

LE DROIT ÉCONOMIQUE À L'HEURE DES T.I.C.

YVES POULLET

LE DROIT ÉCONOMIQUE À L'HEURE DES T.I.C.

1. Les technologies de l'information et de la communication (en abrégé, TIC) et leurs multiples applications bouleversent nos relations sociales mais également les relations économiques. Elles modifient les modes d'organisation des entreprises, elles redessinent leurs modes de communication tant entre elles (B to B), qu'avec les administrations (B to A) et avec les consommateurs (B to C) Elles justifient la naissance de nouveaux métiers et, de manière plus générale, aident à la transformation d'un marché autrefois principalement national en un marché de plus en plus européen voire global.

Le droit économique se doit de prendre la mesure de cette profonde évolution de l'environnement des entreprises, qu'accélère tant la généralisation de l'internet et de toutes ses applications, que l'accroissement incroyable des capacités de stockage, de traitement et de communication de nos terminaux, ordinateurs et réseaux¹.

Dès la fin du siècle récemment achevé et surtout depuis l'an 2000, se sont multipliées les législations et initiatives réglementaires encadrant le phénomène nouveau de l'utilisation de l'Internet au service du développement économique. Les vertus des technologies de l'information et de la communication sont nombreuses, elles accélèrent et garantissent la qualité de la production, diminuent les coûts de stockage, améliorent la distribution, permettent au consommateur un meilleur choix du produit et facilitent en même temps qu'elles sécurisent les transactions. Certes, ces vertus peuvent constituer, faute d'un encadrement adéquat, des sources de méfiance légitime. Ainsi, si les sites web commerciaux peuvent s'afficher facilement dans chaque foyer et offrir par leur interactivité les produits et services souhaités par le consommateur, comment convaincre ce dernier de faire confiance à celui qui se cache derrière l'écran et au sérieux de l'opération qui lui est proposée? A l'inverse, comment amener l'entreprise à se fier à des documents et signatures purement virtuelles ?

2. Notre propos ne prétend pas analyser le contenu de chacune de ces interventions réglementaires mais vise plutôt à en dégager les grandes lignes parmi lesquelles nous avons privilégié cinq lignes de force (nos 5 chapitres). Comme nous le dirons en conclusion, d'autres auraient pu être analysées mais les limites de l'exercice demandé ne permettaient pas de les commenter toutes.

L'ordre de présentation suit une certaine logique. Les T.I.C. permettent une meilleure transparence de la vie économique (chapitre I). Cette transparence est souvent présentée comme un moyen nécessaire pour assurer la confiance a priori dans les acteurs de la vie économique. Comment dès lors ne pas encourager le développement d'applications des T.I.C., favorables et appropriées pour assurer une transparence renforcée ? En particulier on étudie le rôle de l'État chargé de tenir un registre électronique des entreprises et de mettre à disposition les informations qu'il détient et qui peuvent faciliter les décisions d'entreprises.

¹ A cet égard, on cite volontiers la loi dite de Moore, selon laquelle tous les 18 mois, la capacité d'un ordinateur "grand public" double pour le même prix, soit est multipliée par mille tous les 15 ans.

Les acteurs, ainsi mieux connus, nouent sur la toile des opérations économiques. Le droit se doit de mettre les TIC au service de la réalisation sécurisée et rapide des transactions électroniques et de leur exécution par voie électronique. C'est l'objet du chapitre II. Ainsi, il est question, tout d'abord, d'abolir les obstacles que pourraient présenter des législations anciennes conçues à l'ère du seul document papier et de la signature manuscrite et d'accueillir les instruments mis en place pour le remplacer à l'heure de l'électronique, des « équivalents » électroniques (I). Il s'agit ensuite de corriger quelques défauts liés aux modes nouveaux de contracter, afin de créer la confiance en particulier vis-à-vis des consommateurs (II).

Ce même souci d'assurer la confiance justifie l'étude du cadre à proposer dans le futur pour ce qu'il est convenu d'appeler les nouveaux métiers de la confiance (chapitre III).

Cette facilité qu'instaurent les T.I.C. dans les relations commerciales ne doit-elle pas également caractériser celles qui se nouent entre les administrations et l'entreprise. La simplification administrative ne trouve-t-elle pas dans les T.I.C. les moyens de sa réalisation ? (chapitre IV)

Le dernier chapitre "Les T.I.C. et la disparition des frontières" porte un titre qui mérite quelques explications. Il y sera question en effet de la façon dont l'Europe a envisagé les conséquences de la disparition des cloisonnements géographiques qui suit le développement du commerce électronique. Mais la réglementation du commerce électronique envisage le dépassement d'autres clivages solidement ancrés dans notre droit commercial. Dépassant la distinction entre commerçants et consommateur, ces législations invitent à redéfinir les concepts de base de notre bon vieux droit commercial. On ajoute que le droit des libertés individuelles pénètre de plus en plus le monde des entreprises et la régulation étatique cède le pas à des modes alternatifs de régulation, mieux adaptés, nous dit-on, à ce monde en pleine évolution.

Il s'agira enfin de conclure par une double constatation:

La première souligne, comme nous l'avons déjà indiqué, les limites de l'épure présentée.

La seconde rappelle les trois mots clés du cadre réglementaire nouveau justifié par la prise en compte des T.I.C.: "Transparence – Equivalence – Confiance", trois mots clés dont l'action se conjugue au service de la promotion des T.I.C. comme moteur de l'activité économique.

1. Chapitre I: Les T.I.C. au service de la transparence de la vie économique

3. Le renforcement de l'utilisation des T.I.C. pour améliorer la transparence au service du développement de la vie économique suit trois axes. Le premier concerne les "entreprises" acteurs principaux de cette vie économique ; le deuxième "les consommateurs" ; et enfin, le troisième, les « administrations » dont la loi du 7 mars 2007 entend mettre au service de l'économie les gisements informationnels qu'elles détiennent.

1.1. La transparence des "entreprises" et la loi du 16 janvier 2003 instituant la Banque carrefour des entreprises (B.C.E.)

4. La loi du 16 janvier 2003², suivie par de nombreux arrêtés d'exécution, a institué au sein du SPF Economie, un registre nommé "Banque carrefour des entreprises".³ Le registre poursuit des finalités multiples.

La principale est d'enregistrer, sous un numéro d'identification unique, l'ensemble des "entreprises" du Royaume et de regrouper nombre de données relatives à chaque entreprise, données dont l'article 6 contient une énumération partielle. On relève dès maintenant que la notion d'entreprise dépasse largement celle de commerçant comme il sera dit plus loin (infra, n°29). A ce stade, notons simplement que l'article 4 englobe dans cette notion outre els artisans, les personnes soumises à la TVA et, au-delà, toute personne soumise à la sécurité sociale en tant qu'employeur, ce qui peut viser aussi bien les ASBL que les individus employant des « gens de maison ».

L'alimentation du registre par les greffes de tribunaux du commerce, de certains jugements, est prévu par l'arrêté royal du 16 janvier 2003 en exécution de l'article 23 de la loi sur la B.C.E. Obligation est faite aux entreprises d'actualiser les données transmises.

L'article 17 de la loi prévoit l'accès libre de tous et chacun aux données relatives à l'entreprise dont la publicité est obligatoire en fonction de nombre de lois et l'article 21 prévoit de même l'accès aux données du registre de commerce, désormais intégrées au sein de la B.C.E. On ne peut que louer cet effort à la fois de centralisation et de transparence des données actualisées⁴ des entreprises. Sans doute, cet effort devrait-il être étendu aux données bilantaires dont la publicité reste assurée par la Banque Nationale de Belgique⁵, uniquement sous forme de CD-ROM ou de copies imprimées sur papier.

Sans doute, et l'Europe y est sensible, une réglementation européenne devrait-elle harmoniser les contenus "publics" des différents registres nationaux et prévoir une interopérabilité de ces registres qui permettra leur consultation depuis l'étranger⁶ ?

² *M.B.*, 5 février 2003

³ L'appellation est trompeuse tant l'objet de la loi est plus la création d'un registre et non comme le nom le suggère la mise sur pied d'un réseau entre administrations, comme l'est la "Banque - carrefour de sécurité sociale".

⁴ Rien n'est dit sur la possibilité de consulter l'historique d'une entreprise, ce qui peut être utile.

⁵ Article 173 et s. de l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés (*M.B.*, 6 février 2001)

⁶ A cet égard, le projet BRITE de la Commission européenne, auquel est associé l'équipe du professeur TISON de la RUG.

1.2. La transparence limitée des "consommateurs"

5. La loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation instituait auprès de la Banque Nationale de Belgique un fichier des défauts de paiements dont la consultation était rendue obligatoire préalablement à l'offre, la conclusion ou la modification de tout contrat de crédit. La loi du 10 août 2001⁷ a élargi considérablement ce registre en prescrivant le devoir d'y inscrire tous les contrats de crédit et en prévoyant en son article 10 un lien avec les avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes, visé à l'article 1389 bis /1 du Code judiciaire. La consultation de cette centrale des crédits est obligatoire⁸ pour les prêteurs selon des modalités organisées par l'Arrêté royal du 7 juillet 2002⁹ et doit pouvoir être prouvée par le prêteur même lorsqu'elle est opérée ou levée¹⁰. Cette obligation du prêteur de mieux connaître son emprunteur vise à protéger ce dernier contre un endettement excessif.¹¹

6. L'organisation réglementaire d'une transparence du citoyen contractant dans le secteur du crédit doit-elle être étendue à d'autres secteurs ? Ces dernières années ont fleuri des bases de données permettant d'épingler dans d'autres secteurs, les mauvais clients ou "futurs clients". Dans le secteur des assurances le fichier DATASSUR qui enregistre les mauvais risques (personnes n'ayant pas payé leur prime d'assurance ou ayant fraudé ou tenté de frauder l'assureur,...) et les met à disposition de l'ensemble du secteur, a été l'objet de nombreuses décisions¹², on cite également ceux créés par l'office des propriétaires à propos des « mauvais » locataires ou, dans le secteur des télécommunications, PREVENTEL association des fournisseurs de services de téléphone mobile qui permet entre ses membres l'échange de données relatives à des abonnés en défaut de paiement ou suspects de fraude. Les T.I.C. facilitent en effet la mutualisation des fichiers dans l'intérêt de la protection des entreprises y adhérant voire du secteur tout entier créant cependant le risque de priver un citoyen de l'accès à des services parfois jugés essentiels dans la société moderne. Un avant projet de loi relative à l'encadrement des "listes négatives"¹³ entend opérer une balance des intérêts en présence en renforçant les obligations de transparence de telles listes, en les

⁷ M.B., 19 juillet 2002.

⁸ J.P. Izegem, 6 janvier 1999, *Assurance crédit*, 1999, p. 55.

⁹ M.B., 19 juillet 2002.

¹⁰ J.P. St Niklaas, 22 octobre 2003, *Assurance crédit*, 2003, p. 29.

¹¹ Le lecteur trouvera un exposé complet relatif à la loi de 2003 in D. BLOMMAERT, "De bescherming van de kredietnemer in het kredietrecht in Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten, Vol. I., M. TISON est alii (éd.), Intersentia, 2003, p. 85 et s. et F. de PATOUL, "La responsabilité du prêteur et de l'intermédiaire de crédit dans la phase pré-contractuelle", in *Le crédit à la consommation*, Vol. 75, 12/2004, Bruxelles ?, Larcier, p. 13 et s.

¹² Sur ces décisions, en particulier celles relatives à DATASSUR, notamment Civ. Bruxelles [réf.] 19 déc. 2000, *Bull. Assur.*, 2001, p. 266, note van Oldenheer, Civ. Brugge [réf.] 31 oct. 2001, inédit ; Civ. Brux. (8^{ème} ch.) [réf.], 11 juin 2004, inédit.

¹³ Voir la proposition parlementaire de Mme F. Van den Boosche relative à l'encadrement des listes négatives, n° 754/1, *Ch. des représentants.. Session 2007-2008, 31 janvier 2008, Doc. 0754/001*

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

soumettant à autorisation préalable et en renforçant les droits d'accès et de contestation des personnes concernées.¹⁴

1.3. La mise à disposition au profit des entreprises des "gisements informationnels" du secteur public

7. Même si elle ne peut être surestimée, il est indésirable que l'entreprise puisse tirer des données collectées par l'Etat à des frais propres, une plus-value intéressante tantôt pour elle-même, tantôt pour l'enrichir et la revendre à des tiers. Ainsi, l'entreprise qui souhaite exploiter une niche du marché pourra connaître grâce à une banque de données recensant les activités économiques, les potentiels acheteurs de son produit. Le croisement de données cartographiques et de données relatives aux adresses d'établissements scolaires, aux trajets et horaires des transports publics permettait d'offrir aux parents un service leur permettant de choisir l'établissement scolaire en fonction des trajets et coûts des déplacements. C'est cette amélioration de la compétitivité des entreprises européennes grâce à des produits informationnels de qualité¹⁵ que la directive 2003/98 relative à la réutilisation des informations du secteur public¹⁶ entendait promouvoir. La lente transposition de la directive en droit belge et ce aux divers étages de notre Etat fédéral¹⁷ s'avère néanmoins décevante au regard de l'objectif que l'Union européenne se fixait.

8. L'approche suivie par les textes belges présente en effet quelques lacunes au regard des objectifs affirmés par l'Union Européenne¹⁸. Sans doute, relèvera-t-on d'abord que, suivant le niveau de pouvoir auquel on s'adresse, les conditions d'obtention de l'information, les autorités visées, les modes de tarification varient, ce qui ne facilitera pas la tâche des entreprises mais au-delà de ce "péché" inhérent à la dimension fédérale de notre Etat, quelques critiques sont à adresser. La première est que les textes, peu importe leurs auteurs, ne créent aucune obligation positive de l'Etat de permettre la réutilisation. Le principe est donc

¹⁴ Sur ce débat, lire C. BURTON et Y. POULLET »A propos de l'avis de la Commission de protection des données du 15 juin 2005 sur l'encadrement des listes noires », in *Défis du droit de la protection des données*, M.V.Perez-Asinari et P. Palazzi (ed.), Bruylant 2008, p. 140 à 169.

¹⁵ On souligne la qualité de l'information détenue par le secteur public: exhaustivité (vu le caractère obligatoire de la communication de l'information à l'administration, facilité vu les contrôles et sanctions, mise à jour par la régularité de la collecte, etc.

¹⁶ Directive 2002/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003, *J.O.U.E.*, L. 345, 31 décembre 2003, Pour un commentaire de la directive, lire J. PAS, "De richtlijn 2002/98/EG inzake hebergebruik van overheidsinformatie – Een kritische analyse, *Auteurs & Média*, 2005 – 2, p. 110 et s.

¹⁷ A propos des lois, décrets et ordonnances en la matière, lire C. de TERWANGNE, "Réutilisation des informations du secteur public; la directive 2003/98 enfin totalement transposée en droit belge", *R.D.T.I.*, 2008.

¹⁸ "Cfr sur ce point, les larges développements consacrés à l'intérêt pour le marché de l'information en ligne et pour la compétitivité des entreprises de cette réutilisation commerciale des données détenues par le secteur public, par le livre vert de la Commission européenne sur l'information émanant du secteur public dans la Société de l'Information" (IP/99/32, Bruxelles, 20 janvier 1999, disponible à l'adresse:

<http://www.ech.lu/legal/en/access/access.html>

"aucune source informationnelle n'est accessible sauf exceptions", là où il eût pu être, comme en France ou au Royaume-Uni, l'inverse¹⁹.

De même, on peut juger sévèrement l'obligation faite *a priori* aux administrations d'anonymiser les données à caractère personnel. Outre que cette anonymisation n'est pas nécessairement réclamée par la législation de la protection de la vie privée, elle représente pour les administrations un coût et donc un bon prétexte pour ne pas permettre la réutilisation. On relève à la suite de Mme de TERWANGNE²⁰ que toute réutilisation de données à caractère personnel par le secteur privé n'est pas nécessairement incompatible, qu'elle peut être justifiée par des finalités statistiques, scientifiques ou historiques et que les conditions de la licence de réutilisation pouvaient offrir une solution plus appropriée. Pour la suite, on note avec satisfaction:

- l'affirmation des principes de non discrimination et de libre concurrence vis-à-vis de ceux qui réclament l'accès à ces "gisements publics" ;
- La création d'un registre²¹ informant les candidats à la réalisation des documents disponibles auprès de l'administration et des conditions de leur réutilisation;
- Le principe de la mise à disposition sous une forme électronique "si possible" ;
- La limitation des redevances de mise à disposition aux coûts marginaux de reproduction et de distribution.

2. Chapitre II. Les T.I.C. au service des opérations commerciales

2.1. De quelques dispositions générales: le principe de non discrimination voire d'équivalence "fonctionnelle"

9. Etablis à l'occasion de la directive sur la signature électronique²², confirmés par la directive sur le commerce électronique²³, les principes de non discrimination et d'équivalence

¹⁹ Certes, il est vrai le texte européen n'oblige pas les administrations à permettre la réutilisation.

²⁰ C. de TERWANGNE, article cité : "En résumé, la solution adoptée dans la législation belge relative à la réutilisation est une position radicale que n'imposait pas à ce degré, la loi de protection des données".

²¹ Pour le fédéral en particulier, l'arrêté royal du 29 octobre 2007 fixant la procédure et les délais du traitement des demandes de réutilisation d'information du secteur public, *M.B.*, 6 novembre 2007.

²² Directive 1999/93/CE du Parlement et du Conseil sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, 13 décembre 1999, *JOCE*, 19 janvier 2000, L 13, p. 12 et s.

²³ Directive sur 200/31/CE du Parlement et du Conseil sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, 8 juin 2000, *JOCE*, 17 juillet 2000, L 178, p. 1 et s..

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

lence fonctionnelle ont reçu dans la loi du 11 mars 2003²⁴ une extension que nombre de pays nous envient. Leur consécration permet aux "entreprises" notamment d'utiliser "à plein" les facilités des moyens offerts par les technologies de l'information et de la communication pour réaliser leurs transactions.

Les principes cités peuvent être définis comme suit: le principe de non discrimination exige d'une part que la réglementation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des moyens électroniques, qu'il s'agisse de signature, de forme, voire de formalités, liés au processus contractuel en ce y compris l'archivage. Elle exclut ainsi tout rejet *a priori* par les juges d'un mode électronique de preuve au seul motif de son caractère électronique.²⁵

Le principe dit d'équivalence fonctionnelle est plus ambitieux encore. Il se départit comme le notent D. GOBERT et E. MONTERO²⁶ d'une lecture formaliste des concepts juridiques pour s'attacher aux fonctions qui leur sont assignées.

En d'autres termes, il s'agit à chaque fois, dans un premier temps, de rechercher les « qualités fonctionnelles », requises par le concept ou la formalité juridiques requis, ensuite, dans un deuxième temps, d'examiner les procédés technologiques utilisés et de vérifier s'ils respectent et préservent les fonctions attachées à ce concept ou ces formalités avant, troisième étape, de conclure, le cas échéant, à l'équivalence juridique du procédé utilisé.

10. L'application de ces principes en matière de signature électronique est l'objet même de la révision par la loi du 20 octobre 2000 de l'article 1322 du Code civil qui dispose désormais en son alinéa 2 : "*Peut satisfaire à l'exigence du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte*" et définit ainsi les fonctionnalités de la signature, à savoir assurer l'imputabilité à une personne d'un écrit et l'intégrité de celui-ci.

L'article 4 de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification applique ces principes à la signature électronique particulièrement celle, dite à double clés asymétriques. Cet article, en son alinéa 4, assimile [principe d'équivalence] à une signature manuscrite, la signature électronique "avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique" et en son alinéa 5 ajoute qu'"une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme

²⁴ Loi sur certains aspects juridiques des services à la société de l'information, *M.B.*, 27 mars 2003.

²⁵ Sur ce principe et l'analyse des directives à cet égard, lire notamment D. MOUGENOT, *La preuve, Larcier*, Bruxelles, 3^{ème} éd., 2002, en particulier, p. p. 169 et s.

²⁶ D. GOBERT et E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques", in *Commerce électronique – le temps des certitudes*, Cahier du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 19 et s. ; parmi de nombreux auteurs, lire également B. de GROOTE, "Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 881 et s.

preuve en justice au seul motif que la signature se présente sous une forme électronique...²⁷, belle traduction du principe de non discrimination.

11. La loi sur la signature électronique autorise la signature électronique de la personne morale²⁸. Ce sera à cette dernière de veiller à la délivrance des certificats établis à son nom, aux personnes autorisées à l'engager et, le cas échéant, à révoquer ces certificats. La signature électronique de la personne morale permet à celui qui, à l'intérieur de l'entreprise active la signature de la personne morale de pouvoir distinguer sa signature en tant que citoyen de celle professionnelle. Nous considérons par ailleurs, comme VANBRABANT²⁹, que ce n'est pas aux tiers qui reçoivent un acte signé par la personne morale de vérifier les pouvoirs de représentation de la personne physique qui concrètement a activé la signature de la personne morale.

12. L'article 16, § 1 de la loi du 11 mars 2003 transpose de manière originale et innovante le principe de non discrimination posé par l'article 9 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. A la formulation négative de celui-ci, il substitue de manière heureuse une formulation positive fondée cette fois sur le principe de l'équivalence fonctionnelle: "Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées".

Le paragraphe 2 énumère trois exigences importantes où l'application de la règle joue d'office: l'écrit, la signature et la mention écrite de la main de celui qui s'oblige. En outre, ce paragraphe laisse au Roi sous réserve de confirmation par une loi, la possibilité d'adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les paragraphes 1 et 2.

Cette disposition dite "transversale"³⁰ s'applique à toutes les étapes du processus contractuel, depuis la période précontractuelle (prospectus, offre par écrit, ...), son exécution (livraison, facturation, paiement), à sa modification, son enregistrement, son archivage, son dépôt éventuel et bien évidemment sa fin. Elle permet de résoudre les délicats problèmes posés par le formalisme contractuel peu importe la finalité de la formalité et son contenu³¹.

Reste aux entreprises et à leurs fournisseurs de solutions T.I.C. à imaginer les procédés techniques qui conduiront les juges à reconnaître à ces procédés la qualité d'équivalents

²⁷ Pour un commentaire de ces dispositions, parmi de nombreux auteurs, D. MOUGENOT, "La preuve", Larcier, 2002, 3^e édition, p. 169 et s.

²⁸ L'article 4 alinéa 4 de la loi du 9 juillet 2001 l'affirme expressément

²⁹ In "La signature électronique des personnes morales" in *La preuve, CUP*, vol. 54, mars 2002, p. 210.

³⁰ Sur l'intérêt d'une clause "transversale" et de l'approche fonctionnelle, lire D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne" in E. MONTERO (éd.), *Le commerce électronique sur les rails?*, Cahiers du CRID, n°19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 190 et s.

³¹ Sur ce point, l'article de M. DEMOULIN et E. MONTERO, "Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique", in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, 2003, p. 13 et s.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

fonctionnels. Sans doute, la sécurité juridique exigerait la possibilité de faire agréer ces procédés par une instance officielle comme BELCERT selon une procédure souple mais qu'importe ne boudons pas le plaisir pour nos entreprises d'avoir avec cet article 16 une solution qui permette la conclusion de ventes à tempérament en ligne, la réception de cautionnements délivrés en ligne, et de résoudre sans difficulté l'obligation de faire figurer au dos de la commande les considérations générales contractuelles dont certaines "doivent figurer en gras" ou "à la hauteur de l'endroit où le consommateur oppose sa signature".

2.2. De quelques applications particulières des T.I.C. en matière commerciale

13. Sans doute, l'émission d'une facture constitue une des étapes essentielles de l'exécution du contrat et donc de ce processus contractuel. Il importe donc que son émission et sa conservation puissent s'opérer par voie électronique.

A cet égard, on rappelle que la facture a dans notre système juridique une double finalité. La première est privée, la facture sert à la fois de preuve à l'opération qui la justifie et, le cas échéant, par sa signature le fournisseur, de quittance pour le débiteur ; la seconde publique renvoie aux fonctions fiscales de la facture³², en particulier en ce qui concerne la T.V.A.. L'article 22 de la directive du 20 décembre 2001³³ se propose de mettre en place un cadre juridique harmonisé pour la facture électronique. L'article 53 *octies* du Code T.V.A. transpose avec bonheur cette disposition européenne.

Le principe est l'obligation des Etats d'accepter comme factures tous documents ou messages sur papier ou format électronique remplissant certaines conditions. On note que la directive exige l'acceptation par les destinataires du mode électronique de l'envoi de la facture et la fourniture par l'émetteur à ces mêmes destinataires d'un mode d'accès électronique aux factures conservées sur le site web du fournisseur. Le Code T.V.A. belge comme la directive réserve l'émission ou la mise à disposition de factures à l'acceptation (expresse ou tacite) du destinataire. Deux garanties sont par ailleurs exigées: il s'agit, d'une part, d'une garantie d'authenticité de l'émetteur de la facture et, d'autre part, d'une garantie d'intégrité du contenu. Le paragraphe 3 point c) estime que ces exigences sont rencontrées soit par une signature électronique "avancée" selon la directive européenne, "simple" selon la loi belge³⁴, soit par l'utilisation d'un échange de données informatisées (EDI) répondant aux exigences de la recommandation 1994/820/CE de la Commission du 19 octobre 1994.

³² D. GOBERT, "La facture électronique: la directive du 20 décembre 2001: vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique", in *Commerce électronique: de la théorie à la pratique, op. cit.*, p. 7 et s.

³³ Directive 2001/115/CE en vue de simplifier, modifier et harmoniser les considérations imposées à la facturation en matière de T.V.A., *J.O.C.E.*, n° 15, 17 janvier 2002, p. 24.

³⁴ Voir la transposition de la directive 2006/112/CE par l'article 53 *octies* du code de la TVA. Sur cette transposition, lire E.WERY, *Facturer électroniquement – Droits européen, français et belge*, Coll. « Droit des technologies », Bruxelles, Larcier, 2007, p. 31 et 32, n° 26 et p. 117 et s.

La conservation des factures fait également l'objet de dispositions visant à assurer l'intégrité, l'authenticité de l'origine, la lisibilité mais également "un droit d'accès par voie électronique, de téléchargement et d'utilisation", par les autorités compétentes de l'Etat membre du lieu d'établissement ou de l'assujetti "et "dans la mesure où cela lui est nécessaire à des fins de contrôle". Bref, la facture électronique fait désormais partie de la vie de l'entreprise, à charge pour elle de respecter les prescrits qui l'encadrent et d'accepter l'intrusion du fisc dans ses ordinateurs...

14. Le paiement constitue une autre étape importante du processus contractuel. La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds³⁵ encadre à la fois les instruments de paiement électronique et l'exécution des ordres opérés par leur truchement³⁶. Elle renforce les obligations d'information de l'émetteur de l'instrument vis-à-vis du titulaire et répartit les responsabilités entre l'émetteur, le titulaire et le destinataire selon des règles de partage des risques. On note – et nous y reviendrons – qu'hormis quelques dispositions précises³⁷, la loi s'adresse au titulaire, qu'il soit consommateur ou non.

2.3. Dispositions spécifiques relatives à l'utilisation des T.I.C. pour la réalisation d'une opération économique: la loi du 16 mars 2003 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information et du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur

15. Les entreprises y compris les réseaux sociaux comme My Space et Facebook ont pris l'habitude d'exploiter les milles ressources et applications du Net pour développer tantôt des activités spécifiques, tantôt de nouvelles activités. On ajoutera que les particuliers eux-mêmes se prennent au jeu de l'offre de produits et de services en ligne. Ces activités s'adressent tantôt à des professionnels, tantôt à des particuliers. Elles couvrent des services au contenu classique comme la "vente" de voyages ou de voitures en ligne, des services de conseil y compris médicaux ou juridiques mais également des services propres au Net comme des moteurs de recherche, des jeux en ligne et, grâce à la convergence des médias, désormais des services audiovisuels en ligne.

³⁵ *M.B.* 17 août 2002, cette loi devra être revue dans le cadre de la transposition de la directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007 relative aux services de paiement dans le marché intérieur et modifiant les directives 97/7/CE et 2002/65/CE.

³⁶ La loi du 25 février 2003 modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*M.B.* 7 mars 2003) régleme le statut des émetteurs de monnaie électronique [art 5 bis et s. et art. 64 bis *quinquies*]

³⁷ Ainsi à l'article 5 paragraphe 4 à propos de certaines clauses jugées abusives ou l'article 8 paragraphe 2 3° alinéa, à propos du caractère non suffisant de la présomption tirée de moyen de preuve produit unilatéralement par l'émetteur.

L'encadrement de ces nouveaux services est principalement l'objet de deux directives³⁸: la première, historiquement parlant, est la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs à distance. Sans doute, la "vente" par Internet est loin d'être le seul mode de commercialiser à distance mais les dispositions de cette directive s'y appliquent également. La transposition de cette directive s'est faite naturellement par la modification de notre loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

La nouvelle directive 2000/31/CE, celle dite du « commerce électronique » est plus spécifique aux services de la société de l'information, notion définie de manière large comme "tout service presté normalement contre rémunération à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service". Elle est transposée par deux lois spécifiques, chacune en date du 11 mars 2003³⁹.

16. Ce double encadrement conduit à une première réflexion. Si la première directive et les dispositions nationales qui la transposent visent les seules relations « B to C », la seconde est plus large et vise en outre les relations « B to C », distinguant rarement⁴⁰ parmi les "destinataires" des services, les "consommateurs". La remarque à propos de l'abandon de la notion de consommateur au profit de notions plus larges, remarque déjà adressée à propos de la réglementation des paiements électroniques trouvent donc ici également à s'appliquer. Nous reviendrons sur ce point mais notons dès à présent, la difficulté créée pour les entreprises de tenir compte de ces champs d'application distincts. Ainsi, les règles relatives à la publicité, à l'obligation d'uniformisation, aux conditions générales contractuelles, etc. sont visées par cette directive et s'étendent donc au-delà du champ d'application de la loi du 14 juillet 1991. La loi du 11 mars 2003 ne distingue par non plus le prestataire⁴¹ d'un service de la société de l'information professionnel et celui non professionnel. Est-ce à dire que celui qui simple particulier offre, via son blog ou son site web voire via Facebook, ses services est également visé? Il semble bien que la réponse soit positive⁴²! Cette réflexion liminaire proposée, bornons-nous à quelques grandes lignes des dispositions rappelées⁴³.

³⁸ Il faut également citer une troisième directive : celle 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CCE sur la coordination de certaines dispositions mises en vigueur par la loi ou des règlements administratifs concernant la poursuite d'activités de diffusion par télévision. Cette directive a pour objet les nombreux nouveaux services que les mass-médias peuvent désormais offrir suite à la convergence des réseaux ainsi l'iPodcasting, le live streaming, la vidéo quasi à la demande, la télévision interactive, etc. Cette directive doit encore faire l'objet d'une transposition en Belgique.

³⁹ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information et loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (*M.B.* 17 mars 2003).

⁴⁰ Dans la loi belge, on cite l'article 11 qui permet dans le cadre d'opérations « B to B » de déroger à certaines dispositions.

⁴¹ ... c'est-à-dire "toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information" (art. 2 - 3^e)

⁴² Sauf à déduire de la notion de "prestataire établi" défini comme celui qui exerce d'une effective ?une activité économique au moyen d'un établissement stable pour une durée indéterminée", la nécessité de disposer d'une organisation de moyens matériels et humains et d'agir à titre professionnel mais on peut en douter car la notion de

17. La première loi du 11 mars 2003 se caractérise par la volonté de promouvoir l'accès au marché des services de la société de l'information. Aucune autorisation préalable ni autre « exigence ayant un effet équivalent » n'est autorisée (article 4 de la loi). L'affirmation des principes d'équivalence fonctionnelle et de non discrimination part ici de la même volonté. Au-delà, la loi rend compte de deux préoccupations majeures liées aux caractéristiques même de l'opération conclue via les moyens modernes de communication : la première est propre à une certaine opacité du prestataire dont le destinataire peut ignorer la qualité lorsqu'il visite un achalandage purement virtuel qui peut être trompeur ; la seconde est l'interactivité qui peut faire craindre que la simple pression instantanée d'une touche de l'ordinateur n'entraîne un engagement que par la suite le destinataire peut regretter.

18. Le renforcement des obligations de transparence se justifie au regard de la première caractéristique. Cette transparence porte d'abord sur l'identification et les qualités du prestataire (art. 7 de la loi). Elle exige ensuite l'identification des "communications commerciales" (art. 13 de la loi) dont le contenu peut être noyé dans ce qui paraît être une information sur le produit et dont la cible peut désormais être un individu particulier et non plus le public en général ou une catégorie de celui-ci.⁴⁴ A propos de la publicité, la loi proscriit les *spams*⁴⁵ et réclame des professions réglementées en particulier libérales une réévaluation des règles professionnelles "visant notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession, ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession".⁴⁶

19. Les lois du 11 mars 2003 et du 14 juillet 1991 préviennent les dangers liés à la seconde caractéristique des opérations conclues de manière électronique par la mise en place d'un véritable "processus contractuel"⁴⁷. L'article 10 de la loi du 11 mars 2003 décrit les différentes phases de la passation de la commande (art. 10) en fixant des obligations supplémentaires au prestataire tant sur le plan de l'information relative à ces phases que par la mise à disposition de moyens techniques de correction des erreurs, de téléchargement des conditions générales et clauses contractuelles (art. 8 et 9). La loi du 14 juillet 1991, en son article 79, exige la confirmation de la commande "sur un support durable" à la disposition du

prestataire établi sert essentiellement à fixer les règles nationales applicables à respecter (art 5) et constitue dans la directive dite « commerce électronique » une sous-catégorie de la notion de "prestataire" (art. 2³)

⁴³ Pour des commentaires de la loi du 11 mars 2003, lire notamment J. DUMORTIER et H. L. DEKEYSER, Ruimen van juridische obstakels bij contracten langs elektronische weg" in *Electronische Handel – Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003, ICRI*, 2003, p. 161 – 186 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La loi du 11 mars 2003 sur les services de la Société de l'information: une vue panoramique et trois zooms, *Larcier, R.D.T.I.*, 2003, p. 41 à 59.

⁴⁴ Voir l'article 93 3° de la loi du 14 juillet 1991 tel que modifié par la loi du 5 juin 2007 (*M.B.*, 21 juin 2007)

⁴⁵ Voir l'Arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, *M.B.*, 28 mai 2003.

⁴⁶ Voir à cet égard la loi du 2 août 2002 et l'article de A. CRUQUENAIRE et JF. HENROTTE à propos de la publicité des avocats en ligne in « La déontologie de l'avocat et le web 2.0 : comment assurer l'interopérabilité » in *RDTI, Actes du colloque du 10 octobre 2008*, p. 189 et s.

⁴⁷ Sur ce découpage de la transaction en diverses étapes, nos réflexions in « Contrats électroniques et théorie générale des contrats » in *Liber Amicorum L. SIMONT*, Bruylant 2002, p. 467 et s.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

destinataire et auquel il a accès⁴⁸ ; applique aux "ventes" via Internet, le délai de réflexion (article 80 paragraphe 1 et 2) et suspend l'obligation de paiement à l'issue de ce délai de réflexion sauf si le "vendeur" "apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes (déjà) versées par le consommateur ». ⁴⁹

3. Chapitre III. Les T.I.C. et les nouveaux métiers

20. On distingue parmi ces nouveaux métiers spécifiques au monde de l'Internet, deux catégories. La première s'entend des intermédiaires, ceux qui par leurs prestations permettent aux utilisateurs de l'Internet de disposer des ressources de celui-ci Cette première catégorie vise le fournisseur d'accès, les transporteurs mais également les hébergeurs de sites. Ces derniers fournissent une simple capacité d'espace disque sur un centre serveur de manière à assurer la présence de l'entreprise ou du particulier sur le Net. On connaît également l'activité des portails qui facilitent l'accès aux multiples sites peu importe leur lieu d'hébergement ; les moteurs de recherche facilitent quant à eux l'accès au contenu des sites. L'avènement du Web 2.0 où chacun même un particulier peut participer discrètement à la vie du Web en devenant fournisseur de contenu (Wikipédia), de vidéos (par exemple YouTube), des informations plus personnelles (les réseaux dits « sociaux ») justifie l'apparition de plateformes où ces contenus, vidéos et informations s'échangent, sont répertoriés et s'agrémentent de services nouveaux.

La seconde catégorie est liée à des services dits « de confiance » dans la mesure où il s'agit tantôt d'intervenir entre les partenaires d'une opération commerciale ou administrative pour pallier les insécurités liées à la technique utilisée, tantôt de garantir pour une entreprise la sécurité d'opérations pour laquelle elle pourrait un jour devoir rendre des comptes. Parmi ces métiers de la confiance, on cite ainsi les organismes de labellisation, les services d'horodatage, d'archivage, etc.

3.1. Des hébergeurs aux moteurs de recherche et aux plateformes de service Web 2.0

21. La directive dite sur le commerce électronique n'envisage parmi ces nouveaux métiers que celui de l'hébergeur. L'approche suivie se caractérise par un régime d'exonération a priori de responsabilité (art. 14) favorable au développement de leur marché et justifié par la liberté d'expression. Une responsabilité à raison des contenus hébergés⁵⁰ fondée sur l'ar-

⁴⁸ Pour plus de commentaires, C. BIQUET-MATHIEU ET C. DECHARNEUX, Contrats par voie électronique et protection des consommateurs: articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive "Commerce électronique" avec la réglementation des contrats à distance" in Contrats à distance et protection des consommateurs, *CUP*, 2003, Vol. 64, p. 5- 135.

⁴⁹ Voir l'article 80 § 3, alinéa 3 de la loi du 14 juillet 1991 introduit par la loi du 24 août 2005 (*M.B.*, 31 août 2005).

⁵⁰ Ainsi un site hébergé, peut contenir des messages diffamatoires, des contenus pédophiles, enfreindre les lois sur la propriété intellectuelle, s'adonner à des pratiques déloyales, etc.

ticle 1382 du Code civil eût en effet conduit ces hébergeurs à "censurer" préventivement les contenus hébergés. La loi du 11 mars 2003 reprend la solution européenne (art. 20 et 21 paragraphe 1) tout en réclamant de ces services leur obligation de coopération avec les autorités judiciaires (art. 21 paragraphe 2).

Faut-il appliquer de tels prescrits aux moteurs de recherche? YouTube peut-il se réfugier derrière la même exonération de responsabilité et être tenu de coopérer avec les autorités administratives et policières, si un clip vidéo placé sur sa plateforme contient une publicité comparative ne répondant pas aux critères de la loi sur les pratiques du commerce? Rien n'est moins sûr. Dans un article récent, E. MONTERO⁵¹ plaidait pour un affinement de l'analyse des activités opérées par chacun de ces nouveaux métiers, contestant tout élargissement des prescrits légaux en matière de responsabilité propre à l'activité de l'hébergeur à d'autres activités. Sans doute, ne faut-il pas en cette matière précipiter une œuvre législative mais suivre de près la réflexion des juges afin d'offrir à ces métiers un cadre juridique clair. Par contre, il n'en va pas de même à propos des métiers de la confiance où il paraît urgent de légiférer?

3.2. Des métiers de la confiance

22. Le fonctionnement complexe des systèmes d'information et le caractère instantané voire virtuel (c'est-à-dire sans laisser de trace physique tangible) des opérations qu'ils effectuent justifient la méfiance de ceux qui y recourent ou de ceux qui sont en charge du contrôle de ces opérations. Rien n'est plus simple que de "manipuler" un courrier électronique, que de falsifier un document électronique ou de le faire disparaître. Et certes, si la répression pénale existe, elle apparaît bien souvent illusoire. Cette vérité justifie le recours à des tiers dits « de confiance » dont le rôle précisément est d'attester la réalité d'une opération ou d'un de ses éléments, d'une qualité du prestataire ou de ses activités, de l'intégrité du contenu d'un document, etc. Le développement harmonieux des échanges sur les réseaux numériques suppose sans aucun doute un renforcement de la "sécurité" et de la "confiance". A cet égard, on assiste depuis quelques années à l'apparition de "tiers de confiance", dont la fonction est d'apporter des garanties de sécurité et de fiabilité. Ainsi, il existe des services de certification, d'archivage et d'horodatage de données électroniques, de recommandé électronique (Certipost), de blocage transitoire des sommes versées, etc.

A l'heure actuelle, le marché de ces services de confiance tend à se développer, mais avec difficulté et un niveau de qualité variable. L'absence de cadre juridique entraîne plusieurs inconvénients. Tout d'abord, certains prestataires peu scrupuleux offrent des services insuffisamment fiables sur le plan technique et juridique. Ensuite, l'absence de critère minimal de qualité empêche les destinataires des services de savoir quel prestataire est digne de confiance. Ces derniers se trouvent ainsi confrontés à des questions juridiques épineuses relatives à ces services, pour lesquelles le droit commun s'avère insuffisant.

Décrivons ainsi les objets sur lesquels portera leur intervention.

⁵¹ E. MONTERO, « Les responsabilités liées au Web 2.0 » in *RDTI, Actes du colloque du 10 octobre 2008*, p. 363 et s.

Il peut s'agir de l'identité des parties à la transaction. Sur ce point, la législation du 9 juillet 2001 règle de manière adéquate l'intervention, les obligations et la responsabilité des prestataires de services de certification. Mais cette législation laisse dans l'ombre nombre de questions. Ainsi, lorsqu'un prestataire m'offre des services de conseil juridique, ce n'est point son identité qui me chaut mais bien sa qualité professionnelle et, sur ce point, le prestataire visé par la loi du 9 juillet 2001 ne peut au-delà de l'identité garantir la qualité professionnelle. Sans doute, les ordres professionnels sont-ils mieux armés pour ce faire. Au-delà la qualité de l'entreprise, son respect de la loi, les caractéristiques du service offert trouveront dans des systèmes de labellisation des garanties utiles. Quant à la transaction, elle mérite, pour certains de ces éléments, d'être sécurisée par l'intervention d'un tiers: l'heure de l'envoi, par un service d'horodatage, la réception du message par le système d'information du destinataire, par un service de recommandé électronique voire son contenu par un service de certification du message, qui conservera de manière intègre trace de celui-ci pour pouvoir en faire preuve, le cas échéant. Enfin, la conservation intègre du message nécessite un archivage électronique dont un service spécialisé peut garantir la fiabilité.

23. Cette liste pourrait encore être allongée. Elle témoigne de l'importance de légiférer en la matière si on souhaite développer le commerce électronique. Une loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance a été votée sous le précédent gouvernement mais sa rédaction laisse dans l'ombre nombre de prestataires, est insuffisante et n'a pas été suivie des arrêtés d'exécution nécessaires pour sa mise en vigueur.

Sans doute est-il indispensable de revoir cette loi, de l'élargir, de fixer, autour de quelques principes: devoir d'impartialité, confidentialité des données transmises, information du destinataire sur les qualités de services, qualification et expérience du personnel, solidité financière, le cadre juridique des prestataires des services de confiance. Pour chaque catégorie de ces prestataires on ajoutera à ces principes, quelques dispositions spécifiques. Ainsi, en matière d'archivage électronique, le prestataire offre des garanties spécifiques relatives, notamment, à la lisibilité, à l'intégrité et à la durabilité des documents archivés. En matière d'horodatage électronique, le prestataire veille essentiellement à utiliser des procédures de datation fiables, reposant sur le temps universel coordonné. En matière de recommandé électronique, le prestataire fournit, notamment, des garanties particulières concernant la délivrance de certificats de temps et la fiabilité des accusés de réception par le destinataire. En matière de blocage transitoire des sommes versées, le prestataire propose, entre autres, des moyens de paiements sécurisés et veille au respect de l'article 80, paragraphe 3, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, qui l'oblige à restituer les sommes bloquées si nécessaire. Pour tous ces "métiers", il s'agit, enfin, de prévoir une procédure volontaire d'accréditation auprès d'un service comme "Be-Trust", déjà actif en matière de signatures électroniques.

4. Chapitre IV. Les T.I.C. au service de la relation entreprises – administrations (B to A)

24. L'utilisation des T.I.C. constitue –nous l'avons montré– un avantage pour les entreprises dans leurs relations entre elles ou avec les consommateurs. Leur utilisation permet également une amélioration de leurs relations avec l'administration dans le contexte d'une simplification administrative nécessaire et encouragée en particulier par la directive Bolkenstein sur la libre prestation des services. Dans ce contexte, sans prétendre à l'exhaustivité, nous nous bornerons à quelques considérations: la première a trait à trois innovations mises en place par la loi B.C.E. déjà évoquée ; la seconde plaide pour une extension du principe de l'équivalent fonctionnel aux exigences souvent posées par le droit et les réglementations administratives dans leurs relations avec le citoyen, en général et l'entreprise, en particulier.

4.1. De quelques innovations proposées par la loi B.C.E. au service de la simplification administrative

25. On retient de la loi B.C.E. trois innovations. La première est de faire du numéro d'entreprise attribué selon l'article 10 de l'article à chaque entreprise une clé d'accès à l'ensemble des fichiers de l'administration peu importe le niveau fédéral ou fédéré auquel celle-ci se rattache⁵². "Les autorités, administrations et services désignés prennent les mesures nécessaires afin que le numéro d'entreprise et d'unité d'établissement constitue, ..., une clé donnant accès tant aux données reprises dans la B.C.E. qu'à celles reprises dans les répertoires et fichiers automatisés qu'ils gèrent... » Ainsi, le numéro d'entreprise permet l'interopérabilité des fichiers de l'ensemble des administrations qui pourront, sans risque de se tromper, s'échanger les données, démasquer les fraudes, opérer les contrôles nécessaires et rendre le service nécessaire aux entreprises lorsque la réalisation de ce service implique la recherche d'information à partir de bases de données gérées par d'autres administrations.

L'amélioration du service aux entreprises s'opère notamment par la seconde innovation celui de la collecte unique affirmé par l'article 22 de la même loi. "Des autorités, administrations et services qui sont habilités à consulter les données de la B.C.E., ne peuvent plus réclamer directement ces données aux entreprises..."

Le paragraphe 2 du même article établit dès lors de manière logique une exonération de responsabilité de l'entreprise pour non communication directe de données la concernant à l'administration, lorsque ces données ont déjà été communiquées à la B.C.E. Cette disposition facilitera la vie des entreprises habituées jusqu'ici à produire la même attestation, les mêmes données chaque fois qu'elles introduisaient un dossier.

⁵² On note par ailleurs que l'utilisation de ce numéro est obligatoire pour les entreprises dans leurs relations avec l'administration [art. 11 alinéa 1) et qu'il doit figurer sur "tous les actes, factures, annonces, communications, lettres, ordies et autres pièces émanant des entreprises..." [art. 12)

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

Enfin, la même volonté de simplifier la relation avec les administrations conduit, troisième innovation, le législateur à créer des "guichets d'entreprises", véritable interface obligatoire entre l'administration et l'entreprise. Leur mission est fixée par l'article 43 de la loi: inscrire les entreprises auprès de la B.C.E. ; vérifier les conditions d'exercices par les entreprises dans le cas de certaines activités ; effectuer les formalités administratives vis-à-vis de toutes les administrations fédérales ; garantir l'accès aux données enregistrées au registre du commerce, etc. On ajoute que ces guichets doivent être agréés selon les conditions fixées par la loi [article 45].

4.2. De l'extension du principe d'équivalence fonctionnelle aux relations entre l'administration et les entreprises

26. Le poids du formalisme administratif dans la relation entre les entreprises et l'administration est souvent évoqué. On ne compte pas les règlements imposant cachet de l'administration, utilisation de certains formulaires, ratures dans la marge avec paraphes, visa de l'administration, etc. La nature même de ces formalités empêche bien souvent l'utilisation de l'électronique et retarde la procédure administrative. Nombre de ces dispositions réglementaires ont été allégées ou modifiées de manière à accueillir le document électronique. Les énoncer toutes eût relevé de la gageure. Notre propos est autre. Ne serait-il pas utile comme la loi du 11 mars 2003 de proposer dans les relations entre particuliers nées du commerce électronique d'établir par loi ou décret le principe de l'équivalence fonctionnelle quitte à renvoyer au Roi et aux gouvernements respectifs le soin de fixer les conditions précises de cette équivalence pour chaque formalité rencontrée ?

27. Cette proposition s'appuie sur l'initiative de la Région wallonne qui, sur base du principe rappelé, décréta par un article unique le 14 décembre 2006⁵³ suivi par un arrêté d'exécution du 12 juillet 2007⁵⁴: "Un formulaire électronique de la Région wallonne complété, validé et transmis avec ses éventuelles annexes conformément aux modalités et conditions définies par le Gouvernement, est assimilé au formulaire papier portant le même intitulé, complété, signé et transmis, avec ses éventuelles annexes, à l'administration concernée". Ainsi l'arrêté d'exécution dispose notamment:

« Art. 5. L'exigence de sceau ou cachet se rapportant à une pièce justificative est satisfaite par l'utilisation d'une signature qualifiée, émanant soit de la personne morale titulaire du sceau, soit d'une personne susceptible d'engager cette personne morale. »

« Art. 7. Sous réserve du droit de chaque service administratif d'exiger, si nécessaire et avant toute prise de décision, la remise par le demandeur de la pièce originale au format papier, les pièces justificatives qui doivent accompagner un formulaire électronique peuvent être remises sous forme électronique. »

⁵³ M.B. 27 décembre 2006, p. 74733

⁵⁴ Arrêté du Gouvernement wallon du 12 juillet 2007, M.B. 20 août 2007, p. 43606.

A défaut de pouvoir remettre une pièce électronique ayant valeur d'original, le demandeur est autorisé à remettre une version électronique constituant une copie de la pièce originale.

Dans cette hypothèse, il accompagne cette pièce d'une déclaration sur l'honneur attestant qu'il est en possession de la pièce originale qu'il conserve à la disposition des administrations de la Région wallonne. »

« Art. 8. Moyennant le respect des modalités d'envoi prévues pour chaque formulaire électronique, un formulaire peut être valablement envoyé par voie électronique, et ce malgré l'exigence d'envoi postal à une adresse déterminée.

L'accusé d'enregistrement transmis au demandeur ainsi que les données de journalisation détenues par les administrations de la Région wallonne font foi, jusqu'à preuve du contraire, de la réception du formulaire et des pièces qui l'accompagnent, ainsi que du moment de cette réception et des données transmises. »

Le suivi au plan fédéral de cette initiative réglementaire wallonne s'impose si on souhaite que l'informatisation puisse conduire nos entreprises à une simplification de leurs relations avec l'administration

5. Chapitre V. Les T.I.C. et la disparition des "frontières" naturelles ou traditionnelles en droit commercial

28. Le titre V de notre exposé rassemble enfin quelques réflexions transversales à propos de l'impact des T.I.C. et de la réglementation, qui leur est consacrée, sur quelques "distinctions" et "frontières" qui structurent la conception traditionnelle du droit commercial.

29. La première réflexion s'appuie sur une caractéristique de l'Internet: il abolit les frontières territoriales. La directive sur le commerce électronique prend acte de cette réalité pour imposer la "clause dite de marché intérieur" qui révolutionne les principes établis en matière de libre circulation des marchandises, des services et de libre établissement. Celle-ci prescrit à chaque Etat membre de veiller au respect par les prestataires établis sur son territoire des dispositions réglementaires applicables dans cet Etat membre. Il octroie donc un contrôle exclusif à l'Etat membre d'origine mais ce contrôle a pour conséquence, note l'alinéa 2, que les autres Etats ne peuvent restreindre la circulation du service. En d'autres termes, la conformité des activités du prestataire de services à la loi du pays d'établissement constitue automatiquement un "passeport" pour l'ensemble de l'Europe, comparable à la mise en libre circulation pour les marchandises. Ainsi, l'Europe atteint son objectif dans la mesure où le marché intérieur est décloisonné. Ce principe du pays d'origine était certes affirmé de manière partielle par certaines directives qui harmonisent les conditions d'accès à la profession des établissements de crédit, des services d'investissement et des assurances, voire les activités dans le cadre de la diffusion transfrontières des émissions de télévision, est ici singulièrement élargi. On ajoute que le principe englobe dans la directive dite du commerce électronique "*la totalité de la prestation (autorisation, exécution, règlement des*

différents) quitte à empiéter sur le domaine du droit international privé..." et sans s'appuyer nécessairement sur une harmonisation préalable⁵⁵

La deuxième réflexion ressort de nos développements précédents. La distinction entre "consommateurs" et "commerçants" s'évanouit lorsque désormais on parle de "destinataires" et de "prestataires" dans la directive dite commerce électronique et sa traduction en droit belge par la loi du 11 mars 2003 et que la loi du 14 juillet 1991 définit la notion de vendeur de manière à ce point large que même les entreprises publiques, les artisans et les prestataires de service y entrent. De même, la distinction que le Code de commerce imposait entre "commerçants", "artisans", « professions libérales » s'évanouit en grande partie lorsqu'on lit la loi B.C.E. qui ne connaît plus que les "entreprises" ou la loi sur le commerce électronique qui range aussi bien les médecins que les avocats sous le concept de prestataires. La notion de « consommateurs » de même a tendance dans bien des textes à se voir préférer des notions plus larges celles d' « utilisateur » dans le droit des paiements électroniques ou de « destinataires » dans la loi sur le commerce électronique. Les caractéristiques de la technologie n'oblige-t-elle pas à protéger de manière plus large ceux qui utilisent ces services nouveaux ?

Troisième réflexion: les droits de l'Homme envahissent la vie de l'entreprise à la faveur des technologies de l'information et de la communication⁵⁶. On a évoqué la liberté d'expression à propos de la responsabilité des hébergeurs mais au-delà, ce sont les législations de protection des données personnelles et de la vie privée qui obligent les entreprises à revoir leur stratégie marketing, à limiter leurs bases de données et l'utilisation de celles-ci sous peine de se voir poursuivre non seulement par les personnes concernées certes mais également par leurs concurrents pour pratiques déloyales.

Enfin, quatrième réflexion, les juridictions commerciales cèdent le pas à des modes alternatifs de résolution des litiges de plus en plus prônés par l'Europe⁵⁷. Dans un domaine où l'application de la réglementation est affaire d'expertise, comment ne pas laisser aux entreprises en concertation avec les associations de consommateurs lorsqu'il s'agit de litiges avec les consommateurs le soin de mettre sur pied les organes de résolution des litiges quitte à le faire sous l'impulsion et le contrôle plus ou moins lointain de l'autorité étatique. N'y aurait-il pas là une tâche importante du ministère des Affaires économiques de veiller ainsi à la mise

⁵⁵ Sur cette « clause du marché intérieur » et la révolution qu'elle introduit en droit communautaire par rapport aux arrêts « Cassis de Dijon » et « Keck Mithouard », lire V. HATZOPOULOS, « Que reste-t-il de la directive sur les services ? », *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 303 et s. Voir aussi, Y. de CORDT, C. DELFORGE, T. LEONARD, Y. POULLET, *Droit commercial, Syllabus*, Anthemis, Louvain La Neuve, Livre V, 2009, p. 450 et s.

⁵⁶ Sur ce point lire notamment, P.F. DOCQUIR et L. HENNEBEL, « L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme », in *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 79 et s.

⁵⁷ Ainsi l'article 17 de la directive sur le commerce électronique qui impose aux Etats membres qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services de la sociétés de l'information et le destinataire, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends... » et de manière plus générale la directive 2008/52/CE du 21 mai sur certains aspects de la médiation dans les matières civiles et commerciales qui encourage y compris le renvoi par les tribunaux à de tels modes de règlements de conflit.

sur pied d'un organe de médiation, à l'instar de ce qui existe déjà dans certains domaines, ainsi en matière de litiges de voyage. A nouveau, les technologies de l'information et de la communication pourraient servir à faciliter la saisine de cet organe, la discussion entre parties et le rôle des médiateurs dans la solution du conflit ? Bref, à quand la création en Belgique d'un service *d'On Line Dispute Resolution (O.D.R)* ?

6. Conclusions

6.1. Ce qui n'a pas été dit

30. Le monde des technologies nouvelles se caractérise par une innovation incessante que le droit entend protéger au-delà du droit d'auteur traditionnel lorsqu'il protège le pur investissement économique comme en matière de bases de données, lorsqu'il abaisse volontairement le niveau d'originalité que droit revêtir le programme d'ordinateur.

Par ailleurs, l'information digitalisée se copie, s'échange et se modifie aisément. Internet facilite le piratage et désespère le titulaire ou l'ayant droit de l'œuvre. Le droit vient à l'appui de ces derniers. Il protège les mesures techniques dites de protection et renforce l'affectivité des droits d'auteur dans la Société de l'information.

Sans doute faut-il noter à regret que cette consécration croissante du droit d'auteur risque de priver de signification les exceptions que l'intérêt général avait inscrites dans les législations [exceptions de parodie, pédagogique scientifiques, ...]

31. Le droit de la concurrence poursuit également l'intérêt général. Peut-être est-ce de lui que viendront l'imposition de limites à la toute puissance des auteurs et de leurs ayants-droits dans la Société de l'information. Depuis l'arrêt Magill jusqu'à la récente affaire Microsoft⁵⁸, la Cour européenne trace progressivement à travers l'application des articles 81 et 82 du traité de la Communauté européenne les limites de l'expansion du droit d'auteur dans le domaine des technologies de la communication et de l'information. En particulier, elle est soucieuse que la protection des droits d'auteurs ne puisse mettre à mal les exigences d'interopérabilité des systèmes d'information qui garantissent l'innovation technologique future.

6.2. Ce qu'il faut retenir

32. Les technologies de l'information et de la communication représentent une opportunité pour le développement des activités des entreprises, elles constituent pour le consommateur la possibilité d'un choix plus grand, de produits et services et sans doute des commandes plus rapides et mieux exécutées. Enfin, elles ouvrent la perspective d'un dialogue plus simple et plus efficace entre l'administration et l'entreprise en même temps qu'elles

⁵⁸ Pour un bon résumé de cette jurisprudence sur le difficile mariage du droit d'auteur et du droit de la concurrence, lire notamment S. DUSOLLIER, « L'affaire Microsoft ou l'interopérabilité, nouvelle valeur du droit de la concurrence », *RDTI*, 2008, p. 204 et s.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

permettent d'assurer un meilleur contrôle du respect par l'entreprise des législations qui la concerne.

Et le droit dans tout cela! C'est peu dire qu'il prône les T.I.C. au service du développement des entreprises, de l'intérêt général et de l'amélioration de la situation tant des entreprises que des consommateurs. Trois mots clés résumant cette action du droit :

- **Transparence** : celle des entreprises mieux identifiées et obligées lorsqu'elles recourent aux technologies de l'information et de la communication à mieux identifier les produits et services qu'elle mettent à disposition tant d'autres entreprises que des consommateurs ; celle des clients également en ce qui concerne leur capacité d'accéder au crédit et à authentifier leur volonté par la signature.
- **Equivalence** : le droit n'entend pas révolutionner ses concepts ni abandonner ses requis en matière de formalités mais accueillir par l'approfondissement des fonctionnalités liés à ces concepts ou des exigences que ces formalités traduisent, la façon dont les technologies de l'information et de la communication peuvent y satisfaire.
- **Confiance** : car c'est bien l'enjeu final de toute cette intervention réglementaire. L'Etat doit contribuer à cette confiance par l'agrément de certains métiers nouveaux (les métiers de la confiance, la création d'un ODR), par la création d'une administration en ligne qui puisse dialoguer avec les entreprises et faciliter leur démarche administrative et présenter ainsi un modèle de transactions électroniques fondées sur la sécurité et l'efficacité.

Yves POULLET

Professeur de droit commercial

Directeur du CRID : Faculté de droit de Namur