

CHAPITRE PREMIER

L'OBJET ET LE DOMAINE DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Mireille ANTOINE

I. LES OBJECTIFS DE LA DIRECTIVE

1. Le commerce électronique offre de multiples opportunités pour favoriser la croissance économique, améliorer la compétitivité des entreprises, encourager les investissements novateurs, la création d'emplois¹... Le développement du commerce électronique ne pourra toutefois être réellement effectif que si un certain nombre d'obstacles résultant de l'insécurité juridique liée au droit applicable aux services de la société de l'information et de la divergence des législations nationales sont levés.

L'objectif de la directive sur le commerce électronique est dès lors de "contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres" (art. 1, § 1^{er}) de façon telle que les prestataires de services de la société de l'information puissent opérer dans toute l'Union européenne et que les destinataires puissent bénéficier des services offerts sans considération de frontières. La directive entend à cet égard faire écho au principe de la liberté d'expression consacré par l'article 10, § 1^{er}, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Afin de parvenir à une harmonisation des législations nationales, la directive établit des règles en ce qui concerne l'établissement des prestataires, les communications commerciales, le traitement des contrats par voie électronique, la responsabilité des prestataires intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et enfin, la coopération entre les États membres (art. 1, § 2). Conformément au principe de proportionnalité, ces mesures se limitent strictement au minimum requis pour atteindre l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur, tout en assurant un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général : protection des mineurs, de la

¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électroniques dans le marché intérieur, COM (1998), 586 final.

dignité humaine, de la santé publique... (considérant n° 10). Elles ne pourraient aboutir à remettre en cause les mesures de promotion du pluralisme culturel et linguistique qui existent tant au niveau communautaire que national (art. 1, § 6).

La directive “n’établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions” (art. 1, § 4). Cette disposition obscure sera commentée ultérieurement (voy. *infra*, n° 88 et s.).

II. LE CHAMP D’APPLICATION DE LA DIRECTIVE

A. Les trois concepts clés de la directive

2. La directive s’applique à tous les “services de la société de l’information”. Le but visé est de couvrir les multiples activités économiques qui peuvent être effectuées en ligne afin qu’elles bénéficient du Marché intérieur et, de la sorte, se développent sans considération de frontières. Le domaine de la directive s’articule autour de trois concepts clés que nous analysons successivement : le “service de la société de l’information”, le “prestataire de services de la société de l’information”, et le “destinataire du service”.

1. Service de la société de l’information

3. La directive sur le commerce électronique renvoie, pour la définition de la notion de “service de la société de l’information”, à l’article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d’information dans le domaine des normes réglementaires techniques² (ci-après : “directive sur les services”), telle que modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil³.

Le service y est défini comme “tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d’un destinataire de services”.

² *J.O.C.E.*, n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37.

³ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, *J.O.C.E.*, n° L 217 du 5 août 1998, p. 18.

a) *Les éléments de la définition*

“Tout service presté normalement contre rémunération”

4. La notion de “service de la société de l’information” définie par la directive sur les services s’appuie sur celle de “service”, telle que définie par l’article 50 du Traité CE et interprétée par la jurisprudence de la Cour de justice.

Sont considérées comme services au sens du Traité “les prestations fournies normalement contre rémunération”. Dans son arrêt du 27 septembre 1998, la Cour de justice a précisé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci “constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service”⁴. L’exposé des motifs de la directive sur le commerce électronique souligne que l’expression “contre rémunération” ne fait pas référence aux modalités concrètes de financement du service concerné, mais à l’existence d’une activité ayant un “caractère économique” ou bénéficiant d’une “contrepartie économique”⁵.

A ce propos, la Cour de justice a précisé que “l’article 60 du traité n’exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient”. Sont donc visés par ce critère de “contrepartie économique” aussi bien les services de vente de biens ou services que les services gratuits pour le destinataire, dont le financement est le plus souvent assuré par les communications commerciales. C’est ainsi que les journaux accessibles gratuitement en ligne, par exemple, doivent être considérés comme des services de la société de l’information dans la mesure où leur accès, bien que n’étant pas subordonné au paiement d’une rémunération, est toutefois financé par les communications commerciales apparaissant notamment sous forme de bandeaux publicitaires. Il en va de même pour les sites parrainés par une personne ou une entreprise exerçant une activité économique.

5. Partant du critère de rémunération énoncé par l’article 50 du Traité, le considérant n° 19 de la directive 98/48/CE considère “qu’une telle caractéristique fait défaut dans les activités que l’État accomplit sans contrepartie économique dans le cadre de sa mission, notamment dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire ; que de ce fait, les règles nationales concernant ces activités ne sont pas couvertes par la définition

⁴ Arrêt du 27 septembre 1988, affaire *Humbel*, 263/86, point 17. Voy. également arrêt du 7 décembre 1993, affaire *Wirth*, 109/92, point 15.

⁵ Arrêt du 7 déc. 1993, *op.cit.*, point 15.

prévue à l'article 50 du Traité et ne rentrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive". Sont donc exclus de la notion de services, et par conséquent de celle de service de la société de l'information, les services fournis par l'État en matière d'enseignement scolaire, les activités liées à l'exercice de la justice, la délivrance en ligne de documents administratifs (certificat de domicile, de nationalité, de bonne vie et mœurs...), les informations culturelles ou touristiques d'une commune fournies en ligne... Si l'accomplissement de ces services est subordonné au versement d'une somme d'argent, celui-ci ne doit pas être considéré comme une "contrepartie économique pour l'activité accomplie par l'État, à l'instar d'un service à vocation purement économique disponible sur le marché"⁶.

6. En résumé, toute activité, à l'exclusion de celles qui sont accomplies par l'État dans le cadre de sa mission, notamment dans les domaines social, culturel, éducatif, et judiciaire, est susceptible de constituer un "service" au sens de l'article 50 du Traité. Encore faut-il, pour tomber sous le champ d'application de la définition de l'article 1^{er}, § 2, de la directive sur les services, qu'il soit fourni "à distance", "par voie électronique" et "à la demande individuelle d'un destinataire de services". C'est la combinaison de ces trois critères avec celui de la contrepartie économique qui permet de différencier un service de la société de l'information de toute autre catégorie de service. L'article 1^{er}, § 2, de la directive sur les services précise les éléments de la définition. L'annexe V les illustre en donnant, pour chaque élément de la définition, une liste indicative des services non couverts.

"à distance"

7. Par service "presté à distance", il faut entendre "un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes" (article 1^{er}, § 2, 1^{er} tiret, de la directive sur les services). Le concept "à distance", déjà présent dans la directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁷, renvoie aux situations dans lesquelles la prestation de services est réalisée par une "technique de communication à distance", c'est-à-dire par "tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du vendeur et du consommateur, peut

⁶ Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998) 586 final, p. 15 (ci-après, en abrégé, "exposé des motifs" ou "commentaire article par article").

⁷ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997.

être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties”⁸. Doivent, par exemple, être considérés comme “fournis à distance”, les services éducatifs en ligne proposés à des étudiants à partir de centres d’enseignement privés (cours interactifs, universités et écoles virtuelles), les activités de contrôle à distance (suivi de malades, surveillance de bâtiments en ligne à partir de centres de surveillance), les services au consommateur proposés en ligne (catalogues en ligne, recherche d’offres promotionnelles), etc.

8. Certains services, bien que s’appuyant apparemment sur une prestation à distance, s’effectuent en présence physique des parties. Ne pouvant être considérés comme fournis à distance, ils sont dès lors exclus du champ d’application de la directive sur le commerce électronique : examen ou traitement dans un cabinet de médecin au moyen d’équipements électroniques, mais en présence physique du patient ; consultation d’un catalogue électronique dans un magasin en présence physique du client ; réservation d’un billet d’avion via un réseau d’ordinateurs dans une agence de voyage en présence physique du client ; mise à disposition de jeux électroniques dans une galerie en présence physique de l’utilisateur (annexe V, point 1, de la directive sur les services).

“par voie électronique”

9. Un service presté par voie électronique est “un service envoyé à l’origine et reçu à destination au moyen d’équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement retransmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques” (art. 1^{er}, § 2, 2^o tiret, de la directive sur les services), c’est-à-dire par voie de télécommunication. Sont couverts, en application de ce principe, les divertissements en ligne (vidéo à la demande, jeux en ligne, loteries, visites virtuelles de musées...), les services d’accès à l’internet et au World Wide Web (courrier électronique, forums de discussion...), les services de certification (certification de clés de signature, horodatage, accusé de réception...), etc.

10. Certains services sont exclus du champ d’application de la directive sur les services car ils ne peuvent être considérés comme fournis “par voie électronique”.

⁸ Article 2, (4), de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997, *op. cit.*

Ce sont tout d'abord des services dont le contenu est matériel, même s'ils impliquent l'utilisation de dispositifs électroniques : services de distribution automatique de billets (billets de banque, billets de train), d'accès à des réseaux payants (autoroutes, parkings, ...) même si à l'entrée et/ou à la sortie des dispositifs électroniques interviennent pour contrôler l'accès et/ou assurer le paiement correct (annexe V, point 2, 1^{er} tiret, de la directive sur les services). Si le retrait d'argent à un terminal ne constitue pas un service au sens de la directive, le rechargement d'une carte (telle la carte "Proton"), les services proposés dans le cadre de l'*internet banking* notamment, doivent par contre être considérés comme tel dans la mesure où le contenu du message est "électronique". De même, la distribution de billets de train, de titres de transport... ne constituent pas des services alors que la réservation de tels billets par voie électronique en sont.

Ce sont ensuite les services "*off line*". La définition de la notion de "service de la société de l'information" vise à englober le plus grand nombre d'activités économiques qui ont lieu "*on line*" : vente de biens ou services en ligne, fourniture d'accès, hébergement d'informations... Ne sont pas visées par la directive les activités telles que la livraison de biens ou la fourniture de services "*off line*" (considérant n° 18). Certains services peuvent ainsi être qualifiés d' "hybrides" dans la mesure où ils sont fournis pour partie "en ligne" et pour partie "hors ligne". Dans cette hypothèse, chaque partie sera soumise à un régime juridique différent. Dans le cas, par exemple, de la vente sur l'internet de CD-Rom ou de logiciels sur disquette, la passation de la commande est soumise à l'application de la directive sur le commerce électronique, alors que la livraison n'est pas couverte par celle-ci (annexe V, point 2, 2^o tiret, de la directive sur les services).

Ne peuvent enfin être considérés comme prestés par voie électronique, les services qui ne sont pas fournis au moyen de systèmes électroniques de stockage et de traitement de données : services de téléphonie vocale, services fournis par téléphonie vocale (consultation d'un médecin, d'un avocat, marketing direct) (annexe V, point 2, 3^o tiret, de la directive sur les services) (*infra*, n^{os} 14 et s.).

"à la demande individuelle d'un destinataire de services"

11. Par service de la société de l'information, il faut enfin entendre "un service fourni par transmission de données sur demande individuelle"

(article 1^{er}, § 2, 3^o tiret, de la directive sur les services). Ne sont donc pas couverts par la directive, les services fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission "point à multi-point") tels que les services de radiodiffusion télévisuelle⁹ (y compris la quasi vidéo à la demande) visés à l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE, les services de radiodiffusion sonore, ainsi que le télétexte (télévisuel) (annexe V, point 3).

Ces services sont exclus du champ d'application de la notion de service en ce qu'ils sont, d'une part, transmis de point à multipoint et, d'autre part, fournis sans demande individuelle du destinataire de service. A ce propos, la directive sur les services exclut explicitement du champ d'application de la notion de service la "quasi vidéo à la demande" (en anglais la "*near video on demand*")¹⁰.

12. A ce service en est apparenté techniquement un autre, le service de "vidéo à la demande" (en anglais la "*video on demand*"), qui se caractérise par le fait que le consommateur choisit, dans un catalogue, l'émission ou le film qu'il souhaite regarder et qu'il pourra visionner dès réception de sa commande¹¹. Il convient dans ce cas de considérer que le service est fourni de point à point, à la demande individuelle de l'utilisateur et qu'il constitue dès lors un service de la société de l'information (considérant n° 18).

b) Les exclusions

13. L'article 1^{er}, § 2, *in fine*, précise que la directive n'est pas applicable aux services de radiodiffusion sonore ainsi qu'aux services de radiodiffusion télévisuelle visés à l'article 1^{er}, point a), de la directive 89/552/CEE.

⁹ La radiodiffusion télévisuelle (à laquelle peut être assimilée techniquement la radiodiffusion sonore) est définie à l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE comme étant "l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services par télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires".

¹⁰ Cette technique permet la diffusion d'une même émission à intervalles réguliers. Grâce à un système d'accès et de décodage, le consommateur choisit le moment où il désire recevoir les signaux décryptés.

¹¹ S. BAZZANELLA et P. GÉRARD, *Télécommunications et audiovisuel : convergence de vues ?*, Bruges, La Charte, 1997, p. 10.

L'on peut s'étonner que la directive exclue explicitement ces services dans le corps de l'article 1^{er}, § 2, puisque, n'étant pas fournis "à la demande individuelle d'un destinataire de services", ils sont de toutes façons exclus du champ d'application de la notion de "service de la société de l'information" (*supra*, n° 11).

*c) Le cas épineux des services de téléphonie vocale*¹²

14. L'exclusion de la téléphonie vocale des services de la société de l'information nécessite quelques explications. Aux termes de l'article 1^{er}, 15° tiret, de la directive 90/388/CE¹³, est un service de téléphonie vocale "l'exploitation commerciale pour le public du transport direct et de la commutation de la voix en temps réel au départ et à destination des points de terminaison du réseau public commuté, permettant à tout utilisateur d'utiliser l'équipement connecté à un tel point de terminaison pour communiquer avec un autre point de terminaison".

Grâce à la mise au point de techniques de codage, de compression et de transmission, les communications vocales peuvent aujourd'hui être acheminées sur l'internet selon trois scénarios possibles. Elles peuvent être transmises soit de l'ordinateur d'un utilisateur à celui d'un autre utilisateur, moyennant un équipement adéquat (modems, logiciels compatibles, haut-parleurs et microphones), soit de l'ordinateur d'un utilisateur (équipé d'un modem, d'un logiciel, d'un haut-parleur et d'un microphone) à un poste téléphonique classique, soit entre deux postes téléphoniques classiques. Dans cette dernière hypothèse, la transmission des communications est réalisée par paquets en utilisant les protocoles de l'internet.

15. La question soulevée à propos des services de communications vocales sur l'internet, appelés également "téléphonie sur Internet", est de savoir si ces services constituent de la téléphonie vocale au sens de la directive sur les services, auquel cas ils ne seraient pas considérés comme des services de la société de l'information et ne rentreraient donc pas dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

¹² Nos remerciements vont à R. QUECK et P.-Y. POTELLE dont la contribution nous a aidés, à propos des services de téléphonie vocale sur Internet, à trouver nos repères dans le maquis des instruments communautaires en la matière.

¹³ Directive 90/388/CE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 192 du 24 juillet 1990.

La réponse à cette question peut être trouvée dans la lecture conjointe de trois communications auxquelles la directive 90/388/CE a donné lieu. La première¹⁴, ayant comme objectif de clarifier les questions essentielles de la directive précitée, s'attache entre autres à expliciter les différents éléments de la définition du service de téléphonie vocale. La seconde¹⁵, complétée par la troisième¹⁶, entend définir le statut des services de communications vocales sur l'internet.

Les communications vocales sur l'internet ne peuvent être considérées comme un service de téléphonie vocale que s'ils remplissent simultanément chacun des quatre éléments de la définition de la téléphonie vocale.

- La téléphonie sur l'internet doit faire l'objet d'une exploitation commerciale

16. Selon la communication de 1995, l'adjectif "commercial" doit être compris dans son acception courante : il suppose la fourniture d'un service contre rémunération. Appliqué à l'internet, ce critère suppose que "le transport des communications vocales représente une activité commerciale distincte, exercée dans un but lucratif" (communication de 1998). A l'heure actuelle, les services de téléphonie vocale ne constituent pas, en principe, un but en soi, mais plutôt le moyen d'accéder à certaines applications de l'internet, telles que la navigation, le courrier électronique, l'importation de fichiers... La communication de 2000 propose que des critères objectifs soient édictés en vue d'analyser si un service de téléphonie vocale fait l'objet d'une activité commerciale distincte : facturation séparée du service, élément vocal clairement séparable des autres composants d'un produit commercial...

- La téléphonie sur l'internet doit être fournie au public

17. Un service pour le public est "un service qui est proposé, aux mêmes conditions, à tous les membres du public" (communication de 1995). Les communications vocales d'ordinateur à ordinateur, bien qu'elles ne soient

¹⁴ Communication du 20 octobre 1995 de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle central et l'état actuel de la transposition de la directive 90/388/CE relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 275 du 20 octobre 1995, p. 2 (ci-après : "communication de 1995").

¹⁵ Communication du 10 janvier 1998 de la Commission relative au statut des communications vocales sur Internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE, *J.O.C.E.*, n° C 6 du 10 janvier 1998, p. 4 (ci-après : "communication de 1998").

¹⁶ Communication du 22 décembre 2000 de la Commission relative au statut des communications vocales sur l'Internet en droit communautaire, notamment au regard de la directive 90/388/CEE, *J.O.C.E.*, n° C 369 du 22 décembre 2000, p. 3 (ci-après : "communication de 2000").

possibles qu'entre utilisateurs ayant souscrit un abonnement auprès d'un prestataire de services leur donnant accès à l'internet, répondent *a priori* à ce critère dans la mesure où le service est proposé aux mêmes conditions à toute personne ayant souscrit cet abonnement. Il en va de même pour les communications vocales d'ordinateur à poste téléphonique ou entre postes téléphoniques dans le cadre desquelles la conversion du signal est assurée par le prestataire du service, à toute personne ayant conclu un contrat avec celui-ci.

- La téléphonie sur l'internet doit être fournie au départ et à destination des points de terminaison du réseau public commuté

18. Cette condition nécessite que le service de communication vocale connecte simultanément deux points¹⁷ du réseau téléphonique public commuté. Cette condition n'est pas remplie pour les communications sur l'internet dans la mesure où elles utilisent la voie de circuits loués. Il en va ainsi, même si elles se terminent sur le réseau public commuté (communication de 1998).

Si les communications sont transmises d'ordinateur à ordinateur, équipés de modems utilisant des logiciels compatibles, l'on ne peut considérer que le système permette à tout internaute d'utiliser l'équipement pour communiquer avec tout autre utilisateur, quel qu'il soit. La communication de 1998 conclut toutefois que ce critère serait rempli pour les communications d'ordinateur à poste téléphonique ou de poste téléphonique à poste téléphonique.

- La fourniture d'un service de téléphonie sur l'internet doit comporter le transport direct et commutation de la voix en temps réel

19. Afin de répondre à cette condition, les services de téléphonie sur l'internet devraient, selon la communication de 1998, garantir un même degré de fiabilité et de qualité de la parole que sur les réseaux publics commutés. Or, la communication se faisant généralement par paquets, la communication conclut que le temps nécessaire pour traiter et transmettre les communications est généralement tel que le service ne peut être considéré comme offrant le même niveau de qualité qu'un service de base en temps réel. La communication de 2000 souligne que, si les développements techniques ont permis de diminuer les délais de

¹⁷ Ces points sont les numéros de terminaison définis par les numéros d'abonné à partir du plan de numérotation national.

transmission de façon spectaculaire, la gestion de l'internet public empêchait toujours "largement d'exclure les risques d'encombrement affectant la transmission du signal vocal". Elle met toutefois en exergue que la condition du "transport direct et la commutation de la voix en temps réel" ne pourrait être remplie pour un service de téléphonie vocale sur l'internet considéré et utilisé par le consommateur comme substitut des services "traditionnels" de téléphonie du fait de ses caractéristiques et notamment de son niveau de qualité et de fiabilité. Cette condition pourrait également être considérée comme remplie pour les services de téléphonie dont le fournisseur garantirait un niveau de qualité et de fiabilité égal à celui de la téléphonie vocale sur réseau public commuté.

20. Eu égard à ces considérations, la communication de 1998 conclut que les services de téléphonie vocale sur l'internet ne peuvent en principe être considérés comme des services de téléphonie vocale au sens de l'article 1^{er}, 15^o tiret de la directive relative à la concurrence dans le marché de services de télécommunications. Ils doivent dès lors être considérés comme des services de la société de l'information au sens de la directive sur les services et par conséquent de la directive sur le commerce électronique. Les prestataires de ces services sont par conséquent soumis au respect des prescriptions de la directive sur le commerce électronique. La communication de 2000 confirme ce principe.

21. Force est de constater que, grâce au développement des nouvelles technologies, les services de téléphonie sur l'internet se rapprochent de plus en plus des services de téléphonie vocale au sens de la directive 90/388/CE, à un point tel que, dans certains cas, il pourrait devenir possible de les assimiler. Outre les répercussions qu'une telle assimilation pourrait engendrer (subordination de l'exploitation des services de téléphonie vocale offerts par le fournisseur de services Internet à des procédures d'autorisation, financement du service universel...) l'on pourrait avant tout craindre que les services de téléphonie sur l'internet soient soumis à deux régimes juridiques distincts : régime d'autorisation pour les uns, libre prestation pour les autres, ces derniers tombant par ailleurs sous le champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

22. *Les services fournis par téléphonie vocale, télécopieur ou télex* – Les services fournis par téléphonie vocale ou télécopieur (annexe V, point 2, 3^o tiret, point c) ne rentrent pas dans le champ d'application de la directive sur les services car ils ne peuvent être considérés comme fournis au moyen de systèmes électroniques de stockage et de traitement des données. L'on peut se poser la question de la pertinence de l'exclusion

des consultations d'un médecin, d'un avocat ou du marketing direct par téléphone ou télécopieur (annexe V, point 2, 3° tiret, points d, e et f) dans la mesure où ces services rentrent en tout cas dans la catégorie des services fournis par téléphonie vocale ou télécopieur. Il convient en réalité de les considérer comme des illustrations de ces services.

Si les services professionnels prestés par téléphone ne peuvent être considérés comme fournis par voie électronique, ils le sont dès lors qu'ils sont offerts en ligne (*supra*, n^{os} 9 et 10). Ainsi en va-t-il des services fournis en ligne par les avocats, consultants, conseillers fiscaux, médecins pratiquant la télé-médecine...

2. Prestataire de services de la société de l'information

“Toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information”

23. Est prestataire de services de la société de l'information toute personne exerçant une activité économique en ligne. Tant les personnes physiques que morales peuvent être prestataires de services de la société de l'information et sont, pour les activités prestées en ligne, soumises à l'obligation de transparence consacrée par la directive sur le commerce électronique.

S'agissant des personnes morales, l'exposé des motifs de la directive précise qu'il peut s'agir de n'importe quelle forme de société. Tant les sociétés anonymes que les sociétés coopératives, les associations sans but lucratif, etc., doivent être considérées comme des prestataires au sens de l'article 2, b), dès lors qu'elles prestent un service de la société de l'information au sens de l'article 2, a).

Les personnes physiques rentrent également dans la catégorie des “prestataires de services de la société de l'information” dès lors que le service presté répond à la définition de “service de la société de l'information” et, notamment, à la condition de contrepartie économique. Sont des prestataires, au sens de la directive sur le commerce électronique, le médecin pratiquant la télé-médecine, tout comme le fleuriste proposant des bouquets en ligne ou le peintre vendant ses œuvres sur l'internet.

24. Certaines activités revêtent un caractère hybride dans la mesure où elles peuvent être exercées par une personne physique ou morale, tant en ligne que hors ligne. Dans cette hypothèse, seule l'activité prestée en

ligne sera soumise à la directive sur le commerce électronique. Ainsi le libraire qui, parallèlement à son activité traditionnelle, développe un site sur lequel il propose la vente de livres, ne sera considéré comme prestataire de services de la société de l'information que pour les activités prestées en ligne. Son activité traditionnelle ne tombe donc pas sous le champ d'application de la directive sur le commerce électronique. Ont également un statut hybride, l'agence de voyages permettant la réservation de billets en ligne ou l'expert-comptable présentant ses activités sur son site, etc.

25. Les personnes physiques développant sur le réseau une activité sans contrepartie économique ne sont pas des prestataires de services de la société de l'information au sens de l'article 2, b), de la directive sur le commerce électronique et ne sont dès lors pas soumises aux obligations pesant sur ces derniers. Ainsi en est-il de l'étudiant présentant son curriculum vitae en ligne, du joueur de clarinette mettant gratuitement et de façon désintéressée sur son site des fichiers MP3 qu'il aurait enregistrés, du peintre amateur présentant ses œuvres sur son site ou de l'apiculteur amateur offrant sur son site une documentation détaillée sur la vie des abeilles.

3. Destinataire du service

“Toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible”

26. Tout comme celle du “prestataire”, la définition du “destinataire du service” s'articule autour de la notion de service de la société de l'information. La définition du destinataire du service vise à englober toute personne physique ou morale qui utilise un service de la société de l'information, à quelque fin que ce soit, et quelles que soient ses qualifications.

27. L'on peut s'étonner de l'illustration donnée par la directive de la finalité de l'usage. Sans doute est-ce pour illustrer le fait que tous les types d'utilisation des services de la société de l'information sont couverts (considérant n° 20) et que, selon l'angle sous lequel on se place, une personne peut être tant prestataire que destinataire de services, que la directive précise que l'usage d'un service peut consister aussi bien à rechercher une information qu'à la rendre accessible. S'agissant par exemple d'un service de “petites annonces” sur un portail, est destinataire du service au sens de la directive sur le commerce électronique, aussi bien

celui qui poste une annonce que celui qui la consulte, que ce soit à des fins privées ou professionnelles. En ce qui concerne l'envoi de communications commerciales non sollicitées réalisé par des sociétés de *cybermarketing*, sont destinataires du service, tant les sociétés pour le compte desquelles l'envoi de ces communications est réalisé, que les personnes physiques ou morales auxquelles elles sont adressées.

28. Lorsque le destinataire du service est une personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale, il répond en outre à la qualification de "consommateur" au sens de la directive (*infra*, n^{os} 53 et s.). Dans cette dernière hypothèse, le prestataire de services ne peut se départir conventionnellement de certaines obligations qui pèsent sur lui. Ainsi en va-t-il des informations à fournir (art. 10, voy. *infra*, n^{os} 208 et s., spéc. n° 231) et du processus accompagnant la passation d'une commande (art. 11, voy. *infra*, n^{os} 475 et s., spéc. n° 513).

B. Matières exclues du domaine de la directive sur le commerce électronique

29. Certaines activités sont cependant exclues du champ d'application de la directive sur le commerce électronique (art. 1, § 5).

30. *La fiscalité* – Le domaine de la fiscalité et notamment de la taxe sur la valeur ajoutée qui frappe un grand nombre de services couverts par la directive (considérant n° 12) est exclu du champ d'application de la directive. Cette exclusion est justifiée par le fait que la libre circulation de services ne peut pas encore être garantie au regard du droit communautaire existant dans ce domaine.

31. *La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel* – La directive 95/46/CE¹⁸ 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 et la directive 97/66/CE¹⁹ concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications sont pleinement applicables aux services de la société de l'information. Par conséquent, il n'a pas été jugé nécessaire de traiter cette question dans la

¹⁸ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281 du 28 nov. 1995, p. 31.

¹⁹ 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.*, n° L 24 du 30 janv. 1998, p. 1.

directive afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Le considérant n° 14 souligne toutefois que la mise en œuvre et l'application de la directive devraient se faire conformément aux principes formulés dans les directives susmentionnées.

32. *Les activités de jeux d'argent* – Sont uniquement couverts par cette exclusion les jeux de hasard, les loteries et les transactions portant sur des paris (supposant des enjeux en valeur monétaire). Le considérant n° 16 précise que cette exclusion ne couvre pas les concours ou jeux promotionnels qui ont pour but d'encourager la vente de biens ou services. Le cas échéant, si des paiements doivent avoir lieu, ils ne peuvent servir qu'à acquérir les biens ou services en promotion (voy. aussi *infra*, n° 207).

33. Sont encore exclues du champ d'application de la directive les questions relatives aux accords ou pratiques régis par le droit des ententes, les activités de notaire ou les professions équivalentes dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique et, enfin, la représentation et la défense d'un client devant les tribunaux.

C. Articulation de la directive sur le commerce électronique avec d'autres directives européennes

34. Il convient d'examiner l'articulation de la directive sur le commerce électronique avec d'autres directives européennes (1), et particulièrement avec la directive du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, ci-après dénommée "directive sur les contrats à distance"²⁰ (2).

1. Le caractère complémentaire et non dérogoire de la directive sur le commerce électronique

35. L'article 1, § 3, de la directive sur le commerce électronique dispose clairement que la directive est "sans préjudice du niveau de protection existant notamment en matière de protection de la santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires". Le considérant n° 11 énumère, de manière non exhaustive, une série de directives déclarées applicables "dans leur intégralité" aux services de la société de l'information. Parmi celles-ci relevons entre autres, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses

²⁰ *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²¹ ainsi que la directive sur les contrats à distance (*infra*, n^{os} 36 à 40), transposée en droit belge dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur²², ci-après dénommée LPC. Citons en outre, sans vouloir être exhaustif :

- la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse et comparative ;
- la directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac adoptée dans le cadre du marché intérieur ou des directives relatives à la protection de la santé publique ;
- la directive 92/28/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la publicité faite à l'égard des médicaments ;
- la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation ;
- la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs ;
- la directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières ;
- la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ;
- la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers ;
- la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs ;
- la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ;
- la directive 92/59/CEE du Conseil du 29 juin 1992 relative à la sécurité générale des produits ;

²¹ *J.O.C.E.*, n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29.

²² *M.B.* 29 août 1991, modifiée par la loi du 25 mai 1999, *M.B.*, 23 juin 1999.

- la directive 99/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et aux garanties des biens de consommation.

Enfin, relevons encore la future directive du Parlement européen et du Conseil concernant la vente à distance de services financiers aux consommateurs²³. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, toutes les garanties existantes établies par ces diverses directives s'appliquent aux services de la société de l'information. Les dispositions de la directive sur le commerce électronique viennent donc s'y greffer afin, notamment, d'accroître la protection des consommateurs dans le cadre du commerce électronique.

2. Comparaison des champs d'application ratione personae et ratione materiae de la directive sur le commerce électronique et de la directive sur les contrats à distance

36. Aucun doute n'est donc permis quant au caractère complémentaire et non dérogoire de la directive sur le commerce électronique, notamment par rapport à la directive sur les contrats à distance. Toutefois, les champs d'application respectifs des deux directives diffèrent *ratione personae* et *ratione materiae*.

a) Ratione personae

37. Tout d'abord, *ratione personae*, la directive sur les contrats à distance vise uniquement les relations entre professionnels et consommateurs. En effet, ses articles 1 et 2 précisent que la directive concerne les contrats à distance "entre consommateur et fournisseur"²⁴, le premier agissant "à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle"²⁵, le second agissant, au contraire, "dans le cadre de son activité professionnelle"²⁶.

Quant à la directive sur le commerce électronique, soulignons d'emblée qu'elle n'a pas pour objectif de protéger uniquement le consommateur. Certes, l'exposé des motifs de la proposition de directive insiste à de nombreuses reprises sur la nécessité d'assurer un haut niveau de

²³ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21.

²⁴ Art. 1^{er} de la directive sur les contrats à distance.

²⁵ Voy. la définition du consommateur à l'art. 2, (2), de la directive sur les contrats à distance.

²⁶ Voy. la définition du fournisseur à l'art. 2, (3), de la directive sur les contrats à distance.

protection du consommateur²⁷, confronté sur le réseau à des situations commerciales nouvelles qu'il connaît mal, et dans lesquelles ses intérêts pourraient être mis en danger²⁸. Mais le champ d'application de la directive a vocation à s'étendre beaucoup plus largement, puisqu'elle concerne les rapports entre un prestataire de service de la société de l'information et un destinataire, peu importe que ce dernier utilise ce service "à des fins professionnelles ou non" (*supra*, n°s 26 à 28). Ainsi, la directive entend régir tant les rapports de professionnel à consommateur (ou *Business to Consumer*) que les rapports entre professionnels (ou *Business to Business*), avec parfois certaines nuances (voy. *infra*, n°s 230, 231 et 513). En revanche, elle ne concerne pas les relations qui peuvent se nouer individuellement entre consommateurs. Cette exclusion ressort clairement du considérant n° 18, qui précise que "l'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents [*entendez le chat ou encore la téléphonie vocale sur l'internet*] par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information".

38. Une autre différence *ratione personae* entre les deux directives doit être soulignée. La directive sur les contrats à distance n'entend pas régler tous les rapports de professionnel à consommateur, mais uniquement les relations entre un *fournisseur* et un consommateur. Le fournisseur est entendu comme un professionnel agissant dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance qu'il organise²⁹. La directive sur le commerce électronique régit les rapports entre un *prestataire d'un service de la société de l'information* et un destinataire de ce service. La notion de prestataire est différente de celle de fournisseur. En effet, un fournisseur peut exercer ses activités aussi bien *on-line* que *off-line*. Tandis que le prestataire d'un service de la société de l'information n'agit, par définition, que sur les réseaux numériques. En outre, un prestataire peut exercer en ligne les mêmes activités qu'un fournisseur, c'est-à-dire la vente de biens ou la fourniture de services, mais il peut également prester une multitude d'autres services, comme

²⁷ Voy. le commentaire article par article, p. 18. Il y est précisé qu'un haut niveau de protection du consommateur doit être atteint, notamment par l'imposition d'obligations d'information et de transparence, et l'établissement de nouvelles garanties dans les relations contractuelles.

²⁸ Voy. le considérant n° 3 de la résolution du Conseil européen du 19 janvier 1999 concernant les aspects de la société de l'information concernant les consommateurs, *J.O.C.E.*, n° C 23, du 28 janv. 1999, p. 1 ; ainsi que la recommandation du Conseil de l'OCDE relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, décembre 1999, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/index.htm>.

²⁹ Voy. les définitions de fournisseur et de contrat à distance à l'article 2 de la directive sur les contrats à distance.

l'hébergement de site, la fourniture d'accès à l'internet, la fourniture d'informations ou de communications commerciales en ligne, ou la fourniture d'outils permettant la recherche, l'accès et la récupération de données, parfois sans être rémunéré par le destinataire du service³⁰.

b) Ratione materiae

39. De nombreuses divergences *ratione materiae* doivent également être soulignées entre les deux textes. D'un côté, le champ d'application de la directive sur le commerce électronique est, à nouveau, plus étendu que celui de la directive sur les contrats à distance. En effet, la directive sur les contrats à distance, comme son nom l'indique, ne s'applique que dans la mesure où se noue un contrat, tandis que la directive sur le commerce électronique touche, de manière générale, à la fourniture d'un service de la société de l'information, *indépendamment de l'existence d'un contrat*. En outre, les contrats portant sur des services financiers sont visés par la directive sur le commerce électronique (considérant n° 27) alors que la directive sur les contrats à distance les exclut expressément de son champ d'application^{31 32}.

40. D'un autre côté, la directive sur les contrats à distance s'étend, plus largement, à tous les contrats conclus via "une ou plusieurs technique de communication à distance", c'est-à-dire aux ventes par correspondance, sur catalogue ou bon de commande, par téléphone, radio, télécopieur, télévision, minitel, courrier électronique, et, bien sûr, l'internet³³. La directive sur le commerce électronique, quant à elle, se limite aux contrats conclus sur les réseaux numériques, c'est-à-dire sur le web ou via le courrier électronique.

³⁰ Voy. *supra*, les définitions de prestataire et de service de la société de l'information et leur commentaire, ainsi que le considérant n° 18 qui fournit quelques exemples de services de la société de l'information.

³¹ Cf. art. 3.1, 1^{er} tiret de la directive sur les contrats à distance.

³² Les services financiers font l'objet d'une proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21.

³³ Voy. la liste indicative de techniques de communication à distance qui figure à l'annexe I de la directive sur les contrats à distance.

III. COMMENTAIRE DE QUELQUES DÉFINITIONS

A. Communication commerciale

“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. 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”.

1. Un concept nouveau en droit communautaire

41. Avec le développement de l’internet et des nouvelles techniques de promotion qu’il induit, la publicité telle qu’elle était traditionnellement conçue et perçue a considérablement évolué.

La problématique de la publicité n’est pas nouvelle en droit communautaire. La directive relative à la publicité trompeuse, modifiée afin d’y inclure la publicité comparative³⁴, définit en son article 2, § 1^{er}, la publicité 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 biens immeubles, les droits et les obligations”.

Cette conception extensive de la notion de publicité, ne s’attachant à aucun support, a été reprise par le Livre vert relatif aux communications commerciales dans le marché intérieur³⁵ qui, toutefois, au terme de publicité a préféré celui de “communication commerciale”. Celle-ci y est définie comme couvrant “toutes les formes de publicité, de marketing

³⁴ Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d’y inclure la publicité comparative.

³⁵ Livre vert de la Commission, “Les communications commerciales dans le marché intérieur”, 8 mai 1996, COM (96) 192 final. Voir également “*The follow-up to the Green paper on commercial communications in the Internal market*”, Communication du 4 mars 1998 de la Commission au Parlement, au Conseil et au Comité Economique et Social.

direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services”. Nonobstant leur différence terminologique, ces notions de “publicité” de la directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative et de “communication commerciale” du Livre vert recouvrent une même réalité, quel que soit le support, et s’appliquent par conséquent à la publicité sur l’internet.

42. La directive sur le commerce électronique entend réglementer la publicité réalisée dans le cadre spécifique du commerce électronique. Reprenant la terminologie du livre vert, elle définit la communication commerciale 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 (...)” (art. 2, f).

2. Analyse de la définition

43. La directive sur le commerce électronique, à l’instar de la directive sur la publicité trompeuse, ne fait aucune référence aux formes que peuvent revêtir les communications commerciales... afin de les englober toutes, qu’il s’agisse des bannières, interstitiels, hyperliens (*infra*, n^{os} 201 et s.), etc. Le champ d’application volontairement extensif de la notion de communication commerciale s’inscrit dans la nouvelle politique de la Commission dans ce domaine³⁶.

44. La référence faite à la promotion tant directe qu’indirecte vise, ainsi que le précise l’exposé des motifs³⁷, à empêcher les cas de contournement de l’interdiction de faire de la publicité pour certains produits ou services. Tel serait par exemple le cas d’un site qui, en Belgique, permettrait par un lien hypertexte de découvrir les campagnes publicitaires étrangères relatives à un produit dont la publicité serait interdite en vertu d’un arrêté royal pris en application de l’article 28, § 1^{er}, 1^o, de la LPC.

45. La référence à la promotion de l’image d’une entreprise, d’une organisation ou d’une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée, vient renforcer l’idée que la promotion d’un bien ou d’un service peut être tant directe qu’indirecte. En incluant la promotion de l’image, la définition de

³⁶ Commentaire article par article, p. 21.

³⁷ Voy. le commentaire article par article, p. 22.

la “communication commerciale” couvre les sites qui, sous le prétexte de donner de l’information en ligne, font en réalité de la promotion. Ainsi peut-on considérer, en application de ce principe, que le fait pour un avocat de fournir de l’information en ligne (publications, renvoi par liens hypertextes vers des textes de loi...) participe à la promotion de son image en attirant l’attention de clients potentiels.

46. En considérant la définition de la notion de communication commerciale, qui inclut tant la promotion directe qu’indirecte d’un bien ou d’un service et qui va jusqu’à couvrir la promotion de l’image, il devient malaisé de déterminer les cas où une information diffusée par le site d’une entreprise ou d’un professionnel ne revêt pas un caractère promotionnel. Dès lors que les données diffusées en ligne sont en rapport direct ou indirect avec l’activité économique du titulaire du site, elles doivent être qualifiées de promotionnelles. Lorsque l’objet du site est la diffusion d’informations en ligne (journaux en ligne, envoi d’informations individualisées à la demande de l’internaute...), leur caractère informationnel ne devrait pas faire de doute.

47. Comme on peut le constater, la directive sur le commerce électronique ne fait aucune référence à la qualité des destinataires de communications commerciales. Peu importe que celles-ci s’adressent à des personnes physiques ou morales, de droit privé ou public : elles doivent répondre aux prescriptions de la directive, quelle que soit la qualité des personnes auxquelles elles s’adressent ou qui en prennent connaissance.

48. La question s’est par ailleurs posée de savoir si la démarche de l’internaute pouvait avoir une quelconque incidence sur les obligations légales incombant à l’annonceur³⁸. Si choisir d’aller sur un site web relève d’une démarche active, tout comme celle de cliquer sur un lien hypertexte, il n’en va pas de même pour les bandeaux publicitaires ou les interstitiels qui apparaissent sur l’écran sans (et parfois même contre) la volonté de l’internaute.

Dans un arrêt remarqué, la Cour d’Appel de Rennes a estimé que “le fait que le site ne puisse être consulté qu’après abonnement, et au choix du site par l’usager d’internet ne change en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites (...). La démarche volontaire de celui qui va consulter volontairement un message publicitaire accessible au

³⁸ N. VARILLE, “La publicité et Internet”, *Cahiers – Lamy droit de l’informatique*, décembre 1997, n° 98, p. 13.

public d'une manière ou d'une autre ne fait pas disparaître le caractère publicitaire de l'information qui lui est délivrée³⁹. Que la démarche de l'internaute soit ou non active, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre de relations contractuelles, les communications commerciales doivent répondre aux prescriptions de la directive.

49. La directive sur le commerce électronique exclut de la notion de communication commerciale, d'une part, 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, d'autre part, 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 (art. 2, f).

Eu égard à ces restrictions, ne peut être qualifié de communication commerciale, selon l'exposé des motifs⁴⁰ :

- le seul fait de détenir un site. Cette restriction vise la détention, mais non le contenu du site.
- le fait de donner de l'information qui ne serait pas de la promotion. Lorsque l'objet du site est la diffusion d'informations en ligne (journaux en ligne), que les informations sont mises à la disposition des internautes par l'État, des personnes ou organisations n'agissant pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou d'une profession réglementée, elles doivent être qualifiées d'informationnelles. Répondent, par exemple, à cette qualification les informations culturelles ou touristiques publiées par une commune, les publications accessibles en ligne sur le site d'une université, ainsi que les informations fournies par un particulier en-dehors de son activité professionnelle (curriculum vitae, documentation de voyage, etc.).
- le lien hypertexte vers un site web de communication commerciale lorsqu'il est créé sans lien financier ou autre contrepartie provenant de la personne détenant ce site. Ainsi en est-il des liens hypertextes créés à partir du site d'une organisation de défense des intérêts des consommateurs qui permettraient d'accéder aux sites de sociétés faisant l'objet d'une étude comparative ou de ceux qui, sur le site d'une commune, renverraient vers les sites de commerces situés sur son territoire.
- la mention du nom de domaine ou d'une adresse e-mail, d'un logo ou d'une marque lorsque cela est fait sans liens financiers ou autre

³⁹ CA Rennes, 1^{re} ch., 31 mars 2000, note J.-C. GALLOUX, *Communication – Commerce électronique*, juin 2000, p. 24.

⁴⁰ Voy. à ce propos le commentaire article par article, p. 22.

contrepartie provenant de la personne détenant ce nom de domaine, cette adresse, ce logo ou cette marque⁴¹.

50. Si la directive sur le commerce électronique entend couvrir, tout comme la directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, la promotion de biens ou services, force est de constater qu'elle va bien au-delà. En effet, elle vise, outre la promotion de biens ou services, la promotion de l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Ainsi, la notion de communication commerciale a-t-elle apparemment une portée plus large que celle de publicité définie dans la directive relative à la publicité trompeuse. En réalité, la première englobe la seconde⁴².

51. La qualification de communication commerciale entraîne l'application des articles 6 et 7 de la directive sur le commerce électronique, relatifs aux informations à fournir (*infra*, n^{os} 197 et s.) et aux communications commerciales non sollicitées (*infra*, n^{os} 237 et s.), et de l'article 8 traitant des professions réglementées (*infra*, n^{os} 327 et s.).

B. Prestataire établi

“Prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire”

52. En application de l'article 3 de la directive, les prestataires de services de la société de l'information sont soumis à la législation nationale de l'État membre de la Communauté européenne dans lequel ils sont établis. Afin d'éviter une interprétation divergente de la notion d'établissement, la directive, se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice⁴³, définit le “prestataire de service établi” sur les critères qualitatifs de l'effectivité et de la stabilité économique et non sur les critères formels

⁴¹ Tant pour cette précision que pour la précédente, la difficulté consistera, dans certains cas, à déceler l'existence d'un éventuel lien financier ou d'une autre contrepartie. Voy. D. GOBERT, “La publicité sur Internet – le droit en (r)évolution”, *Ubiquité*, n° 7, note 31, p. 82.

⁴² R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO et A. SALAÜN, “La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies”, in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahier du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 7.

⁴³ “La notion d'établissement au sens des articles 52 et suivants du traité comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée”. Arrêt du 25 juillet 1991, affaire *Factort*, C-221/89, *Rec.*, 1991, p. 1-3905, point 20.

(simple boîte aux lettres) ou technologiques (emplacement des moyens techniques) qui permettraient aux prestataires d'échapper à tout contrôle⁴⁴.

L'emplacement des technologies utilisées (hébergement de pages web), le fait qu'un site soit accessible dans un autre État membre, le fait qu'un prestataire établi dans un État membre offre des services ciblés sur le territoire d'un autre État membre, ... ne peuvent constituer des critères pour la détermination du lieu d'établissement.

Lorsqu'un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, le "lieu d'établissement" au sens de la directive sur le commerce électronique sera celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour la prestation du service considéré (considérant n° 19).

C. Consommateur

"Toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale"

1. Analyse de la définition

53. Inspirée de la directive sur les contrats à distance, la définition du consommateur a été introduite tardivement dans la directive sur le commerce électronique⁴⁵.

La définition du "destinataire du service" est très large : elle englobe toute personne, physique ou morale, qui utilise un service de la société de l'information. Les versions précédentes de la directive ne marquaient pas de différence selon que le destinataire du service agissait à des fins professionnelles ou privées. L'introduction tardive de la notion de consommateur dans la directive vise à accorder une protection plus grande à cette catégorie spécifique de destinataires de services, pour autant qu'ils répondent à deux conditions : être des personnes physiques et agir à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle.

54. La notion de consommateur se restreint tout d'abord aux personnes physiques. Ne sont donc pas des consommateurs les personnes morales, quelles qu'elles soient.

⁴⁴ Commentaire article par article, p. 21.

⁴⁵ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1999) 427 final, p. 21.

55. Encore faut-il, ensuite, que la personne physique agisse à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Est un consommateur l'étudiant présentant son *curriculum vitae* en ligne, la personne physique qui, à des fins non professionnelles, poste des petites annonces ou les consulte, celle qui demande l'accès à un réseau de communication ... Toute la difficulté réside toutefois dans l'appréciation de la finalité de l'usage. Faut-il y voir un critère subjectif qui nécessiterait que soient examinées les intentions de la personne physique au moment où elle agit ou un critère plus objectif qui consisterait à considérer comme consommateur la personne physique agissant en-dehors de ce qui fait l'objet de son activité commerciale ou professionnelle⁴⁶ ? Appliqué à l'internet, ce critère pose de sérieuses difficultés d'interprétation : comment, si ce n'est dans le cadre d'un intranet, le prestataire peut-il avoir la certitude que son interlocuteur agit à des fins privées ?

56. L'on retrouve à propos de cette définition du consommateur les hésitations doctrinales concernant l'interprétation de la notion de consommateur en général. Ainsi, la personne physique qui demande un accès à l'internet, une adresse de courrier électronique, la certification de clés... doit-elle être considérée comme consommateur ou professionnel, sachant que ces services peuvent être utilisés par la personne en ses deux qualités ?

Pour des raisons de sécurité juridique, la pratique voudra que les prestataires de services se conforment par défaut, aux prescriptions de la directive ou proposent, dès leur page d'accueil, l'option "besoins privés" ou "besoins professionnels". Il appartiendra dès lors au destinataire de services de choisir la qualité sous laquelle il entend s'identifier et agir. Une telle pratique soulève toutefois une question de taille : identifié trop rapidement comme professionnel, le destinataire de service pourra-t-il encore se prévaloir de la protection qui pourrait lui être accordée en tant que consommateur en application de la loi sur les pratiques du commerce ?

⁴⁶ La définition du consommateur dans la loi belge fait référence à l'acquisition ou l'utilisation de produits ou de services sur le marché "excluant tout caractère professionnel". Ce critère n'a pas manqué de poser des difficultés d'interprétation : critère objectif, critère subjectif, référence à la nature professionnelle de l'intervention de l'acquéreur ou de l'utilisateur ? A propos de l'interprétation de ce critère, voir J.-L. FAGNART, "Concurrence et consommation : convergence ou divergence ?", in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, pp. 27-29.

2. Conséquences attachées à la notion de consommateur

57. Si la définition de la notion de consommateur vise à englober toutes les activités qu'une personne physique peut accomplir sur l'internet, elle revêt une certaine importance pour l'application de l'article 3, et des articles 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique. L'article 3 est déclaré non applicable aux obligations contractuelles dans les contrats conclus avec un consommateur (*infra*, n^{os} 121 à 129). Les articles 10 et 11, quant à eux, font peser sur le prestataire de services des obligations relatives aux informations à fournir et à la passation d'une commande, dont il ne peut se départir lorsque le destinataire de services est un consommateur (*infra*, n^{os} 231 et 513).

IV. PRINCIPE DE NON-AUTORISATION PRÉALABLE

“1. Les États membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice des régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information ou qui sont couverts par la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services des télécommunications”.

A. Principe de libre prestation de service

58. Les “services de la société de l'information” (voy. *supra*, n^{os} 3 à 22) constituent des services au sens de l'article 50 du Traité instituant la Communauté européenne. Les prestataires de ces services (voy. *supra*, n^{os} 23 à 25) bénéficient par conséquent du principe de la liberté d'établissement. Ce principe est rappelé à l'article 4, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique qui interdit aux États membres de soumettre l'accès aux activités de la société de l'information ou l'exercice de celles-ci à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre procédure qui pourrait avoir le même effet.

59. Ainsi que le souligne le considérant n° 28, cette interdiction n'affecte pas les régimes volontaires d'accréditation. Les États membres

peuvent donc instaurer ou maintenir de tels régimes dans le but d'accroître la confiance des utilisateurs de l'internet.

Le considérant n° 28 cite, comme exemple d'accréditation volontaire, les régimes pouvant être instaurés pour les prestataires de services de signature électronique et de certification. La coexistence sur le marché de prestataires de services de certification accrédités et non accrédités permettrait dans ce cadre de répondre aux différentes demandes des destinataires de services dans la mesure où tous les types de transactions n'exigent pas le même niveau de sécurité.

60. L'on pourrait également imaginer que des procédures d'accréditation soient mises en place pour les prestataires offrant la possibilité de commander des biens ou services en ligne. Notons à ce propos que la labellisation (*infra*, ns 586 à 589), proche quant à ses objectifs de l'accréditation, mais plus souple et plus abordable, permet également de gagner la confiance des utilisateurs d'Internet⁴⁷.

61. Toujours sous le considérant n° 28, la directive sur commerce électronique précise que l'obligation de l'article 4, § 1^{er}, ne concerne pas les services postaux, couverts par la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service⁴⁸, "consistant dans la remise physique d'un message imprimé par courrier électronique". Cette précision apportée rejoint la liste des exclusions de la notion de service de la société de l'information dans la mesure où le service de "délivrance physique du message" ne peut être considéré comme fourni par voie électronique puisqu'il n'est pas reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (*supra*, n^{os} 9 et 10).

