

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

2009-2011

I. COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET CONTRATS DE L'INFORMATIQUE

Etienne MONTERO¹ et Hervé JACQUEMIN²

1. Plan des développements. Cette première partie de la chronique de jurisprudence analyse les décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2009 et le 31 décembre 2011 dans le domaine des contrats de l'informatique et du commerce électronique³.

Nous analysons successivement la jurisprudence rendue en matière de contrats de l'informatique (A), de publicité en ligne (B), de conclusion des contrats à distance et par voie électronique (C), de paiements électroniques (D), de preuve et de signature électronique (E) et de responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet (F).

A. Contrats de l'informatique

2. Exception d'inexécution et obligation de contester rapidement. Dans un arrêt du 22 octobre 2010⁴, la cour d'appel de Bruxelles tranche un litige qui oppose une entreprise à un prestataire chargé de lui fournir, contre des mensualités de 182,84 EUR HTVA, la location d'un ordinateur portable, une connexion internet, la création d'un site web, la maintenance du matériel et du site ainsi que l'assistance technique (contrat conclu pour une durée de 48 mois). La gestion de la facturation et de l'encaissement est confiée à une entreprise tierce – Parfip –, spécialisée dans la location et la gestion financière des biens d'équipement. Quelques mois après la conclusion du contrat, le client cesse de payer les redevances mensuelles et il est attiré par Parfip, le prestataire intervenant par ailleurs à la cause.

Après avoir analysé l'existence, l'opposabilité et la portée de la cession de créance intervenue entre le prestataire et Parfip⁵, la cour se penche sur l'exception d'inexécution invoquée par le client. Pour rappel, il s'agit d'un principe général de droit qui permet à l'une des parties, dans un contrat synallagmatique, de suspendre l'exécution de ses obligations, sans intervention préalable

¹ Professeur ordinaire à l'Université de Namur, doyen de la Faculté de droit et directeur de recherches au Centre de Recherche Information Droit et Société (CRIDS).

² Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (Centre de Recherche Information Droit et Société – CRIDS), chargé de cours invité à l'UCL, avocat au barreau de Bruxelles.

³ Sur ces matières, voy. les précédentes chroniques : E. MONTERO, «Droit du commerce électronique – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)», *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, pp. 11-29 et H. JACQUEMIN, «Contrats informatiques – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)», *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, pp. 29-41.

⁴ *Inédit*, 2007/AR/904, disponible sur www.juridat.be.

⁵ Celle-ci est indépendante de la fourniture d'équipements ou de services informatiques et ne retiendra donc pas notre attention. C'est cependant sur ce point que l'arrêt sera finalement cassé.

du juge, aussi longtemps que son cocontractant n'a pas honoré les siennes⁶. Le client estime en effet que le prestataire n'a pas respecté ses engagements; aussi a-t-il suspendu ses paiements. La cour relève cependant que le client n'apporte aucune preuve à l'appui de ses griefs; or, c'est sur l'*excipiens* que repose la charge de prouver l'inexécution de son cocontractant. En outre, alors que les défauts de paiement commencent en janvier 2004, il faut attendre le 14 mai de la même année pour que les premières critiques soient formulées par le client. Parallèlement, la cour rappelle l'exigence de célérité propre aux relations commerciales, qui oblige notamment le commerçant qui contesterait une facture à le faire rapidement. À défaut de contestation, son silence doit s'interpréter comme une présomption d'acceptation de la facture. En l'espèce, le client ne démontre pas que son silence devrait s'interpréter autrement.

Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 septembre 2012⁷. En particulier, elle décide que l'arrêt de la cour d'appel « ne justifie pas légalement sa décision que [la] clause résolutoire ne constitue pas un accessoire de la créance cédée à [Parfi] et que celle-ci n'a pas acquis le droit de la mettre en œuvre ».

3. Réparation du dommage résultant de la résolution du contrat. Conformément au principe de la convention-loi, les parties doivent exécuter les prestations auxquelles elles se sont engagées conventionnellement et, sauf exception, elles ne peuvent pas y mettre fin unilatéralement sans en subir les conséquences – essentiellement financières.

Telle est la leçon qu'un client a apprise à ses dépens, pour avoir mis fin à une convention d'une durée déterminée de 48 mois portant sur « de la sécurisation informatique et des services e-mails » (*sic*), le lendemain de la conclusion du contrat. Par une décision du 20 avril 2007, le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé la convention résolue aux torts du client et a condamné celui-ci au paiement d'une indemnité complémentaire de 4.000 EUR. Ce montant – et ce montant seulement – est contesté par le client devant la cour d'appel de Bruxelles, qui se prononce le 8 juin 2010⁸. Le prestataire, quant à lui, demande un montant plus élevé au terme d'un calcul peu convaincant, approximatif et non étayé par des pièces comptables. « En l'absence d'éléments plus précis », l'arrêt constate que « le premier juge a procédé à une évaluation *ex aequo et bono* et fixé l'indemnité de rupture due à 4.000 EUR laquelle paraît en effet une réparation adéquate pour le préjudice subi par » le prestataire.

B. Publicité en ligne

4. Spamming politique. Le *spamming* désigne couramment l'envoi massif et non sollicité de courriers électroniques à caractère publicitaire. Il suscite, comme chacun sait, de nombreux inconvénients: engorgement des boîtes aux lettres électroniques des utilisateurs, saturation des serveurs mails, intrusion dans la vie privée... Le phénomène est à ce point irritant que le légis-

⁶ Sur cette mesure, voy. not. B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution. Rapport belge », M. FONTAINE et G. VINEY (sous la dir. de), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 2001, pp. 58-111; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, pp. 111-113, n° 158; M. GRÉGOIRE, « Les sanctions unilatérales en cours de contrat », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 2008, pp. 228 et s., n°s 4 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 751 et s.

⁷ Inédit, C.11.0662.

⁸ Inédit, 2008/AR/504, disponible sur www.juridat.be.

lateur européen et, à sa suite, son homologue belge, sont intervenus pour tenter de le contenir. Depuis lors, conformément à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI), l'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages⁹. Mais qu'en est-il des courriers envoyés, hors champ commercial, tels les messages à caractère politique ?

C'est la question qu'était invitée à trancher la cour d'appel de Bruxelles, saisie par une personne qui s'estimait harcelée par des courriels émanant d'un parti aux antipodes de ses propres convictions politiques. Son arrêt du 17 mars 2010¹⁰ contient divers enseignements intéressants qu'il ne nous appartient pas de commenter ici: le *spamming* politique est-il constitutif de harcèlement au sens de l'article 442bis du Code pénal, constitue-t-il un traitement de données à caractère personnel régi par la loi du 8 décembre 1992, traite-t-il des données politiques et, à ce titre, est-il soumis au régime plus restrictif du traitement des « données sensibles » établi par l'article 6 de la même loi¹¹ ?

De cet arrêt, on retiendra plus particulièrement que la notion de publicité visée à l'article 14 de la LSSI est définie, à l'article 2 de la même loi, comme étant « 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 ou artisanale ou exerçant une activité réglementée ». Dès lors qu'« un parti politique n'a, à l'évidence, pas d'activité commerciale, industrielle, artisanale ou réglementée », il n'y avait pas lieu de considérer l'affaire sous l'angle d'une infraction à l'article 14 de la LSSI.

On doit toutefois considérer que l'utilisation du courrier électronique à des fins de propagande électorale est bel et bien soumise au régime de l'*opt-in* (exigence du consentement préalable du destinataire du message), au titre de la loi du 8 décembre 1992¹². Il en résulte en effet un traitement de données à caractère personnel pour la légitimation duquel le consentement de la personne concernée peut être requis conformément à l'article 5 de la loi.

5. *Spamdexing*. La cour d'appel de Bruxelles a été invitée à se prononcer sur des pratiques de référencement dénoncées comme abusives¹³. Le gérant d'une société exploitant des sites de petites annonces relatives, entre autres, à l'offre en vente d'automobiles n'est manifestement pas content des techniques de référencement mobilisées par diverses sociétés actives sur le marché du référencement de sites et dans le secteur des petites annonces automobiles. Et il fait savoir son mécontentement non seulement à travers des courriers musclés et menaçants adressés aux sociétés en question mais aussi en formulant ouvertement ses griefs sur un forum de discussion.

Il est jugé que le courrier adressé spécifiquement et uniquement à un concurrent n'emporte pas de diffamation, de calomnie ou de dénigrement et ne constitue pas un acte contraire aux usages

⁹ Article 14, § 1^{er}, de la LSSI.

¹⁰ Bruxelles (11^e ch. corr.), 17 mars 2010, *R.D.T.I.*, n° 42, 2011, p. 51 et note F. COPPENS.

¹¹ Pour un commentaire fouillé de l'arrêt sur toutes ces questions, voy. F. COPPENS, « Quatre questions sur le spamming politique », note précitée, pp. 55 et s. Voy. aussi *infra*, n°s 101 et 104.

¹² Pour une démonstration, *ibid.* Cf. aussi en ce sens l'avis n° 7/2003 du 27 février 2003 de la Commission de protection de la vie privée, p. 5.

¹³ Bruxelles (9^e ch.), 9 juillet 2010, *J.L.M.B.*, 2011/32, p. 1576.

honnêtes en matière commerciale. En revanche, la cour considère qu'en prétendant sur un forum de discussion qu'une société de référencement (le premier appelant) ne respecte pas les conditions générales de *Google Adwords*, utilise des pages satellites qui sont contraires aux usages en matière de référencement et de pratiques commerciales honnêtes ou encore utilise abusivement des marques commerciales, l'intimé commet un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou contraire aux pratiques honnêtes du marché susceptible de porter atteinte aux intérêts du premier appelant. La reproduction sur le forum du courrier adressé au premier appelant est dénigrante et constitue un abus dans l'exercice de la liberté d'expression.

Il est plus particulièrement reproché au second appelant de recourir au *spamdexing* sur son site, soit à diverses techniques abusives de référencement qui permettent de mieux positionner un site dans la liste des résultats obtenus via l'interrogation des moteurs de recherche. Il s'agit, en définitive, de tromper les robots utilisés par les moteurs de recherche par des techniques telles que le bourrage de mots clés populaires dissimulés au visiteur mais accessibles au robot, la création artificielle de liens afin d'augmenter l'indice de popularité du site, etc. Les appelants ne contestent pas la réalité de ces pratiques, tout en soulignant, en l'absence de norme internationale ou nationale précise, la difficulté de faire le départ entre les méthodes de référencement honnêtes et celles qui doivent être tenues pour illicites. En l'espèce, la Cour estime que l'intimé ne rapporte pas la preuve du caractère contraire aux usages honnêtes en matière commerciale des pratiques qu'il dénonce dans le chef des appelants.

6. Marketing viral. La cour d'appel de Liège était invitée à réexaminer l'affaire « Nice People »¹⁴ tranchée par jugement du tribunal de commerce de Huy¹⁵, déjà commenté dans la précédente chronique¹⁶. Pour rappel, la s.p.r.l. Dialo, qui édite notamment un site de rencontres, constate, début 2008, le succès fulgurant, en termes de visites et d'inscriptions, du site concurrent « Nice People ». Le système d'invitation appelé « Faites du bruit ! » mis au point par ce dernier est au centre du litige.

Ledit système consiste, sous deux modalités distinctes, à inviter les membres du site à fournir à Nice People les adresses e-mail de leurs amis et connaissances, en contrepartie de points de popularité. Ces derniers peuvent ainsi recevoir de Nice People un courrier électronique les invitant à s'inscrire sur le site de rencontres.

Il est clair que cette technique de *marketing viral* s'appuie sur un traitement de données à caractère personnel, effectué par Nice People qui collecte et utilise les adresses électroniques des internautes. À ce titre, le site de rencontres a la qualité de responsable de traitement car il détermine les finalités et les moyens du traitement. On note que Nice People ne peut invoquer le bénéfice de l'article 5, f), de la loi du 8 décembre 1992 dans la mesure où, à l'instar de sites analogues, il dispose d'autres moyens, moins attentatoires à la vie privée, pour parvenir à ses fins (voy. aussi *infra*, nos 100 et 102-104).

¹⁴ Liège, 19 novembre 2009, *D.A. O.R.*, 2010, p. 451, note P. CONGO.

¹⁵ Comm. Huy (prés.), 24 juin 2008, *Computerr.*, 2008, liv. 6, p. 303, note G. VANDENDRIESSCHE, aussi disponible sur www.foruminternet.org.

¹⁶ E. MONTERO, « Droit du commerce électronique – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, pp. 15-16, n° 8.

Par ailleurs, étant donné que Nice People collecte et envoie lui-même les courriers électroniques, il est tenu de recueillir le consentement préalable des destinataires des messages d'invitation (art. 14, § 1^{er}, de la LSSI). En théorie, ce consentement peut être recueilli par l'envoi d'un courrier électronique mais encore faut-il, *quod non* en l'espèce, que les adresses aient été collectées conformément à la loi sur la protection de la vie privée et que le message ait pour seul objet de recueillir le consentement à recevoir des publicités à l'avenir et soit dès lors en lui-même dépourvu de tout caractère publicitaire¹⁷.

7. Publicité pour des médicaments. La Cour de justice de l'Union européenne a prononcé un arrêt en matière de publicité sur Internet le 2 avril 2009¹⁸. On en fait brièvement mention, même si la question tranchée est étrangère à la nature du support publicitaire utilisé. M. Damgaard, journaliste, était poursuivi pour avoir diffusé sur son site web des informations sur les caractéristiques et la disponibilité d'un médicament dont la commercialisation n'est pas autorisée au Danemark. Reconnu coupable d'infraction à une disposition danoise prohibant la publicité pour des médicaments dont la distribution est interdite, il fit valoir, en degré d'appel, que l'information, diffusée en toute indépendance vis-à-vis du fabricant du médicament et sans rémunération de sa part, ne constituait pas une publicité au sens de l'article 86 de la directive 2001/83 du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. À la question préjudicielle posée dans le cadre de cette procédure, la haute Cour de justice répond que ledit article 86 « doit être interprété en ce sens que la diffusion par un tiers d'informations relatives à un médicament, notamment à ses propriétés curatives ou préventives, peut être considérée comme de la publicité au sens de cet article même lorsque ce tiers agit de sa propre initiative et de manière totalement indépendante, en droit comme en fait, du fabricant ou du vendeur d'un tel médicament ».

8. Métatags. Dans une autre affaire, c'est la Cour de cassation de Belgique qui était confrontée à la notion de publicité telle que définie, cette fois, par l'article 2 de la directive 84/450 en matière de publicité trompeuse et par l'article 2 de la directive 2006/114 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative¹⁹. Les faits de la cause sont simples. Deux sociétés produisent et commercialisent des produits similaires. La première est créée en 1996 en tant que *Belgian Electronic Sorting Technology*, en abrégé « BEST ». La seconde, créée en 2004, procède en 2007 à l'enregistrement d'un nom de domaine incluant le terme « best », tandis que la demanderesse dépose en 2008 la marque Benelux « BEST ». Il apparaît que la défenderesse insère le terme « best » parmi les métadonnées de son site web et que ce dernier figure comme deuxième résultat de recherche à l'introduction des termes de recherches « Best Laser Sorter » dans le moteur de recherche Google. Devant les juges d'appel, la demanderesse soutint que l'enregistrement et l'usage par la défenderesse du nom de domaine, ainsi que son emploi, dans les métadonnées de ses sites, de termes qui se réfèrent à l'identité ou aux produits de « BEST » constituent un acte de publicité comparative illicite ou, à tout le moins, un acte de publicité trompeuse et dénigrante.

¹⁷ Cf. SPF Économie, « La légalité du marketing viral », janvier 2006, p. 8 (document disponible sur le site du SPF Économie); E. MONTERO, « La publicité sur Internet: principes juridiques et applications », in *Les pratiques du commerce électroniques*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 43-44.

¹⁸ C.J.U.E. (2^e ch.), 2 avril 2009, *Frede Damgaard*, aff. C-421/07.

¹⁹ Cass., 8 décembre 2011, *Belgian Electronic Sorting Technology s.a. contre B.P. et VISYS s.a.*, n° C.10.0198.N.

Il est jugé en appel qu'à défaut de communication, ni l'enregistrement ni l'usage d'un nom de domaine ne peuvent être qualifiés de publicité au sens de la loi du 14 juillet 1991. Il en est de même pour l'emploi des métatags litigieux dès lors qu'ils ne sont rien d'autre que des termes repris dans le langage de programmation d'un site web aux fins d'augmenter la chance que le site concerné apparaisse en bonne position parmi les résultats d'un moteur de recherche lors d'une recherche via certains termes. Autrement dit, les métatags demeurent invisibles à l'utilisateur, seuls les moteurs de recherche étant aptes à les reconnaître.

La Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce que la C.J.U.E. ait répondu à la question de savoir si la notion de publicité de l'article 2 des deux directives précitées doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend, d'une part, l'enregistrement et l'usage d'un nom de domaine, et, d'autre part, l'utilisation de métatags dans les métadonnées d'un site web. À suivre...

C. Contrats en ligne

9. Évolution du cadre normatif applicable aux contrats conclus à distance. Au cours de la période couverte par la présente chronique, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur²⁰ (ci-après, «LPCC») a été abrogée et remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur²¹ (ci-après, «LPMC»).

On doit noter que ce cadre normatif devra être amendé à brève échéance, en vue de transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs²². Celle-ci apporte entre autres diverses modifications aux règles applicables aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers.

1. Contrats conclus par le biais d'une place de marché électronique

10. Questions posées par les sites de ventes aux enchères. Depuis quelques années, on voit fleurir sur la toile de nombreux sites internet dont l'objectif est de mettre en relation des vendeurs et des acheteurs potentiels pour les amener à conclure des contrats, notamment à l'issue d'un mécanisme d'enchères. La plateforme eBay figure ainsi parmi les plus connus. Indépendamment des questions de responsabilité et de la possible qualification de la plateforme comme «hébergeur» (*infra*, n° 27), plusieurs décisions de justice rendues entre 2009 et 2011 se sont prononcées sur divers aspects liés à la conclusion des contrats par le biais de cette plateforme. Elles concernent la qualification des parties en tant qu'«entreprise» au sens de la LPMC, l'incidence du

²⁰ M.B., 29 août 1991.

²¹ M.B., 12 avril 2010, p. 20.803.

²² Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011 (pour un premier commentaire, voy. J. Ступак, «La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs», *J.D.E.*, 2012, pp. 69 et s.). Cette directive dont les dispositions sont, sauf exception, d'harmonisation complète, doit être transposée au plus tard le 13 décembre 2013, de sorte que les mesures prises entrent en vigueur à partir du 13 juin 2014. Le cas échéant, si le texte est adopté et que les parties contractantes conviennent de s'y soumettre, il faudra également avoir égard à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 Final (l'instrument «optionnel»).

non-respect de conditions particulières posées par le vendeur, le moment de la conclusion du contrat ou la qualification de l'opération en vente publique.

11. Le vendeur est-il un consommateur ou une entreprise? On peut se demander à partir de quel moment un consommateur qui vend des biens à travers une place de marché électronique (telle eBay) perd cette qualité pour devenir une entreprise et se voir imposer les nombreuses obligations prescrites par la LPMC²³. Il n'est pas rare en effet que des particuliers ne se limitent pas à vendre un objet ou l'autre trouvé dans leur grenier pour offrir de très nombreux biens. On note d'ailleurs que le remplacement de la notion de «vendeur» (en vigueur dans la LPCC) par celle d'«entreprise» (désormais applicable dans la LPMC)²⁴ facilite l'opération de qualification. Outre que la définition est nettement moins complexe, il est requis que la personne poursuive un but économique *de manière durable*²⁵. Cette exigence ne figurait pas expressément dans les trois hypothèses visées à l'article 1^{er}, 6^o, de la LPCC, même si les actes isolés étaient en principe exclus. Aussi faudrait-il vérifier si l'activité économique de la personne qui, par exemple, achète et revend des biens en grande quantité sur des plateformes de ventes aux enchères, peut être qualifiée de «durable».

À ce sujet, on peut mentionner un jugement rendu par le tribunal de première instance de Mons, en matière fiscale²⁶. Il décide en effet que, «même à considérer que l'étudiant ait vendu certains articles pour des copains, la vente effective de 2005 à 2009 de 21 scooters, 10 trottinettes électriques et 15 lecteurs DVD pour voitures, à l'état neuf, constitue une véritable activité commerciale». Aussi est-il jugé que c'est à juste titre que l'Administration a procédé à la taxation d'office sur un minimum forfaitaire de bénéfices de 19.000 EUR.

12. Incidence du non-respect de conditions particulières fixées par le vendeur. Une voiture – une *oldtimer Cougar* de 1967 – est mise en vente sur la plateforme de commerce électronique eBay. L'un des enchérisseurs prétend que le véhicule lui aurait été vendu le 16 juin 2006 pour la somme de 12.050 EUR, dès lors qu'il a fait l'offre la plus élevée. Le vendeur conteste la conclusion du contrat. D'après lui, en raison de «problèmes» avec eBay, certains acheteurs potentiels n'auraient pas eu la possibilité de faire une offre; aussi souhaite-t-il remettre la voiture en vente. Dans un message adressé au prétendu acheteur, il se dit d'ailleurs convaincu que celui-ci comprendra que le prix d'une *Cougar* dépasse largement la somme de 12.000 EUR. Visiblement en désaccord avec cette allégation, le prétendu acheteur attrait le vendeur en justice. Constatant que la voiture a finalement été vendue à un tiers une semaine après la clôture de l'enchère litigieuse, il réclame le montant du prix de vente, soit 16.000 EUR.

²³ À ce sujet, voy. aussi M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 16-17, n° 16; H. JACQUEMIN, «Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché», H. JACQUEMIN (sous la coord. de), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 69 et s.

²⁴ L'entreprise est définie à l'article 2, 1^o, de la LPMC comme «toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations».

²⁵ Les travaux préparatoires de la loi précisent à cet égard que «des actes uniques ne suffisent pas pour qualifier une personne d'«entreprise»; l'acte doit être posé dans le cadre d'une certaine organisation» (exposé des motifs du projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, déposé le 28 décembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, p. 13).

²⁶ Civ. Mons, 24 mars 2011, *Fisc.*, 2011, liv. 1249, p. 12.

Dans un arrêt du 26 mai 2010²⁷, la cour d'appel de Gand juge cependant l'action non fondée. Le débat va se focaliser sur les conséquences à tirer du non-respect, par le prétendu acheteur, d'une condition particulière de paiement imposée par le vendeur. Suivant cette condition, ce dernier devait être contacté dans les 24 heures de la fin de l'enchère en vue de procéder au versement d'un acompte dans ce même délai. La Cour donne raison au vendeur pour admettre que la conclusion de la vente en tant que telle était subordonnée au respect de cette condition. Elle considère en effet que, l'article 1583 du Code civil n'étant pas d'ordre public, la conclusion du contrat peut être subordonnée à d'autres éléments que l'accord des parties sur la chose et sur le prix. L'opposabilité de cette condition est contestée mais la cour décide que le prétendu acheteur avait eu la possibilité de la connaître et l'avait acceptée, fût-ce tacitement. En outre, on peut se fonder sur les conditions d'utilisation de la plateforme, dont l'opposabilité en tant que telle n'est pas discutée, pour décider que la condition additionnelle imposée par le vendeur constitue un élément essentiel de la vente dont le non-respect lui permet de mettre fin à l'opération.

Divers autres arguments sont ensuite invoqués mais aucun ne fait mouche: ils portent sur la méconnaissance des obligations d'information prescrites par l'article 30 de la LPCC (actuellement, art. 4 de la LPMC), le prétendu acheteur pouvant difficilement avancer qu'il n'avait pas compris la condition imposant le paiement d'un acompte²⁸; le non-respect de l'article 80, § 3, de la LPCC, depuis lors abrogé, et qui interdisait tout paiement anticipé avant la fin du délai de rétractation²⁹; la qualification de la condition additionnelle comme clause abusive au sens de l'article 31, § 1^{er}, de la LPCC (actuellement, art. 2, 28^o et 73 et s. de la LPMC) ou l'application de la théorie de la *rechtsverwerking* et de l'abus de droit.

Il s'en suit que l'appelant – le prétendu acheteur – est débouté.

On note, au passage, que la cour d'appel consacre logiquement l'application des dispositions régissant les contrats à distance (en particulier l'octroi d'un droit de rétractation au consommateur) dans l'hypothèse de contrats noués à travers une plateforme de commerce électronique. Encore faut-il, cela va de soi, que le vendeur puisse être considéré comme une « entreprise »³⁰.

13. Moment de la conclusion du contrat. Un litige soumis à la cour d'appel de Liège a également trait à la vente aux enchères d'un véhicule à travers la plateforme de commerce électronique eBay mais, cette fois, la discussion résulte de ce que celui-ci est tombé en panne après avoir parcouru... deux kilomètres. Aussi la cour d'appel de Liège applique-t-elle les dispositions des articles 1649*bis* et suivants du Code civil qui protègent le consommateur lors de la vente de biens de consommation, en particulier lorsque ceux-ci ne sont pas conformes à la description qui en était faite (art. 1649*ter* du C. civ.)³¹. Tel était le cas en l'espèce puisque l'annonce indiquait un

²⁷ Gand, 26 mai 2010, *D.C.C.R.*, 2011/91, p. 51, note C. CAUFFMAN.

²⁸ Il avait en effet participé aux enchères sur la base de cette description en français et la version néerlandaise de cette exigence d'acompte était une simple traduction d'une partie du texte français.

²⁹ À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur », *J.T.*, 2010, p. 554; E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁰ Plus précisément, puisque l'affaire tranchée par la cour d'appel de Gand était soumise à la LPCC, le vendeur devait répondre à la définition de « vendeur », figurant à l'article 1^{er}, 6^o, de la LPCC. *Mutatis mutandis*, le « vendeur » ayant été remplacé par l'« entreprise » dans la LPMC, le même raisonnement peut être appliqué.

³¹ Liège, 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 67, note J.-F. HENROTTE.

véhicule en bon état général ; or, il n'était pas en état de rouler. Aussi la demande de résolution du contrat est-elle déclarée fondée.

La cour d'appel de Liège se prononce également sur le moment de la conclusion du contrat³², spécialement lorsque certaines étapes du processus contractuel sont intervenues à travers la plateforme de commerce électronique. Même si, dans certains cas très spécifiques³³, la question n'est pas dénuée d'intérêt, il faut reconnaître qu'en l'espèce, elle n'avait aucune incidence sur la solution du litige (la demande ayant été introduite dans le délai de deux ans fixé à l'article 1649*quater* du Code civil)³⁴. La mise aux enchères de la voiture par le vendeur sur la plateforme est ainsi analysée comme une « invitation à offrir » ou à soumettre une offre et pas comme une offre en tant que telle. Cette offre est faite par l'acheteur, lorsqu'il participe aux enchères. Quant à l'acceptation, elle ne résulte pas, nous dit la Cour, « de la réception du courriel adressé par le site de vente en ligne au meilleur enchérisseur car il n'est pas l'expression de la volonté [du vendeur] mais l'exécution automatique d'une séquence informatique qui échappe totalement à son contrôle ». En l'espèce, l'acceptation de l'offre – et la conclusion du contrat – serait plutôt intervenue lors de la discussion téléphonique entre les parties, au cours de laquelle les modalités pratiques de la livraison ont été convenues.

14. Vente publique. La question se pose de savoir si les opérations contractuelles réalisées par l'intermédiaire des plateformes de vente aux enchères doivent être qualifiées de « ventes publiques » et, par voie de conséquence, soumises aux nombreuses dispositions légales ou réglementaires applicables à celles-ci³⁵. L'intervention d'un notaire est ainsi requise pour les ventes publiques d'immeubles, volontaires ou judiciaires (amiables ou forcées)³⁶ et la violation de ce monopole est sanctionnée pénalement.

Encore faut-il clarifier la notion même de « vente publique », qui n'est pas définie légalement. En doctrine et en jurisprudence, on retient généralement les éléments constitutifs suivants³⁷. La

³² Sur cette question, voy. not. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 231 et s., n^{os} 175 et s.; M. VAN HUFFEL, « Le droit communautaire », B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds.), *Le consentement électronique*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, pp. 31 et s.; H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, p. 136.

³³ Pour déterminer le point de départ du délai de rétractation en cas de contrat à distance portant sur des services, par ex. (cf. art. 47 de la LPMC).

³⁴ En ce sens, voy. J.-F. HENROTTE, « Le moment de la conclusion du contrat de vente dans une plate-forme de courtage aux enchères en ligne telle qu'eBay », note sous Liège, 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 71.

³⁵ Sur cette question controversée, voy. et comp. A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 920 et s.; G. RUE, « La vente en ligne et le consommateur », *Protection du consommateur, pratiques commerciales et technologies de l'information et des communications*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 119 et s.; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », *op. cit.*, pp. 65 et s.; E. MONTERO, « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur internet », *D.C.C.R.*, 2011/90, pp. 56 et s.

³⁶ Conformément à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi de ventôse, « sous réserve des droits de l'autorité publique, [les notaires] ont seuls qualité pour procéder aux ventes publiques d'immeubles [...]. Ces ventes ne peuvent se faire qu'au plus offrant et dernier enchérisseur ». Plusieurs dispositions du Code judiciaire régissent également ce type de ventes (voy. les articles 1186 et s. ou 1580 et s.). Pour les meubles, voy. l'article 226 du Code des droits d'enregistrement.

³⁷ À ce propos, avec parfois certaines nuances, voy. E. VAN TRICHT, « Le notaire et la vente publique », *Rev. not. b.*, 1988, pp. 393-394; A. DELIÈGE, « Vente publique volontaire d'immeuble », *Rép. Not.*, t. VII, livre IV, Bruxelles, Larcier, 1993,

vente publique exige d'abord une « mise en vente publique ». Des mesures de publicité, détaillant les conditions et modalités de la vente, doivent être entreprises. En outre, les conditions mêmes de la vente doivent être telles que « le public » puisse y participer. Tel n'est pas le cas si seules certaines personnes désignées peuvent prendre part à la vente³⁸. Il faut ensuite « une concurrence publique », qui se réalise notamment par la formulation d'enchères³⁹. Celle-ci doit être publique de sorte que naisse une émulation entre les candidats et que l'offre soumise à l'acceptation du vendeur soit celle qui lui est la plus favorable. L'« adjudication publique » est également mentionnée parmi les éléments essentiels de la vente publique. L'expression, parfois considérée comme un synonyme de « vente publique » en général a, dans le cas présent, un sens plus étroit et vise la désignation du meilleur enchérisseur et l'acceptation de son offre par le vendeur⁴⁰.

Dans un jugement du 11 mars 2011⁴¹, confirmé en appel⁴², le tribunal correctionnel d'Anvers a repris les trois conditions précitées – mise en vente publique, concurrence publique et adjudication publique –, pour considérer qu'un site internet qui organise des enchères portant sur des biens immeubles ne procède pas à une vente publique lorsque les enchères introduites par les candidats-acheteurs n'ont pas de caractère contraignant. En effet, il n'est nullement garanti au meilleur enchérisseur que le bien lui sera vendu; tout au plus bénéficie-t-il d'une priorité pour négocier avec le vendeur. Pour le tribunal, la participation aux enchères ne constitue pas une offre mais une proposition de prix, ou une invitation à offrir. Aussi juge-t-il que l'on peut difficilement qualifier le processus d'organisation de « vente publique », dans le chef de la plateforme.

2. Régime du droit de rétractation

15. Questions préjudicielles posées à la Cour de justice. La Cour de justice de l'Union européenne a rendu deux arrêts relatifs aux frais ou autres indemnités qui peuvent être demandés au consommateur qui exerce son droit de rétractation en cas de contrat conclu à distance⁴³.

16. Indemnité compensatrice en cas d'exercice du droit de rétractation ? Dans la première affaire, l'Amtsgericht Larh (Allemagne) demande à la C.J.C.E. si l'interdiction d'exiger du consommateur d'autres frais que ceux qui résultent directement du renvoi des marchandises (art. 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^e phrase et art. 6, § 2, de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance) s'oppose à ce qu'une réglementation nationale permette au vendeur de demander au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien livré, en cas de rétractation dans les délais. L'article 357

pp. 27-28, n° 1; A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 916-918, n°s 13 et s.; M. VAN DEN ABBEELE, « La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'arts et de collections », *D.C.C.R.*, 2009, pp. 3 et s. En jurisprudence, voy. Cass., 9 mars 1839, *Pas.*, 1839, I, p. 27, avec les concl. conf. du procureur général P. Leclercq.

³⁸ On observe qu'il s'agit d'une question de fait et qu'une interprétation raisonnable de cet élément semble admise.

³⁹ On note que si les ventes publiques d'immeubles peuvent uniquement se faire aux enchères, la vente publique de meubles peut également être réalisée au rabais.

⁴⁰ Il est également requis que l'opération soit publique, de sorte que les autres candidats puissent s'assurer que la vente a lieu au meilleur prix proposé à l'issue des enchères.

⁴¹ Corr. Anvers, 11 mars 2011, *NjW*, 2011, p. 548, note R.S. On observe que, dans ce litige, la Chambre nationale des Notaires et l'association des Notaires de la Province d'Anvers s'étaient constituées parties civiles.

⁴² Anvers, 5 mars 2012, *R.C.D.I.*, 2012/2, p. 35.

⁴³ Sur ces arrêts, voy. aussi M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 53 et s., n°s 72 et s.; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », op. cit., pp. 86 et s.

du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*) autorise, en effet, cette indemnité compensatrice et, dans le cas d'espèce qui a conduit à la question préjudicielle, le vendeur réclame son paiement au consommateur.

La Cour de justice se prononce dans un arrêt du 3 septembre 2009⁴⁴, en se fondant sur les objectifs poursuivis par le législateur communautaire⁴⁵. Cela mérite quelque explication. Dans les contrats à distance, le consommateur est en position de faiblesse par rapport à son cocontractant. Par définition, les parties ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, ce qui peut conduire à un manque de connaissance sur des éléments de fait du rapport contractuel⁴⁶. Dans une moindre mesure, des achats impulsifs sont aussi à craindre ; le consentement pourrait dès lors être moins *réfléchi* que lorsqu'il est donné dans l'environnement traditionnel. L'octroi d'un droit de rétractation permet de lutter efficacement contre la faiblesse du consommateur puisque ce dernier a la possibilité de revenir sur son engagement, sans pénalité et sans indication de motif : comme le relève la Cour dans l'arrêt annoté, « le droit de rétractation est [...] censé compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »⁴⁷.

L'efficacité du droit de rétractation serait compromise – et, partant, les objectifs du législateur communautaire le seraient également – si, au-delà des frais directs de renvoi, le consommateur devait subir des conséquences pécuniaires négatives lorsqu'il souhaite l'exercer dans les délais⁴⁸. Il est à craindre, en effet, que le consommateur ne fasse plus usage de ce droit en toute liberté ; la contrainte financière constituant un argument négatif de nature à le décourager. Aussi la Cour a-t-elle jugé, avec raison, que « l'imposition générale d'une indemnité compensatrice, pour l'utilisation du bien acquis par un contrat à distance est incompatible » avec les objectifs de la directive⁴⁹ ⁵⁰ (point 22).

La C.J.C.E. admet néanmoins qu'une réglementation nationale « impose au consommateur le paiement d'une indemnité compensatrice équitable dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage du bien acquis par un contrat à distance d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause »⁵¹ (point 26 de l'arrêt).

⁴⁴ C.J.C.E., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, « Arrêt 'Messner' : l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance », *J.D.E.*, 2009, pp. 273-277.

⁴⁵ Voy. les points 19 à 20 de l'arrêt.

⁴⁶ On conçoit sans peine que, lors de l'achat d'un produit quelconque (un vêtement, par exemple) sur un site web, le consommateur ne peut pas vérifier la couleur, la matière ou la taille du bien, comme il a la possibilité de le faire dans un local commercial, en essayant le vêtement en question, en le touchant ou en l'exposant à la lumière du jour. En conséquence, le risque existe qu'au moment de la conclusion du contrat, le consentement exprimé ne soit pas aussi *éclairé* qu'il aurait pu l'être quand le contrat est conclu en présence physique des parties.

⁴⁷ Point 20 de l'arrêt.

⁴⁸ Voy. le considérant n° 14 de la directive sur les contrats à distance, en vertu duquel la limitation aux frais directs de renvoi doit permettre que le droit de rétractation « ne reste pas de pure forme ». Voy. aussi le point 19 de l'arrêt.

⁴⁹ Elle suit ainsi les conclusions de l'avocat général, M^{me} Verica Trstenjak (voy. not. le point 99).

⁵⁰ Une telle indemnité existe en droit autrichien et en droit allemand, ce qui explique que, devant la Cour, les gouvernements allemand et autrichien aient défendu la thèse suivant laquelle la directive sur les contrats à distance n'interdit pas le paiement de cette indemnité.

⁵¹ À ce sujet, voy. aussi l'article 14 (2) et le considérant n° 47 de la directive sur les droits des consommateurs.

17. Qui doit supporter les frais d'envoi en cas d'exercice du droit de rétractation? Le second arrêt, prononcé le 15 avril 2010, a également été rendu sur question préjudicielle⁵². Dans cette affaire, une entreprise de vente par correspondance imputait au consommateur un forfait de 4,95 EUR pour les frais d'expédition et, si ce dernier exerçait son droit de rétractation, la somme restait acquise au fournisseur. Aussi est-il demandé à la Cour d'établir si cette somme peut être facturée aux consommateurs. Conformément à l'article 6 de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance, en cas d'exercice du droit de rétractation, «le fournisseur est tenu au remboursement des *sommes versées par le consommateur, sans frais*»⁵³. Plus précisément, il est ajouté que «les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de *l'exercice de son droit de rétractation* sont les frais directs de renvoi des marchandises»⁵⁴.

La Cour décide d'abord que l'expression «*sommes versées par le consommateur*» ne vise pas uniquement le paiement du prix, à l'exclusion des frais d'expédition⁵⁵. Elle rejette ensuite l'argument du gouvernement allemand suivant lequel les termes «*en raison de l'exercice du droit de rétractation*» permettraient de soustraire les frais d'expédition de l'obligation de remboursement dans la mesure où ceux-ci ne seraient pas liés à l'exercice de ce droit. Se référant à l'économie générale et à la finalité de la directive, la Cour juge que sont visés «l'ensemble des frais occasionnés par la conclusion, l'exécution ainsi que la cessation du contrat et qui sont susceptibles d'être imputés au consommateur dans le cas où celui-ci exerce son droit de rétractation»⁵⁶. Pour consolider sa position, les objectifs poursuivis par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur sont rappelés: il faut en effet éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation⁵⁷. En outre, s'il était tenu de supporter de tels frais, la répartition équilibrée des risques entre les parties dans les contrats à distance serait remise en cause⁵⁸. La position de la Cour peut se défendre. Il faut toutefois être conscient que, d'une manière ou d'une autre, les charges financières et organisationnelles liées à ces risques devront être supportées par le consommateur, moyennant par exemple une majoration du prix de tous les biens.

D. Paiements électroniques

18. Nouveau cadre normatif en matière de paiements électroniques. Avant le 1^{er} avril 2010, la matière des paiements électroniques était principalement régie par la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds⁵⁹

⁵² C.J.U.E., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Heine*.

⁵³ Nous soulignons.

⁵⁴ Nous soulignons.

⁵⁵ Points 42 à 47 de l'arrêt.

⁵⁶ Point 52 de l'arrêt.

⁵⁷ Points 54 à 56 de l'arrêt.

⁵⁸ Point 57 de l'arrêt.

⁵⁹ *M.B.*, 17 août 2002. Pour un commentaire de cette loi, voy. not. E. WÉRY, *Paiements et monnaie électroniques*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 82 et s.; M. DEMOULIN, «Le paiement électronique», *Obligations – Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, V.1.7; M. VAN HUFFEL, «Ma carte bancaire est-elle suffisamment européenne?», *D.C.C.R.*, 2006/70, pp. 3 et s.; Th. LAMBERT, «La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *R.D.C.*, 2003, pp. 573 et s.; L. ROLIN JACQUEMYS, «Régime juridique des paiements électroniques à la lumière de la nouvelle loi sur les opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds», *Ubiquité*, 2003/16, pp. 9 et s.; R. STEENNOT, «De wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen», *B.F.R.*, 2002, pp. 255 et s.

(ci-après, LTEF) ou, s'agissant des contrats à distance, par l'article 83*novies* de la LPCC. Ces textes sont désormais abrogés⁶⁰: les paiements électroniques sont désormais soumis à la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement⁶¹ (ci-après, «LSP»). Celle-ci figure parmi les textes adoptés par le législateur belge pour transposer la directive 2007/64/CE sur les services de paiement⁶².

19. Partage de responsabilité en cas d'opération de paiement non autorisée et négligence grave dans le chef du payeur. L'article 36 de la LSP pose le principe suivant lequel, en cas d'opération de paiement non autorisée, le payeur doit être remboursé immédiatement par son prestataire de services de paiement. La règle s'applique si, à l'issue d'une vérification *prima facie*, aucune fraude n'a été détectée dans le chef du payeur. Ce principe connaît toutefois des tempéraments, en particulier lorsque les opérations de paiement non autorisées ont été réalisées avant la notification du payeur.

Dans ce cas, la loi distingue selon que les pertes subies par le payeur résultent ou non «soit d'un agissement frauduleux de sa part, soit du fait qu'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grave, à une ou plusieurs des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 31» (art. 37, § 1^{er}). Si le prestataire établit que tel est le cas⁶³, le payeur devra supporter toutes les pertes occasionnées par les opérations de paiement non autorisées⁶⁴. La loi donne des exemples de circonstances pouvant être considérées comme des négligences graves. Sont ainsi mentionnés «le fait, pour le payeur de noter ses dispositifs de sécurité personnalisés, comme son numéro d'identification personnel ou tout autre code, sous une forme aisément reconnaissable, et notamment sur l'instrument de paiement ou sur un objet ou un document conservé ou emporté par le payeur avec l'instrument de paiement, ainsi que le fait de ne pas avoir notifié au prestataire de services de paiement, ou à l'entité indiquée par celui-ci, la perte ou le vol, dès qu'il en a eu connaissance» (art. 37, § 3, al. 2, de la LSP). Ces hypothèses ne sont toutefois pas

⁶⁰ Article 77 de la LSP.

⁶¹ *M.B.*, 15 janvier 2010. Pour un commentaire de cette loi, voy. J. FELD, «Le paiement électronique à la lumière de la nouvelle loi sur les services de paiement», *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 63 et s.; R. STEENNOT, «Girale en elektronische betalingen», *NjW*, 2010, pp. 518 et s.; R. STEENNOT et T. BAES, «Wet op betalingsdiensten: bescherming of overbescherming?», *B.F.R.*, 2010, pp. 208 et s.; H. JACQUEMIN, «Les paiements électroniques dans les contrats à distance depuis la loi du 10 décembre 2009», *R.D.T.I.*, 2010/41, pp. 5 et s.; C. ALTER, «Le paiement électronique», *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 95 et s.

⁶² Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, *J.O.*, n° L 319 du 5 décembre 2007. Cette directive est également transposée par la loi du 21 décembre 2009 relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement, *M.B.*, 19 janvier 2010, et la loi du 22 décembre 2009 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et instaurant l'action en cessation des infractions à la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement, *M.B.*, 19 janvier 2010.

⁶³ C'est en effet sur lui que repose la charge de prouver la fraude, l'intention ou la négligence grave (art. 37, § 3, al. 1^{er}, de la LSP).

⁶⁴ Article 37, § 1^{er}, al. 2, de la LSP.

constitutives d'une présomption de négligence grave, celle-ci devant être établie à la lumière des circonstances de l'espèce⁶⁵.

Un exemple récent est également fourni par un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 23 juin 2011⁶⁶. Dans cette affaire, deux cartes bancaires (de débit) sont volées dans une chambre d'hôtel en Italie et des opérations de retrait ou de paiement sont réalisées pour un montant de plus de 2.500 EUR. Les titulaires des cartes postulent l'intervention de leur banque, qui refuse pourtant de les indemniser, estimant qu'ils auraient commis une négligence grave (en laissant les instruments de paiement sans surveillance dans la chambre d'hôtel et en rendant le numéro d'identification personnel ou le code aisément accessible). La cour d'appel retient les arguments de la Banque et juge, de manière assez sévère, que les demandeurs ont commis une négligence grave «en laissant leurs cartes bancaires sans surveillance dans une chambre d'hôtel, qui est un lieu accessible à diverses personnes, dans les circonstances décrites ci-avant».

20. Partage de responsabilité entre le prestataire de service de paiement et le commerçant en cas d'opérations de paiement non autorisées. Dans l'hypothèse où le payeur est exonéré de tout ou partie des conséquences financières résultant d'une opération de paiement non autorisée (et doit donc être remboursé), la question se pose de savoir qui, du prestataire de service de paiement ou du commerçant, devra finalement supporter cette perte (partant du principe que l'auteur de la fraude n'a pas été identifié).

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 10 mars 2009 permet d'apporter des éléments de réponse⁶⁷. Dans cette affaire, un éditeur est victime de librairies localisées à Abidjan (en Côte d'Ivoire) qui lui achètent des dictionnaires pour un montant cumulé de plus de 20.000 EUR. Chaque fois, l'éditeur introduit une demande d'autorisation auprès de Bank Card Company (BCC, actuellement, Atos Worldline) et celle-ci lui est accordée. Le lendemain de la dernière autorisation, les transactions sont cependant annulées au sein de BCC en raison d'une suspicion de fraude. Le compte internet de l'éditeur auprès de BCC est par conséquent en débit, et celle-ci lui réclame le montant en souffrance – près de 8.500 EUR – augmenté des intérêts conventionnels et de la clause pénale. Pour procéder de la sorte, BCC se fonde sur les conditions générales qui régissent sa relation contractuelle avec le commerçant et qui disposent que «la société pourra, à tout moment, débiter le compte interne du commerçant sans limite de temps, notamment dans les cas suivants: [...] lorsque le titulaire de la carte conteste la vente, la livraison de la marchandise ou l'exécution des services couverts par la facturette»⁶⁸. Aussi la cour fait-elle peser le risque de la malveillance et de l'utilisation non autorisée de la carte de crédit sur le commerçant lui-même (à charge pour lui de se retourner contre le fraudeur – étant entendu que ses chances de succès seront généralement très minces). Dans la ligne de sa jurisprudence antérieure, elle juge

⁶⁵ Voy. l'article 37, § 3, *in fine*: «pour l'appréciation de la négligence, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de fait. La production par le fournisseur de services de paiement des enregistrements visés à l'article 35 et l'utilisation de l'instrument de paiement avec le code connu du seul utilisateur de services de paiement ne constituent pas une présomption suffisante de la négligence de celui-ci».

⁶⁶ D.C.C.R., 2012/95, p. 120, note R. STEENNOT. On note que cet arrêt est rendu sur la base de la LTEF. Il confirme Comm. Bruxelles, 27 novembre 2006, *Dr. Banc. Fin.*, 2006, p. 137.

⁶⁷ Bruxelles, 10 mars 2009, *Dr. Banc. Fin.*, 2009, p. 173, note R. STEENNOT.

⁶⁸ Pour des applications de ces conditions, voy. aussi la jurisprudence, en grande partie inédite, citée par P. DE JONCKHEERE, dans sa note sous Bruxelles, 29 janvier 2009, *R.D.C.*, 2011, p. 291.

en effet qu'«en ce qui concerne les transactions par Internet, tout commerçant en connaît ou doit en connaître les risques, dès lors qu'il utilise un système de paiement par carte de crédit. Si le commerçant ne veut pas courir un tel risque, il lui suffit de ne pas accepter une commande à distance effectuée au moyen des cartes Visa ou Eurocard-Mastercard. Il doit être conscient du risque lié à ce type d'instrument»⁶⁹. En définitive, l'autorisation délivrée par BCC signifie uniquement qu'il n'y a pas d'opposition à la transaction en raison de la perte ou du vol de la carte ou parce que la ligne de crédit aurait été dépassée.

Dans un autre litige, opposant également un commerçant à BCC, ce dernier lui reproche de ne pas avoir mis en place un système dans lequel le nom du titulaire de la carte devrait être introduit, permettant ainsi de révéler qu'il diffère du nom réel pour refuser la transaction. En première instance, le tribunal de commerce de Bruxelles avait donné raison au commerçant en se fondant sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions, le risque de malversation ayant été rendu possible par l'insuffisance du système de vérifications de BCC. Le 29 janvier 2009, la cour d'appel de Bruxelles réforme cependant le jugement *a quo* pour décider que le manquement à l'exécution de bonne foi n'est pas établi⁷⁰. Elle relève en effet que les noms du titulaire de la carte ne sont pas communiqués à BCC (dans le cas d'espèce, les informations étaient transmises à un tiers – Ogone – qui, en vertu d'un contrat distinct conclu avec le commerçant, lui fournissait le système informatique). La cour ajoute d'ailleurs que «dès lors que le fraudeur pourrait parfaitement utiliser l'identité exacte du titulaire de la carte, il ne peut être fait grief à BCC de ne pas exiger dans son protocole de contrôle des cartes de crédit, la communication des noms et prénoms de la personne se présentant auprès du commerçant affilié comme étant le titulaire de la carte». Le commerçant est dès lors condamné à payer les sommes litigieuses à BCC (en l'occurrence, plus de 33.000 EUR), comme le prévoient les conditions générales de cette dernière. La cour réduit cependant le taux d'intérêt conventionnel de 12 à 9%.

Le partage de responsabilité entre le prestataire de service de paiement et le commerçant (bénéficiaire du service de paiement) en cas d'opération de paiement non autorisée n'étant pas réglé par la LSP, il convient de s'en remettre aux dispositions contractuelles prévues par les parties. En général, le prestataire aura pris le soin de faire peser le risque de ces opérations sur le commerçant. À moins que ce dernier dispose d'un pouvoir de négociation suffisant pour imposer conventionnellement un autre partage de responsabilité, il devra généralement supporter les pertes qui en résultent. Aussi faut-il lui conseiller, en tout cas pour les opérations dépassant un certain montant, de convenir avec son prestataire de services de paiement de la mise en place de dispositifs sécurisés permettant de garantir l'authentification du payeur avec un niveau élevé de certitude, voire de procéder lui-même à des vérifications de l'identité du payeur ou de refuser le paiement par carte de crédit, en exigeant un virement international.

⁶⁹ En ce sens, voy. aussi Bruxelles, 19 juin 2008, *D.A. O.R.*, 2009/90, p. 167, note A. VANDOOLAEGHE, *R.D.C.*, 2010, p. 117, note M. DELIERNEUX et J.-P. BUYLE. Cet arrêt fait également l'objet d'un commentaire dans la précédente chronique: E. MONTERO, «Chronique de jurisprudence...», *op. cit.*, pp. 18-19, n° 12.

⁷⁰ Bruxelles, 29 janvier 2009, *R.D.C.*, 2011, p. 291, note P. DE JONCKHEERE.

E. Signature électronique

21. Jurisprudence en matière de formalisme administratif. La période sous revue se signale par une abondante jurisprudence relative au contentieux de la signature électronique. Le fait est suffisamment rare pour mériter d'être relevé, même si les décisions ne ressortissent pas comme telles à la matière du commerce électronique. Les contestations se sont élevées en réalité dans le contexte de recours contre des décisions administratives de refus d'accès au territoire ou d'éloignement d'étrangers. Pareilles décisions sont susceptibles de recours en annulation en cas de non-respect de quelque forme substantielle. Or, l'Office des étrangers a mis au point un système de signature électronique aussi original qu'inattendu. Celle-ci résulte de la numérisation de la signature manuscrite du fonctionnaire compétent. Pratiquement, cette dernière est scannée et l'image numérique ainsi obtenue est insérée dans les documents électroniques contenant les décisions relatives aux étrangers. Les originaux des décisions sont conservés uniquement sous forme électronique. L'envoi d'une copie imprimée du document d'origine, revêtue d'une copie de la signature manuscrite scannée, tient lieu de notification des décisions aux intéressés. Ces derniers ont eu beau jeu de contester la validité des décisions de refus d'accès ou d'éloignement en arguant qu'elles n'étaient pas valablement signées⁷¹.

En un premier temps, le Conseil d'État se laisse convaincre par les arguments du requérant et conclut, dans un arrêt du 8 mai 2009, que la décision attaquée est entachée d'une irrégularité formelle⁷². Par la suite, l'Office des étrangers a peaufiné sa démonstration de la fiabilité du procédé de signature en question et obtenu du Conseil du contentieux des étrangers qu'il valide des décisions contestées. Ainsi en est-il dans son arrêt du 19 novembre 2009⁷³, dont la motivation est particulièrement élaborée et auquel se réfèrent de nombreux arrêts ultérieurs⁷⁴.

22. Le sort de la signature manuscrite numérisée ? On retiendra, en substance, que la signature manuscrite scannée qui figure sur la décision peut être regardée comme une signature électronique « ordinaire » au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 9 juillet 2001⁷⁵ dans la mesure où l'on a bien affaire à « une donnée sous forme électronique » (en l'occurrence, l'image numérique de la signature manuscrite du fonctionnaire) « jointe à d'autres données électroniques » (le fichier contenant la décision administrative) « et servant de méthode d'identification » (voir ci-après).

Pareille signature bénéficie à tout le moins du principe dit « de non-discrimination » (cf. l'art. 4, § 5, de la loi du 9 juillet 2001), dont il résulte qu'une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique ni refusée comme preuve en justice au *seul* motif qu'elle n'est qu'une signature électronique ordinaire, ne satisfaisant pas à toutes les conditions de la signature qualifiée. