion que la jurisprudence réserve actuellement au seul *support papier*²⁰.

Nombre de règles devront nécessairement être modifiées pour répondre aux exigences de l'article 9.

1.1. L'aspect particulier de la signature

L'obligation de supprimer les obstacles à l'utilisation des contrats électroniques n'affecte pas la nécessité d'une signature : comme le signale le considérant n° 35, les exigences formelles de signature demeurent²¹.

Mais, selon l'article 5 § 1 de la directive sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques²², les signatures électroniques qui rem-

19. Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, disponible à : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>. Article 6 § 1 : « Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement ».

20. M. ANTOINE et D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », *R.G.D.C.*, n° 4-5, 1998, p. 285-310.

21. Le considérant n° 35 précise que « la présente directive n'affecte pas la possibilité pour les États membres de maintenir ou d'établir pour les contrats des exigences juridiques générales ou spécifiques qui peuvent être satisfaites par des moyens électroniques, notamment des exigences en matière de sécurité des signatures électroniques ».

plissent certaines conditions devront être traitées de manière équivalente aux signatures manuscrites. En d'autres termes, la directive relative aux signatures électroniques reconnaît que les fonctions de la signature manuscrite — notamment l'identification du signataire et la manifestation de volonté de ce dernier de s'approprier le contenu de l'acte auquel se réfère la signature —, peuvent être satisfaites par diverses méthodes d'authentification, telle la signature digitale. Par conséquent, bien que la proposition de directive (sur le commerce électronique) n'oblige pas les États membres à modifier les dispositions relatives à la signature, ils devront toutefois introduire une équivalence entre la signature électronique et la signature manuscrite, afin de répondre à l'exigence de l'article 5 § 1 de la directive sur la signature électronique²³.

Maintenir l'exigence de signature, tout en imposant une conception ouverte de cette dernière, apparaît comme un compromis équilibré car on pourra désormais admettre d'autres types de signature que la signature manuscrite, tout en maintenant les fonctions essentielles qui sont traditionnellement assignées à la signature manuscrite (identification, manifestation du consentement et maintien de l'intégrité). Autrement dit, les fonctions essentielles de la signature manuscrite doivent être maintenues dans le cadre du commerce électronique, contrairement à d'autres exigences formelles qui ne remplissent pas de fonction essentielle.

Il est donc logique et judicieux de la part de la Commission d'exclure de l'article 9 l'exigence de signature. Le maintien de cette exigence, assorti de la faculté de faire usage d'une signature électronique remplissant les mêmes fonctions que la signature manuscrite, satisfait aux exigences de sécurité sans constituer un obstacle au développement du commerce électronique.

Enfin, on peut affirmer que l'article 9 modifie le droit commun des contrats en créant un système juridique non formaliste qui permet l'utilisation des contrats électroniques et, partant, le développement de la société de l'information. La directive sur les signatures électroniques modifie, elle aussi, le droit des obligations en consacrant une notion ouverte de signature, destinée à couvrir toute forme de signature — y compris la signature électronique — pourvu qu'elle assure les fonctions de la signature manuscrite.

22. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, L 13 du 19 janvier 2000.

23. À ce sujet, R. JULIA-BARCELO, « A New Legal Framework for Electronic Contracts: The EU Electronic Commerce Proposal », *The Computer Law and Security Report*, Vol. 15, Issue 3, 1999. Sur la directive relative à la signature électronique, voy. l'étude de D. GOBERT et E. MONTERO dans le présent ouvrage.

1.2. Le maintien des restrictions au commerce électronique dans certains domaines du droit

L'article 9 § 2 offre la possibilité aux États membres de soustraire certains domaines du droit à l'obligation de supprimer les obstacles juridiques et pratiques à l'utilisation des contrats électroniques. Sont notamment concernés les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention de tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ; les contrats de caution et de garantie fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

Il se pourrait donc que ce genre de contrats ne puissent être conclus par voie électronique. Étant donné l'objet et la nature des contrats envisagés par l'article 9 § 2 (*i.e.* les contrats du droit de la famille et des successions tels que le mariage, l'adoption ou le testament), il nous paraît justifié que les États membres puissent continuer à exiger que les parties contractantes soient physiquement présentes lors de la conclusion de pareils contrats.

Cependant, il est difficile de trouver une explication pour exclure du champ du commerce électronique certains contrats qui nécessitent l'intervention d'un notaire²⁴, si ce n'est la volonté de perpétuer une pratique historique en Europe. Surtout, si l'on tient compte de la technique de la signature numérique, qui, moyennant l'intervention des autorités de certification, permet l'identification des parties contractantes. Les notaires auraient pu garder le monopole de leur intervention pour ce type de contrat, tout en admettant que celle-ci puisse désormais s'effectuer par voie électronique. Peut-être est-ce cette considération qui motive l'exigence de l'article 9 § 3 de soumettre à la Commission, tous les cinq ans, un rapport expliquant les raisons pour lesquelles les États membres estiment nécessaire de maintenir certaines exclusions ?

2. La nécessité d'un consentement libre et éclairé

2.1. Informations à fournir

Une des exigences fondamentales en droit des contrats est le principe selon lequel la validité d'un contrat suppose l'existence d'une volonté de contracter. Ainsi, le consentement contractuel doit être donné librement, de façon éclairée et sans erreur²⁵.

24. Par exemple, dans le droit de plusieurs États membres, la formation d'une société.

25. En droit belge, on trouve cette règle à l'article 1108 du Code civil qui fixe des conditions essentielles pour la validité des conventions.

Pour que le consentement soit libre et éclairé, le droit commun des États membres — soit par le biais d'une loi, soit à travers la jurisprudence — consacre le principe de transparence, en vertu duquel les parties contractantes doivent disposer de toutes les informations relatives au contrat, y compris les conditions générales, préalablement à la conclusion de celui-ci. Par exemple, en droit belge, la jurisprudence a établi que les parties contractantes doivent avoir eu les moyens nécessaires pour connaître les clauses du contrat avant de le conclure. Ainsi, on peut lire à l'article 30 de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur²⁶ que « *au plus tard au moment de la conclusion de la vente, le vendeur doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible* ».

C'est dans cet esprit que les obligations consacrées par l'article 10 doivent être comprises. Les informations à fournir par le prestataire de services, préalablement à la passation d'une commande par le destinataire du service, concernent : les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; l'archivage ou non du contrat une fois le contrat conclu et son accessibilité ; les moyens techniques pour l'identification et la correction des erreurs de manipulation et les langues proposées pour la conclusion du contrat. L'obligation selon laquelle les clauses contractuelles et les conditions générales doivent être fournies au destinataire, de manière à lui permettre de les conserver et de les reproduire, remplit la même finalité de transparence du processus contractuel.

La même finalité est poursuivie par l'article 11 § 2 qui prescrit aux prestataires de services de la société de l'information de mettre à la disposition du destinataire du service des moyens appropriés, efficaces et accessibles, lui permettant de prendre connaissance des erreurs commises dans l'introduction des données et de les corriger, avant la passation de la commande.

Ces obligations précisent la façon de mettre en pratique, lors de la conclusion du contrat électronique, cette obligation générale de transparence qui existe en droit commun. L'objectif est de s'assurer que le consommateur qui veut conclure un contrat par des moyens électroniques dispose de tous les moyens nécessaires pour prendre connaissance de l'existence du contrat et de son contenu, de façon à ce que son consentement soit donné librement et sans erreur. Ces dispositions visent à éviter un engagement non voulu, par suite d'un consentement affecté d'un vice, ce qui serait le cas si un consommateur « cliquait » par erreur sur

26. Loi du 14 juillet 1991, *M.B.*, 29 août 1991.

l'icône « *j'accepte* » quand en réalité il voulait cliquer sur l'icône « *je n'accepte pas* ».

Les obligations introduites par l'article 10 se justifient par la nouveauté du contexte dans lequel s'inscrivent les rapports commerciaux, et par les caractères spécifiques de la technique utilisée. En effet, le législateur européen a considéré, à juste titre, que l'essor des services de la société de l'information nécessitait des précautions supplémentaires assurant la transparence du processus contractuel de manière à garantir la sécurité juridique et à protéger les consommateurs.

Ainsi, dans tous les rapports commerciaux entre un consommateur et un prestataire de services de la société de l'information, ce dernier a l'obligation de fournir les informations requises. Bien sûr, comme le précise l'article 10 § 4, cette disposition ne s'applique pas aux contrats conclus entre particuliers, ce qui est en accord avec l'objectif et le champ d'application de la proposition de directive²⁷.

L'article 10 prévoit une véritable dérogation en accordant la possibilité aux commerçants de déroger aux obligations prévues par l'article 10, et ce, afin de conférer une certaine souplesse aux rapports de ce genre. Ainsi les commerçants peuvent-ils négocier un cadre contractuel plus adapté à leurs nécessités commerciales. Tout comme on peut accueillir positivement cette exception, qui prend en considération le principe de la liberté contractuelle, il faut saluer le fait que l'article 10 s'applique aussi, à défaut de convention contraire, aux commerçants. Cette solution se comprend car, dans la plupart des cas, les commerçants sont de « petits commerçants » invités à adhérer à des contrats pré-rédigés, à l'instar des consommateurs. Il est donc logique de les soumettre au même statut que ces derniers.

2.2. *Hésitations et lacunes*

Comme on vient de le voir, la proposition de directive impose des obligations supplémentaires, consistant notamment en la fourniture d'informations, pour assurer l'existence d'un consentement réel. Cepen-

27. À cet égard, il faut noter que l'article 10 § 4 n'est pas clair. Il dispose que « *Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes* ». On pourrait comprendre qu'il cherche à limiter le champ d'application de l'article 10 aux contrats électroniques qui n'utilisent pas la technique du courrier électronique. Il en résulterait que l'article 10 s'applique seulement aux contrats électroniques auxquels les conditions contractuelles sont offertes par le biais des pages Web. Nonobstant cette rédaction imprécise, cette interprétation doit être écartée. Elle n'est pas compatible avec le considérant n° 39 qui précise explicitement : « *Les exceptions aux dispositions relatives aux contrats passés exclusivement au moyen du courrier électronique ou au moyen de communications individuelles équivalentes prévues dans la présente 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* ». En dépit de son libellé peu clair, la portée exacte de l'article 10 § 4 est que les obligations de l'article 10 ne s'appliquent pas aux rapports commerciaux entre consommateurs.

dant, des interrogations subsistent, notamment sur la manière de présenter les conditions générales dans un contrat électronique.

Une règle générale du droit, que l'on trouve aussi, notamment, dans la directive sur les contrats à distance²⁸, requiert que les conditions générales du contrat soient formulées de manière claire et non équivoque. Par rapport à cette exigence, une des questions que l'on peut se poser est relative à la forme que les conditions générales du contrat doivent prendre dans un contrat électronique : par exemple, les informations fournies par des hyperliens remplissent-elles l'obligation de transparence dans les rapports commerciaux ? Offrent-elles les garanties suffisantes pour que le consommateur soit à même de connaître le contenu du contrat ?

Cette question et d'autres questions similaires se résoudront probablement par la voie jurisprudentielle, comme c'est le cas depuis toujours car la loi — de portée générale et abstraite, par essence — ne peut apporter une réponse parfaitement satisfaisante à la variété des situations susceptibles de se présenter. Ainsi, la jurisprudence belge a précisé que les conditions générales du contrat figurant au *verso* d'un document ne sont opposables au consommateur que si l'on trouve sur le *recto* une indication de leur présence au *verso* du document.

3. L'obligation d'envoyer un accusé de réception

Au cours du processus d'élaboration de la directive, l'article 11 de la proposition a subi de nombreuses modifications par rapport à la première version adoptée par la Commission le 18 novembre 1998²⁹.

La première version de l'article 11 établissait une règle relative au moment de la conclusion du contrat électronique. La nouvelle version a abandonné tout à fait ce sujet pour se concentrer uniquement sur une obligation précise à charge des prestataires de services. Concrètement, la nouvelle rédaction oblige les prestataires de services, lorsqu'ils reçoivent une commande d'un destinataire du service (par exemple, d'un consommateur) à accuser réception de la commande par des moyens électroniques — autrement dit, à envoyer un courrier électronique — notifiant au destinataire qu'ils ont bien reçu la commande.

Pour bien comprendre la portée de l'article 11 tel qu'il est désormais rédigé, il est utile au préalable d'analyser l'ancienne rédaction qui établissait la règle du moment de la conclusion du contrat.

28. Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L du 4 juin 1997, p. 144.

29. COM (1998) 586 final.

3.1. Les modifications de la règle de l'article 11 au cours du processus de discussion de la proposition de directive

a) L'intérêt de déterminer le moment de conclusion du contrat

Le moment de la conclusion du contrat a des effets juridiques importants³⁰. Il détermine, en principe, la prise d'effet du contrat. Ainsi, en matière de vente, aussitôt le contrat formé, l'acheteur devient en principe propriétaire du bien vendu et supporte la charge des risques. Dès cet instant, l'offre et l'acceptation ne sont plus révocables³¹. Ce moment sert aussi à fixer le point de départ des délais de garantie et de prescription. Il peut s'avérer utile pour apprécier la capacité des parties contractantes. Il permet de déterminer la loi applicable au contrat en cas de changement intervenu dans la législation.

Dans la plupart des États membres, il est prévu qu'entre parties éloignées l'une de l'autre, c'est-à-dire non présentes physiquement, un contrat est conclu dès l'instant où l'offrant a eu la *possibilité* de prendre connaissance de l'acceptation de son offre par son interlocuteur³². Cette solution est connue sous le nom de *théorie de la réception*³³. Si l'on applique cette théorie à un contrat électronique où l'offre est présentée sur la page Web du prestataire de services, on pourrait en déduire que le contrat est conclu au moment où l'acceptation faite par le destinataire parvient chez le fournisseur d'accès à Internet du prestataire de services. En effet, dès cet instant, ce dernier peut prendre connaissance du message d'acceptation en consultant sa boîte aux lettres électronique³⁴.

Cependant, il faut constater que, dans un environnement électronique où les messages contractuels voyagent rapidement — en quelques secondes, le plus souvent —, l'incidence pratique des théories relatives à la détermination du moment de conclusion du contrat est d'ordinaire relativement négligeable. Les aspects tributaires du moment précis où se forme le contrat, tels que l'appréciation de la capacité des parties ou la loi

30. À ce sujet, voy. notamment E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », in *Internet sous le regard du droit*, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, spéc. p. 50, n° 10.

31. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970 ; M.J. BONELL, *La formazione del contratto di compravendita, La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, 39 Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1981, pp. 114-136.

32. En jurisprudence belge, voy. Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724 ; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, 1182.

33. La théorie de la réception est privilégiée dans les pays suivants : Belgique, France, Allemagne, Espagne, Italie. Par contre, en droit anglais, un contrat se forme au moment où l'acceptation est communiquée à l'offrant (théorie de l'émission ou de l'expédition). Sur les différentes théories, voy. l'étude classique de J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », *R.C.J.B.*, 1962, p. 303.

34. En ce sens et pour plus de détails, E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, p. 51, n° 10.

applicable, n'auront généralement subi aucune modification durant le laps de temps écoulé entre l'envoi et l'arrivée à destination d'une acceptation.

L'enjeu de la question est ici moins capital qu'en matière de contrats formés par l'échange de lettres missives, dont l'acheminement par voie postale peut prendre une ou plusieurs semaines.

Cela étant, il est clair qu'en certains cas, le problème peut présenter quelque acuité, également dans le contexte des réseaux numériques. Par exemple, si le prix d'une vente d'actions est déterminé en fonction du moment précis de la formation du contrat, il aura pu osciller sensiblement durant le temps qui sépare l'envoi et la réception du message d'acceptation. Par ailleurs, on ne peut exclure complètement qu'un message électronique nécessite plusieurs jours pour arriver à son destinataire.

b) L'ancien article 11 et ses conséquences

La première version de la proposition de directive électronique introduisait une règle applicable aux contrats électroniques conclus entre un prestataire de services et un consommateur, qui venait modifier la règle traditionnelle de la théorie de la réception. Plus précisément, l'article 11 établissait que le contrat électronique « *est conclu quand le destinataire du service a reçu par voie électronique de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service* ». Pour qu'un contrat électronique soit conclu, d'après l'ancienne rédaction de l'article 11, il fallait donc suivre les cinq étapes suivantes :

- 1°) une offre de biens ou de services provenant du prestataire de services doit être mise à la disposition du public sur la page Web du prestataire ;
- 2°) une acceptation doit être envoyée par le destinataire du service au prestataire ;
- 3°) le prestataire doit recevoir cette acceptation ;
- 4°) suite à la réception de cette acceptation, le prestataire de services doit envoyer au destinataire du service un accusé de réception de l'acceptation ;
- 5°) le contrat est conclu lorsque l'accusé de réception arrive au destinataire du service.

On peut tirer quelques enseignements de cette règle, qui présente surtout un intérêt au plan probatoire.

Avec ce système, qui consacre principalement deux principes — celui de la qualification de la page Web du prestataire en tant qu'offre au sens juridique de la notion, d'une part, et les cinq étapes nécessaires pour fixer le moment de conclusion du contrat, d'autre part —, le législateur européen mettait le destinataire dans une situation favorable par rapport au prestataire de services.

En théorie, si l'on considère la page Web du prestataire comme une offre de contracter, et si le destinataire envoie au prestataire une acceptation en ajoutant un élément à l'offre³⁵, le fait que le prestataire renvoie au destinataire un accusé de réception montre qu'il accepte cet élément ajouté à l'offre, qui fera partie intégrante du contrat. Par contre, si la page Web est considérée comme une simple invitation à offrir, les conséquences ne seront pas les mêmes : l'offre étant faite par le destinataire, ce ne sera plus lui, mais le prestataire, qui sera en mesure d'effectuer une modification avant d'accepter l'offre du destinataire. La situation est donc plus favorable au destinataire quand la page Web est considérée comme une offre³⁶.

De même, le destinataire était le premier à savoir si le contrat était finalement conclu ou non. Ainsi, en cas de panne de communication ou à défaut de réception de l'accusé de réception, *a priori*, le destinataire pouvait savoir qu'il n'était pas engagé par les obligations qui découlent du contrat. Il apparaît que le destinataire est dans une situation plus confortable si, une fois qu'il a donné son acceptation à l'offre qui est formulée sur la page Web du prestataire, il reçoit une confirmation de la réception. En effet, à partir de ce moment, il sait que l'acceptation a été bien reçue et que le contrat l'engage.

À l'inverse, si le contrat est conclu au moment où l'acceptation parvient au prestataire du service, le destinataire serait toujours dans le doute — même jusqu'à la réception des marchandises — quant à la conclusion du contrat. Par exemple, on peut imaginer que son acceptation ne soit jamais arrivée à son destinataire, ou que le prestataire ait préféré ne pas être engagé par ce contrat. La certitude qui est fournie par l'accusé de réception peut se comparer à l'utilisation du service d'accusé de réception offert par la Poste dans l'envoi du courrier.

Ensuite, et de façon plus fondamentale, il faut souligner que le destinataire qui reçoit l'accusé de réception est en possession d'un moyen de prouver l'existence du contrat, ainsi que son contenu. En effet, en cas de litige, le destinataire est en mesure de prouver le contenu de son acceptation et le fait qu'elle a bien été reçue par le prestataire. Cette preuve est possible à l'aide de l'accusé de réception envoyé par le prestataire de services.

Si, de son côté, un prestataire souhaite apporter la preuve dans un litige, soit que le contrat n'a jamais été conclu, soit que le contenu était différent, le destinataire aurait à sa disposition tous les moyens pour obtenir

35. Par exemple, il demande une augmentation de la durée de la garantie.

36. Toutefois, la majeure partie des contrats étant des contrats d'adhésion qui ne laissent pas aux parties la possibilité de négocier, cette hypothèse apparaît relativement théorique.

gain de cause, en apportant la preuve de l'existence du contrat par le biais du message électronique contenant l'accusé de réception³⁷.

Enfin, il faut aussi souligner qu'en retardant le moment de la conclusion du contrat jusqu'à l'instant où survient la réception de l'accusé de réception, on donne au destinataire la possibilité de changer d'avis et d'envoyer une révocation de son acceptation jusqu'au moment de la réception de l'accusé de réception. Toutefois, il faut se rappeler que la vitesse de la communication rend cet aspect moins pertinent³⁸.

En conclusion, le système compliqué d'accusé de réception de l'ancien article 11 présentait l'avantage de faire coïncider le moment de la formation du contrat et le moment où les parties disposent des éléments de preuve de celui-ci, ce qui n'est pas le cas par application pure et simple de la théorie de la réception. Toutefois, en imposant autant de phases pour parvenir *in fine* à la formation du contrat, cet article compliquait exagérément le processus contractuel. En ce sens, il faut se demander si la technologie actuelle ne permet pas d'atteindre l'objectif recherché, au moyen d'un mécanisme simplifié. En particulier, ne peut-on songer au recours à un tiers indépendant chargé de certifier la réception par le destinataire d'un message contractuel ? En d'autres termes, le destinataire d'une acceptation reçue par voie électronique peut souhaiter disposer d'une preuve que l'acceptation lui est effectivement parvenue. Ainsi est-il à même de démontrer, le cas échéant, l'existence du contrat. Une voie à explorer serait l'instauration de systèmes de certification de la réception d'un message électronique comparables à ce qui existe en matière de courrier postal (recommandé avec accusé de réception).

c) Les raisons de la modification de l'article 11

Pourquoi cette règle n'a-t-elle pas été retenue dans la dernière version de la proposition de directive ? Il est à signaler que, dans le cadre des discussions au sein du Conseil des ministres, les représentants des États membres ont constaté que les disparités nationales au sujet de la notion

37. Il faut noter que si les messages contractuels n'étaient pas utilisés en combinaison avec des moyens techniques aptes à assurer l'authenticité et l'intégrité du message, tels qu'une signature électronique, on pourrait penser que la force probante des messages électroniques ne serait pas suffisante pour démontrer leur véracité. A ce sujet, voy. G. ALCOVER GARAU, « La firma electrónica como medio de prueba (valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas) », *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n° 13, 1994, pp. 11-41.

38. Sur ce point, il faut souligner que différents auteurs ont soutenu que l'accusé de réception ne pouvait pas servir au prestataire de services pour changer le contenu de son offre. Mais, à notre avis, si le moment de conclusion du contrat est celui où l'accusé de réception arrive au destinataire du service, le prestataire pourrait se servir de l'accusé, en particulier ne pas l'envoyer, pour refuser de conclure le contrat (du moins, dans les limites de la théorie de l'abus de droit). En tout cas, dans un litige, le consommateur ne dispose pas des moyens pour prouver l'existence du contrat. Bien sûr, il peut prouver l'offre et son acceptation, mais cela ne suffit pas pour établir l'existence du contrat.

d'« offre contractuelle » posaient des problèmes pour l'application de la règle de l'article 11³⁹.

En effet, la règle posée dans l'article 11 présume que le prestataire de services a « posté » une offre, et que le message qui parvient au prestataire, envoyé par le destinataire, est une acceptation.

Cependant, si la déclaration de volonté du prestataire constitue effectivement une *offre* dans certains États membres (comme la Belgique et la France), d'autres législations nationales, comme l'Allemagne et l'Angleterre, qualifient cette manifestation comme une *invitation à offrir*, la véritable offre étant le message du destinataire envoyé au prestataire et qui contient la commande. Dans ce dernier cas, l'application de l'article 11 n'était pas évidente, étant donné que la page Web du prestataire ne constituait pas une offre contractuelle mais une simple invitation à offrir.

Une possible interprétation consistait à penser qu'il fallait inclure une nouvelle étape dans le processus, c'est-à-dire une invitation à offrir sur la page Web : une offre envoyée par le destinataire, une acceptation envoyée par le prestataire, et finalement un accusé de réception envoyé par le destinataire. Une autre interprétation défendait le maintien des cinq étapes, sous réserve d'une modification des acteurs : concrètement, le destinataire envoie l'offre, et le prestataire au lieu d'envoyer un accusé de réception, envoie l'acceptation⁴⁰. Quoiqu'il en soit, ces deux interprétations ne donnent pas lieu à un régime harmonisé.

Afin de supprimer ce problème, la solution adoptée par la dernière version de la proposition de directive consiste à supprimer la règle du moment de la conclusion du contrat, et à la remplacer par une obligation consistant à « *accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique* ». Selon la nouvelle mouture de l'article 11, cette obligation doit être exécutée « sans délai ». En outre, il est établi que la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

3.2. *Analyse de la dernière version de l'article 11*

Nous relevons les points les plus importants de cette nouvelle rédaction, avant d'analyser les conséquences que l'on peut en tirer.

a) *Exégèse de l'article 11*

Tout d'abord, le nouvel article 11 impose une obligation très simple au prestataire de services, qui consiste à envoyer un accusé de réception de la commande. On peut penser que cet accusé de réception consistera en un

39. T. HOEREN, « Formation of electronic contracts », SOFTIC Conference 1999, Tokyo.

40. S. CAVANILLAS MUGICA, « La protección del consumidor y la sociedad de la información : una revisión estratégica », *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n° 4, 1999, pp. 435-452.

courrier électronique automatisé, envoyé dès le moment de la réception de la commande.

Notons également que la proposition de directive ne se prononce pas sur la qualification à apporter à la déclaration contractuelle du consommateur envoyée au prestataire : est-ce une offre ou une invitation à offrir ? La question reste ouverte. La proposition omet expressément cette question et utilise le mot « commande », ce qui a comme conséquence de laisser aux États membres la liberté d'appliquer leur législation nationale sur ce point.

Enfin, l'article 11 ne précisant pas quel est le moment de conclusion du contrat, il faut en conclure que les règles nationales trouvent là encore à s'appliquer.

b) Conséquences de la nouvelle rédaction

Quelles conséquences peut-on tirer, d'une part, de l'existence d'une nouvelle obligation, et, d'autre part, de l'abandon à la fois d'une règle uniforme visant à déterminer le moment de conclusion du contrat et à définir la notion juridique d'offre ?

Il est permis de distinguer deux types de conséquences. Les premières sont relatives au moment de la formation du contrat. Les secondes concernent l'incidence de l'accusé de réception sur l'obtention d'une preuve.

En ce qui concerne le moment de la formation du contrat, la conséquence la plus importante se situe, à notre avis, sur le terrain du renvoi aux législations nationales pour les questions concernant la notion d'offre et le moment de conclusion du contrat. En clair, cela signifie que certaines législations vont considérer que la déclaration sur la page Web est une offre, tandis que d'autres la considéreront comme une invitation à offrir. De la même manière, certaines législations vont appliquer la règle de la réception, alors que d'autres vont appliquer des règles qui déterminent le moment de conclusion à un stade antérieur. A cet égard, il est important de rappeler que la loi qui doit servir à désigner la législation ayant vocation à régir le moment de conclusion du contrat, est, selon l'article 3 de la proposition de directive, la loi du pays d'établissement du prestataire de services.

Par exemple, si l'on considère la page Web comme une offre de contracter et que l'on applique la théorie de la réception, le moment de la conclusion du contrat sera le moment où l'acceptation arrive chez le prestataire du service⁴¹. Une fois le contrat conclu par le biais de l'acceptation envoyée par le consommateur, le prestataire lui envoie un

41. L'on peut aussi envisager que la règle du moment de conclusion soit la règle de l'émission, donc le contrat serait conclu lorsque le consommateur envoie l'acceptation.

accusé de réception, ce qui pose la question de savoir quel est l'effet de cet accusé de réception. On constate que le fait d'envoyer un accusé de réception n'a aucune influence sur la question de savoir si et à quel moment le contrat est conclu.

Dans notre exemple, si le prestataire n'envoie pas l'accusé de réception, *a priori*, cela n'aurait pas comme conséquence de nier l'existence du contrat puisque celui-ci est déjà formé.

Il convient de noter que l'accusé de réception peut jouer un rôle important sur le terrain de la preuve de l'existence du contrat. Ainsi, si le contrat est conclu au moment où l'acceptation arrive au prestataire de services⁴², le consommateur n'aurait pas les moyens de prouver l'existence du contrat parce que le prestataire pourrait faire valoir qu'il n'a pas reçu le message d'acceptation. De son côté le consommateur ne disposerait pas d'une attestation qui lui assure qu'il a envoyé son message d'acceptation. Ainsi, l'obligation d'envoyer un accusé de réception, prévue par l'article 11, va aider à résoudre cette question. En effet, si le prestataire envoie l'accusé de réception, le consommateur dispose d'une preuve – en l'occurrence le message du prestataire – du contenu de son offre et du fait qu'elle a bien été reçue. Par conséquent, l'accusé de réception ne change pas le moment de la conclusion, mais il peut être utilisé comme *preuve* de l'existence du contrat. Si le prestataire n'a pas envoyé l'accusé de réception, le consommateur peut lui demander des dommages et intérêts à titre d'indemnisation du préjudice subi par le non respect de l'obligation d'envoyer l'accusé de réception.

Examinons maintenant la situation des États membres où la déclaration sur la page Web est qualifiée d'invitation à offrir. Si l'on applique la théorie de la réception, et que l'on considère la commande du destinataire comme une offre, le contrat serait conclu seulement si le prestataire envoie une acceptation, et au moment où cette acceptation arrive au consommateur. Dans ce cas-là, l'accusé de réception serait envoyé par le prestataire de services avant d'envoyer l'acceptation du contrat. En toute hypothèse, l'accusé de réception est sans incidence sur l'existence du contrat. Toutefois, le fait de ne pas avoir envoyé d'accusé de réception, s'il a donné lieu à un préjudice, pourrait être invoqué devant un tribunal sur la base d'une action extra-contractuelle, le contrat n'étant pas encore conclu.

Suivant le même exemple, si le prestataire a envoyé son acceptation, le contrat est conclu lorsque l'acceptation arrive au destinataire du service (ou, plus précisément, chez son fournisseur d'accès à Internet) ; dans ce cas, si le consommateur a les moyens de prouver le contrat (à savoir, par le biais de l'accusé de réception et de l'acceptation), le prestataire, lui, ne

42. On retient ici la théorie de la réception en considérant la page Web du prestataire comme une offre au sens juridique de la notion.

dispose pas des moyens de prouver si le contrat est conclu (le consommateur pourrait toujours le nier). Dès lors, l'obligation de fournir un accusé de réception est inopérante. Pour que le prestataire dispose d'un moyen de preuve, il doit demander au consommateur de lui envoyer un accusé de réception de l'arrivée de l'acceptation contractuelle. Bien entendu, le contrat serait formé dès l'arrivée de l'acceptation, ce qui signifie que l'accusé envoyé par le consommateur ne retarderait pas le moment de conclusion, mais servirait de moyen de preuve.

Ainsi, on peut affirmer que le moment de la conclusion du contrat doit être pris en compte par le prestataire, en particulier, car, en fonction de ce moment, il lui faut prendre des précautions supplémentaires pour disposer d'une preuve de l'existence et du contenu du contrat. Comme on peut le constater à la lumière des exemples proposés, ces mesures visent à obtenir de l'autre partie contractante un accusé de réception qui fournira la certitude qu'elle a reçu le message contractuel. Néanmoins, la même fonction pourrait être remplie avantageusement par l'intervention d'un tiers chargé de fournir un service d'accusé de réception.

Lors de la transposition de la directive, les États membres seront certes libres d'imposer des sanctions différentes du non respect de l'obligation d'envoyer un accusé de réception. Ils pourront ainsi prévoir que le contrat n'existe pas si l'accusé n'est pas envoyé.

Suite à ces différents constats, on peut formuler les observations suivantes :

- 1°) le manque d'harmonisation de ce que l'on entend par « offre contractuelle », ainsi que la coexistence de théories différentes relatives à la détermination du moment de conclusion du contrat, donnera lieu, suivant la loi applicable au contrat, à un moment de conclusion qui pourra être différent d'un pays à un autre. Cependant, on peut penser que la différence temporelle réelle entre une solution ou l'autre — lorsque l'on envoie ou reçoit une acceptation — est si courte (peut-être moins d'une seconde) que des questions comme la capacité de contracter ou le prix des produits se posent rarement dans le cadre d'un contrat en ligne. De plus, dans les rapports commerciaux courants, la disparité des solutions légales relatives au moment de conclusion ne devrait pas poser de gros problèmes, les parties pouvant facilement trouver une façon de résoudre le malentendu. Autrement dit, si un consommateur belge pense qu'il a conclu un contrat moyennant l'envoi d'une acceptation, et le prestataire allemand pense qu'il n'y a pas contrat parce qu'il n'a pas envoyé une acceptation, et au-delà de la loi applicable selon l'article 3, on peut penser que le prestataire allemand va mettre toutes les ressources à sa

disposition pour assurer que le contrat est conclu et qu'il a satisfait le consommateur ;

- 2°) néanmoins, il eut été préférable, et plus conforme à l'objectif d'harmonisation au niveau européen, que la directive fixe un critère relatif à la détermination du moment de conclusion du contrat. La même remarque vaut pour la question de savoir si une déclaration contractuelle contenue dans une page Web doit être considérée comme une offre au sens juridique de la notion ou comme une simple invitation à offrir ;
- 3°) dans le même temps, il ne faut pas négliger la détermination du moment de conclusion du contrat, et il convient d'examiner l'incidence de l'obligation d'envoyer un accusé de réception sur la question de la preuve du contrat. Comme on l'a vu, la règle du moment de conclusion du contrat et l'obligation d'envoyer un accusé de réception entraînent que, dans certains cas, les parties auront une preuve du contrat. Les parties doivent donc tenir compte de cette situation et prendre des précautions supplémentaires lorsque le jeu de l'acceptation et de l'accusé de réception ne permet pas d'offrir une preuve complète du contrat.

4. En conclusion

On peut approuver globalement le cadre juridique qui régit les contrats électroniques, contenu dans la section 3 de la proposition de directive. En effet, les dispositions de cette section obligent opportunément les États membres à supprimer les obstacles formels aux contrats électroniques dans leur législation.

Le cadre juridique assure que le consommateur est aussi bien protégé dans l'environnement virtuel que dans l'environnement physique, et les informations à fournir aux prestataires sont appropriées, sans être trop lourdes pour l'industrie.

Même si une définition uniforme du concept d'offre et une fixation précise du moment de la conclusion auraient présenté l'avantage de favoriser une harmonisation, les difficultés suscitées en leur absence ne sont pas dramatiques. En effet, dans l'environnement numérique, le problème de la détermination du moment de la conclusion du contrat a davantage d'implications sur le plan de la preuve qu'en ce qui concerne la formation proprement dite du contrat.

III. LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES INTERMEDIAIRES

A. Le système de responsabilité de la section 4 : présentation générale

1. Le domaine d'application

La section 4 s'inspire indubitablement de la législation américaine relative au droit d'auteur dans l'environnement numérique — le "*Digital Millenium Copyright Act*" adopté le 28 octobre 1998 aux fins de ratifier les deux traités de l'OMPI du 20 décembre 1996⁴³.

Comme l'indique son intitulé, la section 4 traite exclusivement de la responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux de communication. Le rôle d'intermédiaire se caractérise par le fait que les informations transmises ou stockées émanent des destinataires du service. Par « destinataire du service », il faut entendre la personne qui rend l'information accessible en ligne, à titre privé ou professionnel, et/ou celle qui y accède.

Dans la proposition de la Commission européenne, comme dans la loi américaine, les régimes (d'exonération) de responsabilité diffèrent, plus précisément, selon l'*activité* exercée, et non en fonction du type d'opérateur⁴⁴. Cette distinction est capitale et constitue une clé d'interprétation décisive de certaines solutions suggérées dans la suite de l'exposé. En effet, une activité de nature apparemment technique, ou présentée comme telle, peut être « disqualifiée » en activité de production ou d'édition de contenu, en fonction du comportement du prestataire concerné ou de certains engagements contractuels souscrits par lui. En ce cas, pour cette activité, ce dernier sera soumis au droit commun de la responsabilité et ne pourra bénéficier d'un régime favorable prévu à la section 4. Nous aurons l'occasion d'illustrer ce propos plus loin.

Autrement dit, seules certaines *activités* exercées par les intermédiaires techniques sont couvertes par les exonérations de responsabilité des articles 12 à 15. Il s'agit des activités de transport, de fourniture d'accès aux réseaux, de stockage temporaire sous forme de « cache » et d'hébergement. Les activités de production et d'édition sur les réseaux, quant à elles, ne sont pas visées par ces dispositions. Elles ressortissent donc au droit commun de la responsabilité. Il en est de même, semble-t-il, pour les activités

43. Pour une comparaison des deux textes, V. SEDALLIAN, « La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 110, 1999, pp. 1-4.

44. Lire le très explicite considérant n° 42.

relatives aux moteurs de recherche et à l'établissement de liens hypertextes⁴⁵.

Contrairement à la loi américaine, dont le domaine d'application est limité au *copyright* et à la contrefaçon, à l'exclusion des autres activités illicites, la section 4 vise, de manière horizontale, tous les types de contenus illicites. Aussi le système de responsabilité a-t-il vocation à s'appliquer en matière de concurrence déloyale, de contrefaçon d'œuvres protégées par des droits intellectuels, de publicité trompeuse, d'atteinte à la vie privée, de diffamation, *etc.*

Enfin, les règles établies dans la section 4 concernent tant la responsabilité civile que pénale, mais sont en principe sans incidence sur les actions en cessation et en référé (les plus fréquentes à ce jour sur ces questions).

2. Eléments communs à l'ensemble du dispositif

A titre liminaire, il paraît utile de formuler trois observations de portée générale, qu'il convient de garder en mémoire tout au long des prochains développements.

La première concerne le cadre dans lequel sera habituellement retenue la responsabilité des acteurs de l'Internet. Dans la majorité des cas, l'on aura affaire à une responsabilité délictuelle à l'égard de tiers, du chef de contenus leur portant préjudice : informations diffamatoires ou attentatoires à la vie privée, contrefaçons de droits intellectuels, actes de concurrence déloyale ou parasitaire... Mais on ne peut exclure qu'en une série d'hypothèses, une responsabilité puisse être engagée sur le terrain contractuel.

On songe d'abord aux cas où l'accès à un service d'information est subordonné à la conclusion — *on line* ou *off line* — d'un contrat d'abonnement. En cas de libre accès à des sites et données disponibles sur le réseau, l'existence d'un contrat n'est pas nécessairement exclue, même si l'utilisateur n'a pas le sentiment d'être engagé dans des liens contractuels avec le "producteur". En effet, les pages-écran qu'il visualise au cours de sa navigation peuvent contenir des mentions susceptibles d'être analysées comme une offre au sens juridique de la notion. Dès l'instant où il poursuit l'interrogation, on peut estimer qu'il manifeste son acceptation et qu'un contrat s'est ainsi formé⁴⁶. Il s'en suit que l'action en responsabilité du chef d'information non conforme pourra être recherchée par référence au contrat. Cela étant, la question n'est pas cruciale puisqu'à défaut de dispo-

45. À ce propos, voy. l'article 21, 2.

46. Cf. M. VIVANT, C. LE STANC et autres, *Lamy droit de l'informatique*, éd. 1995, p. 1176, n° 1798. Voir aussi E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, P.U.N., Namur, 1998, p. 72, n° 26.

sitions précises (ce qui est le plus fréquent), l'appréciation de la diligence due se fera de toute façon, faute de mieux, eu égard au standard abstrait de bon comportement, qui est pratiquement identique dans les deux ordres de responsabilité.

Par ailleurs, les contrats passés entre certains acteurs de l'Internet peuvent contenir des engagements supplémentaires par rapport au minimum imposé par les textes. Ainsi, rien n'empêche un prestataire d'accès ou d'hébergement de s'engager vis-à-vis de ses clients à interdire l'accès à des sites ou à effectuer certains contrôles sur les contenus, à mettre en place des dispositifs de filtrage, *etc.* En pareils cas, les prestataires intermédiaires concernés assument volontairement un niveau plus élevé de responsabilité, laquelle pourra être mise en cause, dans un cadre contractuel en principe, par un abonné au service. Cette éventualité ne nous paraît pas battue en brèche par les nouvelles dispositions de la section 4. Si besoin est, un argument peut être tiré de la circonstance que les exonérations valent pour des activités déterminées; par conséquent, on considérera qu'*in casu* le prestataire d'un service d'accès ou d'hébergement s'engage, en sus de sa mission technique, à fournir des services supplémentaires pour lesquels aucune limitation légale de responsabilité n'est prévue. Cette solution pourrait apparaître surréaliste si elle était mal analysée. En effet, on comprendrait mal qu'une responsabilité accrue pèse sur un prestataire au motif que, *de fait*, il opère certains contrôles des contenus. Il s'agirait là d'une sanction de la diligence et, à bref délai, d'une prime à l'insouciance et à la passivité. Par contre, on conçoit de sanctionner plus sévèrement celui qui s'engage, *contractuellement*, vis-à-vis de ses abonnés, à installer des filtres et effectuer des contrôles... de manière à fournir une qualité de contenu à destination d'un public particulier (mineurs, familles...). Dans ce cas, le prestataire choisit délibérément de ne pas s'en tenir à sa fonction de simple intermédiaire technique, mais de s'engager sur le contenu à dessein d'attirer un type de clientèle. Tout se passe alors comme s'il assumait un rôle comparable à celui d'éditeur. Aussi est-il logique de le tenir pour responsable, sur le fondement du droit commun, dès l'instant où il déçoit, à cet égard, les attentes ou anticipations légitimes de ses abonnés⁴⁷. Cette responsabilité est le juste corollaire du profit qu'il retire de sa stratégie commerciale.

En dehors de ces diverses hypothèses, la responsabilité sera de nature délictuelle. Ainsi en sera-t-il dans les situations, les plus fréquentes, où il n'y a pas de lien contractuel entre la victime de la diffusion de l'information illicite, d'une part, et l'intermédiaire qui transmet ou héberge celle-ci, d'autre part.

47. Rappr. *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995), *The Computer Law Association Bull.*, 1995, vol. 10, n° 4, p. 18-19.

Dans un autre ordre d'idées, il convient de préciser que les régimes de responsabilité de la section 4 n'excluent, en aucune hypothèse, une éventuelle *action en cessation* à des fins de retrait ou de blocage d'informations illicites⁴⁸.

Enfin, l'article 15 invite les États membres à n'imposer aux prestataires, pour la fourniture des services de « simple transport », de stockage sous forme de « cache » et d'hébergement, aucune obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de recherche active des faits ou circonstances indiquant des activités illicites⁴⁹. Comme le précise le second paragraphe, les États membres *peuvent* néanmoins prévoir, pour les prestataires intermédiaires, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités judiciaires compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leur service avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

3. Nature du régime de responsabilité institué : premier regard

Sur le plan de la technique juridique, le système adopté n'est pas aisé à qualifier. En matière extra-contractuelle, on connaît la responsabilité de droit commun fondée sur la faute prouvée et les régimes de responsabilité présumée. Le cadre conceptuel de ces derniers est aussi la responsabilité pour faute, mais celle-ci est présumée, tantôt de manière réfragable, tantôt de manière irréfragable. Les nombreux régimes de responsabilité objective ou sans faute, qui vont généralement de pair avec un plafonnement des indemnités, sont également devenus familiers.

Une chose est sûre : le législateur européen n'a pas opté pour l'instauration d'un régime spécifique d'imputation préalable et hiérarchique — souvent baptisé « régime de responsabilité en cascade » —, en dépit du plaidoyer fait en ce sens par plusieurs auteurs. Cette solution nous paraît heureuse pour de multiples motifs déjà exprimés ailleurs⁵⁰. En substance, on doute que le régime de responsabilité en cascade institué par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution belge soit applicable aux réseaux de communi-

48. Considérant n° 45.

49. Le considérant n° 47 suggère toutefois que les « autorités nationales » peuvent enjoindre aux prestataires intermédiaires d'effectuer des contrôles dans des « cas spécifiques ». On suppose que sont exclusivement visés des contrôles ciblés – tel ou tel site spécifié – et temporaires, afin d'empêcher ou de combattre une activité déterminée, supposée illicite. En ce sens, voy. l'article 15 § 2 tel que libellé dans les versions antérieures de la proposition de directive.

50. Cf., en particulier, E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », dans *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 95 et s. ; *Idem*, « Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexactes sur Internet » in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, Kluwer, 1997, spéc. pp. 127 et s.

cation numériques⁵¹. Plusieurs objections se présentent à l'esprit. Cette disposition, forgée à une autre époque et dans un autre contexte (celui de la presse écrite) paraît techniquement mal adaptée au vecteur d'information numérique⁵². La chaîne des intervenants n'est pas identique. Les termes « imprimeur » et « distributeur », en particulier, ne sont pas aisément transposables au domaine des informations disponibles sur les réseaux numériques. La distinction entre l'auteur et l'éditeur — essentielle dans le système de l'article 25, alinéa 2 — ne se retrouve pas toujours comme telle dans le contexte qui nous occupe. Quant au prestataire d'hébergement, à l'opérateur de réseau, voire au fournisseur d'accès à Internet, qui jouent un rôle essentiel dans la diffusion de l'information en ligne, quelle serait leur place dans la cascade ? En sont-ils exclus ?

En outre, on s'éloignerait de l'esprit de la règle constitutionnelle qui est de protéger de manière particulière un mode d'expression plus fragile que d'autres parce que « tributaire d'une chaîne d'activités matérielles qui en conditionnent l'exercice »⁵³. Or ici, les auteurs-producteurs peuvent aisément se passer du concours d'auxiliaires, en se chargeant eux-mêmes de la diffusion sur les réseaux. Plus fondamentalement, faut-il souligner combien le régime de responsabilité en cascade est aujourd'hui contestable et contesté⁵⁴ ? Aussi serait-il paradoxal de prôner son extension aux réseaux.

Quant à la suggestion formulée par certains de créer *de lege ferenda* un régime de responsabilité en cascade spécifique pour l'Internet — distinct de celui de l'article 25, al. 2 —, elle ne nous paraît pas non plus opportune. Pour faire bref, il nous semble qu'un système visant à la désignation préalable et automatique des responsables, même par défaut, cadre mal avec un environnement ouvert comme Internet, où les rôles sont peu définis, volatiles et les liens existant entre les acteurs parfois éphémères et peu transparents, au contraire des domaines tels l'audiovisuel ou la presse écrite.

-
51. Pour rappel, un arrêt de la Cour de cassation en date du 31 mai 1996 a réaffirmé clairement que la responsabilité en cascade prévue par cette disposition s'applique non seulement à l'action publique, mais aussi à l'action civile en réparation. Cf. Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597, avec les concl. conf. de M. l'avocat général Leclercq.
 52. On relève, pour mémoire, que la Cour de cassation reste partisane de l'exclusion de la radio et de la télévision du bénéfice des dispositions constitutionnelles relatives à la presse. Cf. Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482. Le terme « *drukkers* » (presse imprimée) retenu, en 1967, pour le texte néerlandais de la Constitution, confirme cette interprétation.
 53. F. DELPEREE, « Questions et réponses sur le statut de la R.T.B.F. », *Etudes de radio-télévision*, n° 27, mai 1980, p. 46, cité par J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *Ann. Dr. Louvain*, 1980, p. 223.
 54. Voy., par exemple, F. JONGEN, obs. sous Cass., 31 mai 1996, *A.&M.*, 1996, p. 363 ; *Idem*, « La responsabilité pénale et civile de la presse », *Journ. proc.*, n° 196, 1991, p. 11 ; M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile », *Journ. proc.*, n° 169, 1990, p. 35 et s. ; B. DEJEMEPPE, « Indécisions judiciaires, urgences législatives », in *Justice et Médias*, Actes du colloque organisé par la Commission 'Justice' du Sénat les 7, 8 et 9 décembre 1995, p. 248.

En refusant de s'engager dans cette voie, la Commission européenne a donc fait un choix judicieux à nos yeux. Cela étant, quelle est la nature juridique des régimes de responsabilité consacrés par la proposition de directive ?

En réalité, rares sont les régimes de responsabilité chimiquement purs : les distinctions théoriques sont souvent moins nettes en pratique. Ainsi quelle différence entre une responsabilité fondée sur une présomption de faute irréfragable — qui ne se trouve purgée que moyennant la preuve d'une cause étrangère exonératoire — et un régime de réparation automatique qui ménage des causes d'exonération — réintroduisant par là une certaine idée de faute ?

En l'espèce, dans les différentes dispositions, l'expression est la même : « *la responsabilité du prestataire... ne peut être engagée... à condition...* ». Aussi apparaît-il, en première approximation, que le législateur européen consacre un principe d'« irresponsabilité conditionnée » ou, si l'on préfère, d'« immunité tempérée ».

À y regarder de près, les régimes institués vont de l'exonération quasi totale à la responsabilité limitée. En effet, l'activité de simple transport (« *mere conduit* ») est pratiquement exonérée de toute responsabilité. En revanche, pour l'hébergement et le stockage sous forme de « cache », la responsabilité du prestataire peut être recherchée, à certaines conditions précisées. Ce faisant, on peut penser que le législateur ne crée pas vraiment un régime spécial, dérogatoire au droit commun, mais se borne à lever les hésitations — porteuses de distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne⁵⁵ — concernant le rôle et la diligence due par les intermédiaires techniques de l'Internet. En d'autres termes, nous considérons que le régime institué se situe dans l'orbite du droit commun. Le législateur ne fait que circonscrire le devoir général de prudence et de diligence à charge des prestataires intermédiaires, en fixant un critère raisonnable destiné à guider le juge dans son appréciation. C'est ce que la suite de l'exposé prétend montrer.

B. Commentaire analytique des articles 12 à 14

1. L'activité de « simple transport »

L'article 12 prévoit une exonération de responsabilité pour les activités de simple transport de l'information et de fourniture d'un accès au réseau de communication, « *à condition que le prestataire ne soit pas à l'origine de la transmission, ne sélectionne pas le destinataire de la trans-*

55. À ce propos, voy. le considérant n° 40.

mission, et ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission ».

Les activités visées ici englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission (art. 12, 2). Autrement dit, est couvert par l'exonération le stockage furtif réalisé au cours et pour les besoins de la transmission, à ne pas confondre avec le stockage effectué à la demande et pour le compte d'un destinataire du service (art. 14), ni avec le stockage automatique, intermédiaire et temporaire de copies d'informations (sur des sites dits « miroirs ») aux seules fins de faciliter les consultations ultérieures (« *system caching* » visé à l'art. 13).

L'article 12 relatif aux services de transport et d'accès au réseau, à lire en combinaison avec l'article 15, consacre la thèse de la neutralité des prestataires concernés. Si ces derniers se limitent respectivement à l'activité de transport ou d'offre d'un accès au réseau, entendue *stricto sensu*⁵⁶, ils ne peuvent engager leur responsabilité du chef d'informations illicites ou non conformes. Ces activités ne comportent aucune obligation générale de surveillance des informations circulant sur le réseau, ni aucune obligation de recherche active d'indices d'activités illicites, ni aucune obligation particulière de mettre en place des dispositifs de filtrage ou de faire diligence pour supprimer des informations renseignées comme illicites ou pour bloquer l'accès à des sites contraires à l'ordre public, ni aucune obligation de sensibilisation ou d'information des abonnés...

On peut affirmer que le projet exonère de toute responsabilité les opérateurs de réseau et fournisseurs d'accès agissant *qualitate qua*. Leur responsabilité ne peut être mise en cause, ni au pénal, ni au civil, alors même, par exemple, qu'ayant connaissance de la présence d'informations illicites sur le réseau et ayant prise sur ces dernières, ils s'abstiennent d'intervenir⁵⁷ — sans préjudice des possibilités d'action au provisoire, visées par le considérant n° 45. L'exonération pour le « simple transport » suppose que le prestataire n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise⁵⁸ ; elle ne bénéficie pas au prestataire qui collabore

56. Cf. les conditions a), b) et c) de l'article 12 § 1^{er} et le second paragraphe de l'article 12.

57. À titre d'illustration, voy. Tribunal d'instance (*Amtsgericht*) de Munich, 28 mai 1998, 8340 Ds 465 ; Js 173158/95 ; *Bulletin d'actualité du Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, N° 105, juillet 1998, p. 22 et le commentaire de R. VOGEL et S. DELAHAIE, « La décision allemande 'Compuserve' : la première condamnation d'un fournisseur d'accès à l'Internet », in *Cahiers-Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, N° 106, août-septembre 1998, p. 4. Ce jugement à été réformé en appel par la *Landgericht* de Munich, 8 décembre 1999, qui a acquitté le directeur de *Compuserve* (Allemagne), condamné à une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis en premier ressort pour avoir facilité l'accès à des *news groups* à contenu pédophile hébergés aux États-Unis par *Compuserve Inc.*

58. Considérant n° 43.

délibérément avec l'un des destinataires de son service⁵⁹. Cette solution procède manifestement d'un souci de prévenir toute forme de contrôle et de censure de leur part : les opérateurs de réseaux et fournisseurs d'accès se doivent d'être neutres à l'égard des contenus diffusés et de n'interférer en aucune manière. L'écart par rapport au droit commun est notable car on imagine sans difficulté des hypothèses où une responsabilité aurait pu être retenue par application des critères usuels. Toutefois, un bémol doit être apporté à cette considération depuis l'adoption de la position commune : en effet, cette dernière mouture du texte de la proposition réserve la faculté pour les États membres de prévoir qu'un tribunal ou une autorité administrative ait la possibilité d'exiger du prestataire de service qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation (art. 12, 3). Ce récent ajout nous paraît bien opportun, sous réserve de la finale de cette disposition (« ou qu'il prévienne une violation »), qui suggère la possibilité d'imposer une obligation de contrôle *a priori*, dont les contours restent flous. Sous peine de contredire l'économie générale de l'exonération pour l'activité de « simple transport », déduite de la combinaison des articles 12, 1 et 15, nous sommes d'avis que seuls pourraient être imposés des contrôles ciblés et temporaires de sites ou groupes de discussions dûment identifiés.

En ce qui concerne l'opérateur de réseau, on ne conçoit pas, en pratique, que sa responsabilité puisse être mise en cause, sur un plan contractuel, à raison des contenus véhiculés par ses soins. Le contrat conclu avec les abonnés vise seulement à régler les modalités de l'accès au réseau et du transport des données; son objet est étranger au bon fonctionnement et au contenu des services — de transaction ou d'information — disponibles sur le réseau. Sa fonction étant limitée à celle d'un transporteur, il ne supporte aucune obligation contractuelle relative au contenu.

Un même raisonnement peut-il être tenu dans le cas du fournisseur d'accès ? Question fort controversée, que prétend justement trancher la proposition de directive européenne.

En principe, le fournisseur d'accès n'est pas contractuellement responsable du contenu des informations et services auxquels il permet d'accéder. Sa responsabilité ne peut être engagée sur le terrain contractuel qu'en cas de dysfonctionnement des serveurs, routeurs et autres éléments dont il a la maîtrise. Les contrats prévoient généralement une exonération rédigée par exemple comme suit :

« L'abonné reconnaît que [le FAI] ne peut exercer aucun contrôle sur le contenu des informations qui arrivent sur le réseau [du FAI] ou qui sont envoyées à partir du même réseau et exonère [le

59. Considérant n° 44.

FAI] de sa responsabilité pour n'importe quelle transmission ou réception d'information de quelque nature que ce soit »

« [Le FAI] ne saurait être tenu pour responsable d'aucun contenu informationnel parcourant son réseau, en dehors de son serveur Web ou des messages émis par les membres de son personnel »

Dans ces conditions, il est peu vraisemblable que la responsabilité du fournisseur d'accès puisse être mise en jeu sur le plan contractuel. Elle peut l'être théoriquement sur un plan extra-contractuel dans les conditions de l'article 12. Cependant, celles-ci sont si strictes qu'on peut tenir que la voie délictuelle est, elle aussi, pratiquement verrouillée. Il n'est donc pas exagéré de considérer que l'on a affaire, en pratique, à une véritable immunité pour l'activité de « simple transport », ... et à une impunité sur le plan pénal.

2. L'activité d'hébergement

La fonction d'hébergement concerne le stockage et le traitement d'informations à la demande du destinataire du service sur le système du prestataire. Aux termes de l'article 14, aucune responsabilité ne peut être engagée pour cette activité, « à condition que :

- *le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, [s'agissant des actions en responsabilité civile], n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente (sic); ou*
- *le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».*

L'article 14, loin d'instituer une exonération totale au profit du prestataire d'un service d'hébergement, se contente de limiter les causes de responsabilité. Ce faisant, il ne fait que préciser « à la baisse » la diligence due par ce prestataire, suivant un critère raisonnable.

Pour bien comprendre cette disposition, il paraît utile de la rapprocher de la solution retenue, en première instance et en degré d'appel, dans l'affaire *Estelle L. c/ Lacambre*⁶⁰. Les faits de la cause sont connus. Le mannequin Estelle Hallyday reprochait à un prestataire d'hébergement d'abriter sur son serveur un site reproduisant des photographies la représentant dans son plus simple appareil. S'estimant victime d'une atteinte à son droit à l'image et à l'intimité de sa vie privée, elle saisit le juge des référés du T.G.I. de Paris qui, par une ordonnance du 9 juin 1998,

60. T.G.I. Paris (réf.), 9 juin 1998, *D.I.T.*, 1999/2, p. 49, note M.-E. BICHON LEFEUVRE ; *J.C.P.*, E, 1998, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC.

renvoya l'affaire au fond, en ordonnant au prestataire, sous astreinte de 100 000 FF par jour, de mettre en œuvre les moyens pour faire cesser la diffusion des photos litigieuses. Le Président du tribunal a considéré que : « *S'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse est publique et qui est donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur du réseau, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge et en conséquence de prendre le cas échéant les mesures de nature à faire cesser le trouble qui aurait pu être causé à un tiers (...). Pour pouvoir s'exonérer de sa responsabilité, il devra donc justifier du respect des obligations mises à sa charge, spécialement quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter le droit de la personnalité, le droit des auteurs, des propriétaires de marque, de la réalité des vérifications qu'il aura opérées, au besoin par des sondages, et diligences qu'il aura accomplies dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers pour faire cesser cette atteinte* ».

Par arrêt du 10 février 1999, la Cour d'appel a infirmé l'ordonnance en ce qui concerne les mesures d'interdiction car « *au moment de la saisine du juge, les photographies litigieuses n'étaient plus accessibles et avaient été retirées du site* » (il n'y avait donc plus matière à référé de ce chef)⁶¹. Elle a également réformé l'ordonnance en ce qui concerne le rejet de l'indemnité provisionnelle demandée au motif que : « *En offrant, comme en l'espèce, d'héberger et en hébergeant de façon anonyme, sur le site 'altern.org' qu'il a créé et qu'il gère, toute personne qui, sous quelque dénomination que ce soit, en fait la demande aux fins de mise à disposition du public ou de catégories de public, de signes ou de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, Valentin Lacambre excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend, est rémunératrice et revêt une ampleur que lui-même revendique (...)* ».

La mise en parallèle de l'article 14 et de ces décisions permet de dégager un double enseignement.

On relève, tout d'abord, que le premier juge fait peser sur le prestataire d'hébergement des obligations de trois ordres : 1° devoir de conseiller ses clients sur leurs propres obligations, 2° devoir d'opérer des contrôles, au besoin par des coups de sonde, 3° devoir de faire diligence, dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers, pour faire cesser cette atteinte.

61. Paris (14^e ch.), 10 février 1999, *J.C.P.*, E, 1999, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC ; *J.C.P.*, G, 1999, II, 10101, note F. OLIVIER et E. BARBRY ; D., 1999, p. 389, note N. MALLETT-POUJOL ; *D.I.T.*, 1999/2, p. 49, note M.-E. BICHON LEFEUVRE.

Pour pouvoir être exonéré de sa responsabilité, le prestataire est tenu de justifier du respect de ces obligations.

Par contre, dans le système des articles 14 et 15 de la proposition de directive, la responsabilité du prestataire d'hébergement ne peut être engagée que s'il a une connaissance *effective* d'activités illicites et n'agit pas promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Aucune autre obligation n'est mise à charge du prestataire d'hébergement : ni obligation générale de surveillance, ni obligation d'effectuer un minimum de coups de sonde, ni obligation de mettre en place des procédures de sécurité ou de filtrage, ni obligation de conseil particulière...⁶² Cela méritait d'être souligné. Cela étant, il convient d'observer que, dans sa dernière version (position commune), la proposition réserve la faculté pour les États membres : 1° de prévoir qu'un tribunal ou une autorité administrative puisse exiger du prestataire de service qu'il mette un terme à une violation *ou qu'il prévienne une violation*, et 2° de mettre en place des procédures visant à retirer ces informations ou à rendre l'accès à celles-ci impossible (art. 14, 3).

Nous déplorons l'ambiguïté de l'expression « ou qu'il prévienne une violation ». En effet, celle-ci donne à penser qu'un Etat pourrait prévoir qu'un tribunal ou une autorité administrative puisse imposer des obligations de surveillance et de contrôle. Il est permis de s'interroger sur la portée et l'étendue de pareille obligation. Sauf à contredire l'article 15, 1, cette obligation ne pourra être conçue, selon nous, que de manière relativement étroite. Tout au plus les instances juridictionnelles ou administratives pourront-elles imposer une obligation de surveillance ciblée et limitée dans le temps : certains sites ou groupes de discussion bien spécifiés. Cependant cette interprétation paraît incertaine à la lecture du considérant n° 48 libellé comme suit : « *La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les Etats membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce, afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites* ». Par sa rédaction floue et imprécise, ce considérant sème une certaine confusion. En paraissant ouvrir la voie à l'instauration légale de contrôles *a priori*, nous pensons qu'il met à mal l'économie générale du régime institué par les articles 14 et 15. Aussi regrettons-nous l'introduction soudaine de ce considérant au stade de la position commune – à moins qu'il laisse aux Etats tout au plus la latitude de prévoir à charge des prestataires d'hébergement des obligations de conseil ou de sécurité⁶³.

62. Voir cependant le considérant n° 48 commenté ci-après.

63. À cet égard, voy. nos réflexions en note 78.

Par ailleurs, l'anonymat, sous le couvert duquel agissait l'éditeur du site litigieux, est une des clés de lecture des décisions évoquées plus haut. L'arrêt de la Cour d'appel permet plus particulièrement de comprendre combien cette circonstance a pesé dans l'appréciation, sévère, des magistrats. On peut regretter une possible interprétation erronée des faits et circonstances de la cause, ainsi qu'un raisonnement inspiré par la théorie du risque⁶⁴. Sous cette double réserve, la solution, en soi, ne paraît pas dénuée de fondement. En effet, en acceptant d'héberger des sites anonymes, le prestataire prend le risque de couvrir, *volens nolens*, des internautes malhonnêtes. Comment nier qu'il se rend complice des activités illicites tant est grande la probabilité que l'anonymat serve à cacher quelque turpitude? Pour échapper à sa responsabilité, il lui suffit de fournir aux autorités judiciaires l'identité du propriétaire du site incriminé (rapp. art. 15, 2). A défaut d'obtempérer, il n'est pas incongru d'estimer qu'il participe en quelque sorte à la *faute* de l'éditeur de contenu, et qu'à ce titre, sa responsabilité puisse être retenue. Une solution différente serait un encouragement au développement d'activités illicites sous le couvert de l'anonymat.

Un raisonnement similaire est-il encore possible sous l'empire de l'article 14? Nous pensons pouvoir répondre affirmativement. En effet, l'exonération de responsabilité pour l'activité d'hébergement vaut seulement si le prestataire s'en tient strictement à ce rôle. En choisissant d'abriter des sites anonymes, on peut penser qu'il excède le rôle technique de fourniture d'un service de stockage d'informations. Le prestataire entre dans une logique de production ou d'édition de contenu. Dès lors, sur le plan de sa responsabilité, on change aussi de logique juridique: il ne peut bénéficier de l'exonération prévue à l'article 14 et se trouve soumis au droit commun.

Cela étant, on peut s'interroger sur la pertinence du « système » d'exonération (ou, si l'on préfère, de « responsabilité limitée ») formulé par l'article 14. Comme tel, il suppose dans le chef du prestataire d'hébergement une compétence juridique qu'il n'a pas et ne doit pas avoir. Or, on le somme pratiquement de se substituer au juge dans l'appréciation des contenus qui lui sont renseignés comme illicites. Il est piquant de constater qu'en prétendant manifestement lui épargner un rôle de *censeur*, le législateur européen n'a pas réussi à éviter de l'ériger en *juge*⁶⁵. Deux exemples peuvent suffire à illustrer la difficulté.

64. Pour la Cour, l'hébergeur « doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte... les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibéré, entrepris d'exercer ». Cet attendu est significatif d'une responsabilité fondée apparemment, non sur la faute, mais sur le risque de l'activité entreprise.

65. L'accord de collaboration intervenu au niveau belge, le 28 mai 1999, entre l'ISPA (Internet Service Provider Association) et les ministres de la justice et des télécommunications semble apporter une réponse aux difficultés signalées au texte. L'accord est fondé sur le principe selon lequel toute

Supposons qu'un prestataire soit informé du fait qu'il héberge un site contenant des textes ou des images portant atteinte aux droits d'auteur du plaignant. Interpellé, l'éditeur du site fait valoir que les œuvres litigieuses sont évoquées dans le cadre du droit de citation. Si le juge saisi de l'affaire décide que la reproduction excédait effectivement les limites du droit de citation, la responsabilité du prestataire d'hébergement doit-elle être mise en cause au motif qu'il aurait eu tort de continuer d'héberger le site ? On pourrait multiplier des exemples similaires⁶⁶. Ainsi, l'attention d'un serveur peut être attirée sur la circonstance qu'il héberge des informations à caractère diffamatoire. Peut-il être reproché au serveur de s'être abstenu de les supprimer alors qu'il a pu estimer qu'elles ressortissaient à la liberté d'expression, qui inclut, dans une certaine mesure, un droit de critique, de polémique, *etc.* ?⁶⁷ Il faut remarquer combien la position du fournisseur d'hébergement peut être inconfortable : il peut lui être reproché par des tiers de ne pas avoir supprimé des informations litigieuses afin de limiter l'atteinte à leurs droits, mais il peut aussi lui être reproché par ses clients d'avoir effacé à tort des informations parfaitement licites. Il doit *agir vite*, au risque d'engager sa responsabilité délictuelle envers les tiers lésés, *sans agir trop vite*, au risque d'engager sa responsabilité contractuelle envers ses clients.

À notre avis, il eut été préférable de distinguer les infractions *flagrantes* (ou *manifestement* illicites : images pédophiles, contrefaçon évidente, violation indiscutable d'un secret, propos incontestablement outrageants...), d'une part, et ce qui peut prêter à controverse ou à discussion, d'autre part. Ainsi, la responsabilité du fournisseur d'hébergement ne serait

personne peut dénoncer directement à un « point de contrôle central » un contenu qu'il estime illicite. Le point de contact opère un tri et un dossier est transmis au parquet si le contenu dénoncé apparaît manifestement illicite. Las ! Le problème demeure à peu près entier dès lors qu'il appartient à un service de la police judiciaire d'apprécier si un contenu est présumé illicite ou non. Avec E. WERY (www.droit-technologie.org), on se demande si un contenu peut être présumé illicite en l'absence de décision judiciaire ou, à tout le moins, d'une appréciation formulée par un juriste spécialisé dans le domaine de la soi-disant atteinte aux droits du tiers. N'aurait-il pas été possible, et plus opportun, d'instituer une cellule composée de magistrats pour connaître des dénonciations ?

66. Voir, par exemple, en jurisprudence belge, le jugement rendu par le tribunal de commerce de Bruxelles le 2 novembre 1999 dans une affaire opposant l'ASBL IFPI et la SA Polygram à la SA Belgacom Skynet. Il est reproché au défendeur de ne pas avoir supprimé les liens établis à partir de deux sites hébergés par ses soins vers des sites contenant des fichiers MP 3, alors qu'il « a été mis au courant d'activités suspectes ». On s'interroge sur le bien-fondé de cette décision, dès lors que le défendeur ne pouvait être certain que le contenu du site lié était effectivement illicite. En ce sens, le commentaire de Sophie MALENGREAU à l'adresse <http://www.droit-technologie.org> (décision reproduite dans son intégralité).
67. Pour un exemple en jurisprudence, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, inédit (propos injurieux, diffamatoires et calomnieux se référant à un homme politique et tenus dans le cadre d'un groupe de discussion hébergé par le second défendeur). Cette ordonnance illustre la difficulté d'appréciation pour le juge des référés, qui doit se borner à juger de l'apparence des droits, par une mise en balance des intérêts en présence, sans se prononcer définitivement sur le fond. On imagine *a fortiori* l'embarras d'un prestataire d'hébergement qui n'a pas la formation, ni la compétence, d'un magistrat, pour apprécier le bien-fondé des plaintes qui lui sont adressées.

retenue qu'à la triple condition qu'il ait eu connaissance de la présence sur son serveur d'un contenu litigieux, que ce dernier ait été *manifestement* illicite et qu'il n'ait rien fait⁶⁸. Tel est le cas, par exemple, d'un site à contenu révisionniste, qui est de toute évidence en défaut par rapport à la loi⁶⁹. Une autre issue satisfaisante — et qui s'imposera vraisemblablement — serait d'interpréter le texte de l'article 14 de façon raisonnable. Concrètement, on considérerait qu'il ne prescrit pas au prestataire d'hébergement d'intervenir de façon *mécanique* — en procédant nécessairement et sans délai à la fermeture ou au blocage du site renseigné comme illicite —, mais lui enjoint de faire toutes diligences pour préserver les droits des tiers dans une mesure proportionnelle à la gravité de l'atteinte⁷⁰. Mais alors, on rejoint, comme on le verra, l'économie générale des solutions généralement retenues par la jurisprudence qui s'est élaborée ces dernières années sur le fondement des principes de droit commun (*infra*).

3. L'activité de stockage sous forme de « cache »

L'article 13 concerne le stockage temporaire des copies de sites et services souvent consultés sur des serveurs relais mis en place par les fournisseurs d'accès. Cette technique, dite de « cache », permet d'améliorer les temps de connexion à des sites éloignés, et ainsi de désengorger les réseaux et accroître leurs performances. Le prestataire est exonéré pour ce type d'activité, « à condition que :

- *il ne modifie pas l'information,*
- *il se conforme aux conditions d'accès à l'information,*
- *il se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquée d'une manière largement reconnue et utilisée par les entreprises,*
- *il n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information, et*
- *il agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à*

68. Rappr. V. SEDALLIAN, *Droit de l'Internet*, Collection AUI, 1997, p. 120.

69. Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995, p. 7996. Une législation similaire existe aussi, notamment, en France, en Allemagne, en Autriche et en Suisse.

70. Rappr. N. MALLET-POUJOL, note sous Paris, 10 février 1999, *op. cit.*, p. 392. On s'avise que la décision à prendre peut présenter, dans certains cas, une réelle difficulté d'appréciation.

l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible ».

Les observations formulées au point précédent peuvent être reprises, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la limitation de responsabilité prévue par l'article 13 pour l'activité de stockage sous forme de cache. L'exonération est acquise pourvu que le prestataire s'en tienne strictement à son rôle et agisse promptement pour supprimer l'information ou bloquer l'accès à celle-ci dès que pareille mesure lui a été ordonnée par un tribunal ou une autorité administrative ou qu'il a une connaissance *effective* du caractère illicite de l'information. L'article 13, 2, de la proposition de directive (en sa dernière version) précise également que « *[l]e présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation* ». Ici aussi, nous regrettons la finale du paragraphe, en ce qu'il réserve aux États la possibilité de prévoir que leurs tribunaux ou quelque instance administrative puissent imposer des obligations de contrôle *a priori* portant sur les contenus. En tout état de cause, ces dernières ne pourront avoir qu'une portée précise et strictement limitée (rapp. *supra*).

C. Appréciations critiques

1. Survol de la jurisprudence

Un critère à la fois souple et raisonnable de la responsabilité des prestataires intermédiaires semble se dégager du *corpus* jurisprudentiel en cours de formation.

Aux États-Unis, dans l'affaire, souvent citée, *Cubby v. Compuserve*⁷¹, le réseau *Compuserve* était poursuivi comme co-défendeur dans une action en diffamation pour avoir donné accès à des informations diffamatoires contenues dans une lettre d'information électronique publiée par un abonné du réseau. La responsabilité de *Compuserve* n'a pas été retenue au motif qu'il ne pouvait avoir connaissance du caractère dommageable de l'information transmise. La décision précise toutefois que, dès l'instant où le fournisseur d'accès acquiert connaissance du caractère dommageable d'informations qui y sont véhiculées, il lui incombe de faire le nécessaire pour qu'elles soient retirées. Ainsi il n'est pas exclu de mettre en cause sa

71. *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

responsabilité en cas de passivité ou pour n'avoir pas surveillé des abonnés apparemment suspects (déjà condamnés)⁷².

Une décision d'un tribunal néerlandais du 12 mars 1996 précise, dans la même ligne, que le fournisseur d'accès mis en cause, ne faisant qu'offrir au public un accès à des services, ne pouvait être tenu pour responsable du contenu desdits services, sauf si la situation lui était connue et qu'il en avait été informé⁷³.

La jurisprudence, embryonnaire à ce jour, ne s'en tient pas à la simple idée d'une non-responsabilité de principe des prestataires intermédiaires de l'Internet. Il ressort de plusieurs décisions françaises que le *comportement positif* des intermédiaires techniques est déterminant. Ainsi, une ordonnance de référé rendue par le T.G.I. de Paris le 12 juin 1996 a pris en considération les moyens mis en place par les fournisseurs d'accès à Internet pour informer et sensibiliser leurs abonnés. En l'espèce, neuf fournisseurs d'accès avaient été assignés en justice par l'Union des Étudiants Juifs de France (U.E.J.F.) pour qu'il leur soit ordonné, sous astreinte, d'empêcher toute connexion, à partir de leur serveur d'accès, à des sites diffusant des informations à caractère révisionniste⁷⁴.

Dans diverses affaires, des juridictions ont pris en considération la circonstance que le défendeur avait procédé à la destruction de fichiers⁷⁵ ou effacé les informations litigieuses relayées sur son serveur⁷⁶. Un défendeur a fait valoir qu'aucun contrôle de l'accès et de la diffusion des informations sur le réseau ne pouvait être exercé, mais l'argument a été rejeté au motif qu'il appartient à l'intermédiaire de « *justifier des efforts et démarches accomplis pour faire cesser l'atteinte aux droits d'autrui ou en limiter les effets* ».

Outre les décisions rendues dans l'affaire *Estelle Halliday* et déjà exposées, on ajoutera le récent jugement prononcé dans l'affaire *Lacoste* du

72. Comp. *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y. Sup. Ct. 1995), *The Computer Law Association Bull.*, 1995, vol. 10, n° 4, p. 18-19. Dans cette affaire, également bien connue, la responsabilité de Prodigy a été retenue au motif que ce fournisseur d'accès réalisait un contrôle éditorial et spécifiait que ses publications « à destination des familles » étaient « nettoyées » de tout matériel outrageant. A ce propos, nos réflexions *supra*, A, n° 2. En sens contraire, un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis du 22 juin 1998 confirme qu'AOL n'est pas responsable du préjudice subi par la victime d'une diffamation réalisée *via* son « *bulletin board* » au motif que les fournisseurs d'accès, qu'ils connaissent ou non le contenu diffamatoire des messages, ne sont pas responsables des informations émanant de tiers (d'après un flash info du 23 juin 1998 du site www.legalis.net/jnet). D'autres décisions américaines sont commentées par A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE dans *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Cahiers du CRID, n° 11, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 1997, pp. 407 et s.

73. Lire Y. BREBAN, « La responsabilité des acteurs de l'Internet », *Gaz. Pal.* (Gazette du droit des technologies avancées), 25-26 octobre 1996, p. 23.

74. T.G.I. Paris (réf.), 12 juin 1996, *Expertises*, 1996, p. 277 et les obs. de A. WEBER, « Droit de l'Internet. A la recherche des pierres angulaires », *Expertises*, 1996, pp. 274-275.