B. Les tempéraments au principe de la libre prestation de service

62. Le paragraphe 2 de l'article 4 précise que "le paragraphe 1^{er} est sans préjudice des régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information ou qui sont couverts par la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations

⁴⁷ Pour une analyse approfondie de la labellisation, voir D. GOBERT et A. SALAÜN, "La labellisation des sites web : classification, stratégies et recommandations", *DA/OR*, n° 51, novembre 1999, pp. 83-94.

⁴⁸ *J.O.C.E.*, n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14.

générales et les licences individuelles dans le secteur des services des télécommunications”.

63. Le premier point du paragraphe 2 vise les conditions d'accès aux activités qui ne sont pas spécifiques aux services de la société de l'information : elles se situent donc en amont de l'exercice de ces activités. Sont essentiellement visées par cette disposition les “professions réglementées” (*infra*, n^{os} 327 et s.), soumises à des exigences de qualification professionnelle (diplôme, certificat, ou attestation de compétence) et, le cas échéant, à une autorisation délivrée par un ordre professionnel (ordre des médecins, pharmaciens, architectes, experts comptables...) ou une organisation professionnelle (agences de voyages...). Sont en outre visées par cette disposition, les activités soumises à une autorisation ou à un contrôle en raison, non de qualifications requises pour exercer de telles activités, mais de leur objet : commercialisation de boissons alcoolisées, de tabac...

Dans la mesure où l'accès ou l'exercice de certaines professions est soumis au respect d'exigences de qualification professionnelle, il était en effet logique que ces exigences continuent à s'appliquer, nonobstant le fait que l'exercice de ces professions puisse constituer un service de la société de l'information.

64. Le deuxième point du paragraphe 2 vise les régimes d'autorisation générale aux fins de la fourniture de services de télécommunications et de licences individuelles établis par la directive 97/13/CE⁴⁹. Sont définis comme services de télécommunications “les services qui consistent, en tout ou en partie, en la transmission et/ou en l'acheminement de signaux sur le réseau de télécommunications”⁵⁰.

⁴⁹ Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le cadre du secteur des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 117 du 7 mai 1997, pp. 15-27.

⁵⁰ Directive 90/388/CE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 192 du 24 juillet 1990.

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

Étienne MONTERO

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

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

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

A. La définition des concepts essentiels : récapitulatif

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

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

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

“vendeur” au sens de la LPC⁵³. On sait que la notion de “vendeur”, loin de renvoyer aux articles 1582 et suivants du Code civil, rejoint en réalité celle d’entreprise ou de professionnel. Comme l’a écrit J.-L. FAGNART, peut être considéré comme “vendeur” au sens de la LPC “celui qui loue, qui finance, qui assure, qui transporte ou qui preste un service quelconque”⁵⁴. Est un vendeur tout qui commercialise des produits ou fournit des services, aussi bien en ligne que hors ligne. En revanche, on rappelle que le prestataire est toute personne, physique ou morale, qui fournit un service de la société de l’information. Or, pareil service couvre un large éventail d’activités qui ont nécessairement lieu en ligne. Les activités consistant à vendre des produits ou à fournir des services hors ligne sont exclues de la notion, ce qui signifie que, sous cet angle, la notion de prestataire est plus étroite que celle de vendeur. Ainsi, le détaillant qui offre à la vente les produits exposés dans les rayons de sa boutique est un vendeur au sens de la LPC, mais non un prestataire de services de la société de l’information. En revanche, le commerçant qui offre des biens seulement en ligne est l’un et l’autre, et est donc soumis au régime de la LPC et à celui de la directive. Rappelons que la qualité de prestataire de services de la société de l’information est attribuée à toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l’information, que ce service fasse ou non partie de son activité principale. Ainsi, le détaillant qui, par ailleurs, offre ses produits sur le web est un vendeur au sens de la LPC en toute hypothèse et, en outre, un prestataire au sens de la directive pour ses activités en ligne.

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

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

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

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

visés par cette dernière notion⁵⁵, alors qu'ils sont inclus dans celle de prestataire au sens de la directive.

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

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

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

Le critère ainsi adopté par le législateur européen nous paraît proche de celui choisi par le législateur du 14 juillet 1991, et pareillement justiciable des critiques sévères que ce dernier a essuyées⁵⁶. Certes, la définition du consommateur de la directive ne vise pas les personnes morales, contrairement à celle de la LPC. Toutefois, l'on sait que l'assimilation de la personne morale à la personne physique résulte d'un amendement déposé au Sénat, au dernier instant et sans réflexion approfondie. En réalité, cet ajout a pour seul effet d'englober dans la notion de

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

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

consommateur... les ASBL, pourvu qu'elles contractent à des fins excluant tout caractère professionnel⁵⁷.

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

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

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

La définition technologiquement neutre de l'article 22 de la LPC permet de penser qu'elle couvre les multiples formes de publicité sur l'internet, dès lors qu'elles assurent la promotion de produits ou de services⁵⁹. Est-ce à dire qu'il suffirait d'un simple renvoi à l'article 22 de la LPC pour se conformer à l'article 2, f, de la directive ? Nous pensons effectivement que, nonobstant une différence de libellé, les deux définitions se recourent.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ Cass. (1^{re} ch.), 2 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 66.

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

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

72. Ensuite, le champ d’application *ratione materiae* de la LPC diffère largement de celui de la directive sur le commerce électronique. La loi belge a un double objet : elle vise à garantir une concurrence loyale dans les pratiques du commerce, d’une part, à assurer l’information et la protection du consommateur à l’occasion des opérations commerciales les plus courantes, d’autre part⁶¹. A tort ou à raison – peu nous importe ici –, cet amalgame a été sévèrement critiqué par une frange non négligeable de la doctrine⁶². Dans ces circonstances, on comprendrait mal le souhait d’intégrer dans la LPC la directive sur le commerce électronique, qui règle une grande variété de questions sans rapport direct avec les pratiques du commerce ou la protection du consommateur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conformément à la désormais célèbre “technique de la greffe”⁶³, les nouvelles règles adoptées viendraient s'ajouter aux régimes juridiques existants, sans y déroger en aucune façon (*supra*, n° 35). L'on aurait affaire à différentes couches de règles ayant vocation à se superposer⁶⁴. Ainsi, un contrat conclu *en ligne* par un *consommateur* sera soumis à la fois aux dispositions générales figurant dans la LPC (dès lors que le contrat est conclu entre un “vendeur” et un consommateur), aux dispositions particulières de sa section 9 sur les contrats à distance (dès lors que le “vendeur” utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance) *et* aux dispositions de la future loi – autonome – transposant la directive sur le commerce électronique (dans la mesure où le contrat est conclu *sur les réseaux* entre un “prestataire de services de la société de l'information” et un “destinataire du service” au sens du nouveau dispositif).

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

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

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

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

avant-projet de loi visant à mettre le droit interne en harmonie avec la recommandation 97/489/CE de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire⁶⁵. L'exposé des motifs de la loi affichait sa conviction qu'il s'imposait de procéder via une modification de la LPC. Et le Conseil d'Etat de désapprouver la méthode choisie pour de multiples motifs analogues à ceux que nous avons exposés plus haut : champ d'application matériel des dispositions en projet relativement diversifié et singulièrement spécifique, champ d'application personnel distinct de celui de la LPC, mise à mal de la structure interne de la loi si des dispositions à ce point spécifiques devaient y être intégrées, etc.

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

Mutatis mutandis, notre conclusion n’est pas différente.

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