75. T.G.I. Paris (réf.), 23 mai 1996, *Assoc. Relais et Châteaux c. Calvacom*.

76. T.G.I. Paris (réf.), 16 avril 1996, Réf. 54240/96.

T.G.I. de Nanterre du 8 décembre 1999⁷⁷. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Halliday*. L'ex-mannequin Lynda Lacoste a découvert, elle aussi, sur plusieurs sites hébergés par diverses sociétés, des photographies la représentant totalement ou partiellement dénudée. Faisant valoir qu'elle n'avait jamais donné son consentement à la diffusion de ces photographies et qu'il était porté atteinte à son droit à l'image, elle a assigné quatre sociétés en responsabilité civile, en demandant, sous astreinte, que chacune d'elles : 1° retire des sites qu'elles hébergent ou créent les photographies litigieuses, 2° soit sommée d'insérer sur les sites un communiqué judiciaire annonçant la décision à intervenir, et 3° soit condamnée à verser des dommages et intérêts. Dans son jugement, joliment motivé, le tribunal souligne qu'en « *l'absence de régulation étatique (...), la responsabilité de l'hébergeur doit être recherchée par référence au droit commun défini par l'article 1383 du Code civil* ». Il s'ensuit que « *le fournisseur d'hébergement est tenu d'une obligation générale de prudence et de diligence* » et qu'à ce titre, « *il lui appartient de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser les droits des tiers et de mettre en œuvre à cette fin des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action* ». A propos de ce devoir de diligence, le tribunal considère qu'« *il n'appartient pas au fournisseur d'hébergement d'exercer une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites, [mais] qu'il doit prendre les mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent, cette apparence devant s'apprécier au regard des compétences propres du fournisseur* ». Estimant à cet égard qu'« *un système de détection peut facilement être réalisé sur un plan technique par la mise en œuvre sur chaque serveur d'un moteur de recherche interne basé sur des mots clés adaptables à chaque situation concrète* », le tribunal considère qu'à défaut d'avoir mis en place pareille procédure, « *les sociétés défenderesses ont manqué à leur obligation de prudence et de diligence dans un domaine que l'actualité signalait particulièrement à leur vigilance et qui appelait de leur part une réaction* »⁷⁸.

77. La décision est disponible sur le site de Juriscom (www.juriscom.net). Comp. Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, disponible à l'adresse <www.journaldunet.com> (le tribunal a débouté les demandeurs en considérant que l'hébergeur n'a aucune maîtrise sur le contenu des informations).

78. Si cette décision peut être globalement approuvée, nous sommes néanmoins réservés en ce qui concerne l'obligation relative à la mise en œuvre d'un moteur de recherche. A défaut de précisions supplémentaires, pareille obligation – aux contours flous – porte en germe un risque de glissement vers la généralisation d'un contrôle *a priori*, d'une censure élargie, d'une part, et vers une objectivation de la responsabilité des hébergeurs, d'autre part. En effet, pour éviter la mise en cause de leur responsabilité, ces derniers seront portés, en cas de doute, à supprimer les contenus apparemment illicites. Par ailleurs, en présence d'un contenu illicite non détecté, grande sera la tentation des cours et tribunaux de « présumer » une faute dans le chef du prestataire : placement d'un filtre inefficace, recours à une technologie obsolète, choix contestable des mots clés retenus... Dès l'instant où la faute est « supposée », plus que démontrée sur la base d'une

Plusieurs décisions belges, rendues pour la plupart en référé, vont dans un sens similaire. Ainsi, dans une ordonnance de référé du 11 février 1997, le Président du tribunal de première instance de Namur a implicitement reconnu le rôle actif du fournisseur d'accès dans la lutte contre les actes illicites commis sur Internet, dès lors qu'il a donné acte au défendeur de la suspension de tout accès au site litigieux⁷⁹. Un enseignement similaire peut être tiré de l'affaire *Easy Computing c. Ad Valvas*. Profitant de la faculté offerte par le site *Ad Valvas* de placer gratuitement des petites annonces, un internaute a inséré une annonce proposant l'acquisition à bas prix de logiciels piratés au détriment de la société *Easy Computing*. Après avoir adressé une mise en demeure, non suivie d'effet, à la *S.A. Ad Valvas*, le titulaire des droits sur les logiciels contrefaits assigne en référé l'hébergeur et gestionnaire du site pour faire interdire toute annonce relative à ses logiciels *via* le site concerné. Le Président du tribunal saisi, après avoir constaté l'urgence et l'atteinte sérieuse aux droits du demandeur, interdit toute annonce relative aux logiciels de ce dernier, sous peine d'astreinte. Il est à noter que *Ad Valvas* avait connaissance des actes délictueux et avait la possibilité d'y mettre fin, mais n'a pas prétendu agir à cet effet⁸⁰.

Il ressort de cette revue, succincte et parcellaire, de la jurisprudence que la responsabilité principale du contenu incombe à ceux qui exercent une maîtrise effective sur celui-ci, en l'occurrence les auteurs et éditeurs. D'ordinaire, la responsabilité du fournisseur d'accès – tout comme celle du prestataire d'hébergement – semble mise en cause uniquement s'il avait ou devait avoir connaissance de la présence sur le réseau d'un contenu illicite et s'est abstenu de le supprimer ou d'en limiter la diffusion, alors qu'il en avait les moyens. Ainsi, la responsabilité est fonction des possibilités techniques du moment. Cette solution rejoint celle préconisée, au niveau européen, par le *Legal Advisory Board*, groupe d'experts constitué près la DG XIII de la Commission européenne⁸¹.

2. Choix contestables et zones d'ombre

Une majorité des décisions de jurisprudence, rendues ça et là à travers le monde, s'inspirent d'un schéma de raisonnement qui peut se résumer comme suit : le prestataire intermédiaire engage sa responsabilité pour avoir transmis un contenu litigieux si la preuve est rapportée qu'il *savait*, qu'il avait le *pouvoir* de faire cesser le trouble et qu'il *n'a rien fait*. Ce cri-

appréciation effective du comportement du défendeur, force est d'admettre que la responsabilité s'objectivise.

79. Civ. Namur (réf.), 11 février 1997, R.F. 446/96 et le commentaire de N. IDE à l'adresse : www.droit-technologie.org

80. Civ. Courtrai (réf.), 10 septembre 1998, RG 98/275/C.

81. Cf. le document préparatoire et le compte rendu de la réunion du L.A.B. (*Legal Advisory Board*) du 25 février 1997 sur le thème « Contenu illicite et préjudiciable sur Internet ».

tère paraît judicieux pour guider les juges dans leur appréciation de la diligence due par les intermédiaires. Il s'inscrit parfaitement dans le cadre d'une responsabilité pour faute, appliquée de façon raisonnable, en tenant compte du rôle essentiellement technique dévolu aux intermédiaires, des contraintes consubstantielles aux réseaux ouverts et des difficultés d'appréciation des activités ou informations renseignées comme illicites.

On aperçoit toutefois l'intérêt du dispositif mis en place, qui est de trancher, de façon décisive, les controverses relatives à la diligence due par chacun des prestataires intermédiaires, garantissant ainsi une meilleure sécurité juridique. À cet égard, la proposition de directive, dans sa dernière mouture, est parvenue à trouver un bon équilibre entre les différents intérêts en jeu. Elle opère, à juste titre, une distinction fondamentale entre les activités de « simple transport », largement exonérées, et les autres activités intermédiaires, soumises, elles, à une responsabilité limitée. L'absence d'obligation *générale* de surveillance à charge des prestataires intermédiaires est un autre principe essentiel que nous approuvons. D'autant que la proposition de directive préconise, par ailleurs, d'imposer aux prestataires techniques le devoir de se comporter de manière responsable et de faire diligence dès l'instant où ils ont connaissance d'infractions. En toute hypothèse, les « autorités nationales » peuvent enjoindre aux intermédiaires d'effectuer des contrôles, ciblés et temporaires, dans des « cas spécifiques » (art. 12, 3 ; 13, 2 ; 14, 3 et considérant n° 47). Les Etats pourront prévoir, notamment, des mécanismes de notification et de retrait en vue de faciliter la suppression rapide et efficace des contenus illicites sur les réseaux (art. 14,3 ; 15,2), sans compter la possibilité d'actions au provisoire pour faire cesser, d'urgence, la violation de droits de tiers.

Enfin, un autre intérêt de l'intervention du législateur européen est de fixer un critère uniforme de manière à assurer un rapprochement des solutions jurisprudentielles au sein de l'Union⁸².

Mais, à tout prendre, il eut été souhaitable d'apporter quelques précisions supplémentaires, sous peine de manquer l'objectif de convergence recherché. Dans l'état actuel du texte, la marge d'appréciation laissée aux législateurs et juges nationaux est immense : quelles sont, précisément, les actions et diligences attendues ? Quel est le seuil de connaissance requis : pour considérer que le prestataire savait (et devait donc agir, sous peine d'engager sa responsabilité) suffira-t-il d'une simple dénonciation anonyme (auprès du prestataire et du Parquet, par exemple) ou d'une information à caractère public (telle une mention dans la presse), ou faudra-t-il une réclamation plus formelle ? Pourra-t-on estimer, en certains cas, qu'il *devait* savoir ?

82. Cf. notamment le considérant n° 40.

Une autre zone d'ombre concerne la charge de la preuve. Qui doit établir que sont réunies les conditions de l'exonération des prestataires intermédiaires ? On peut soutenir que l'exonération pour les activités concernées est de principe et qu'il incombe dès lors au demandeur en justice d'administrer la preuve qu'une des conditions fait défaut. Par exemple, il aurait à prouver que le prestataire d'hébergement n'ignorait pas la présence sur ses machines d'un contenu litigieux et n'a rien fait pour le retirer ou rendre l'accès à celui-ci impossible. Mais, on peut très bien raisonner à l'inverse et tenir que c'est au prestataire à démontrer qu'il satisfait aux conditions lui permettant de bénéficier d'un régime de faveur. Le dilemme est le suivant : « exonération de principe, sauf au demandeur à prouver que les conditions ne sont pas satisfaites » ou « exonération de principe à condition, pour le prestataire, de prouver qu'il remplit les conditions ». On ne trouve nulle part trace d'un commencement de réponse à cette question, capitale s'il en est.

Sans prendre parti sur le bien-fondé de la solution, nous sommes portés à penser, pour notre part, que la première thèse est plus conforme à la volonté (probable) du législateur européen et plus satisfaisante sur le plan de la technique juridique. Cette opinion s'appuie sur deux arguments. Le premier est tiré du libellé des articles 12 à 14 : telles que rédigées, ces dispositions semblent consacrer une « irresponsabilité, sauf si... », plutôt qu'une « responsabilité, sauf si... ». Le second argument est d'ordre technique : la thèse retenue fait peser sur la victime la charge de prouver que l'opérateur de réseau ou le fournisseur d'accès était à l'origine des informations transmises ou les a modifiées, ou encore que le prestataire d'hébergement savait qu'il hébergeait un contenu illicite. En toute hypothèse, cette preuve « positive » ne paraît pas insurmontable. Ainsi, la victime établira assez facilement que l'hébergeur *savait* car elle lui avait formellement notifié la présence sur son serveur du contenu litigieux. Bien entendu, elle aura pris soin de se ménager une preuve de son intervention (constat d'huissier...). Par contre, en privilégiant la seconde thèse, on place le prestataire en situation de devoir administrer une preuve négative : il ne savait pas, il n'a pas modifié l'information transportée..., ce qui n'est jamais une solution heureuse en droit de la preuve. L'idéal serait évidemment que cette question cruciale soit tranchée dans la mouture définitive de la directive européenne.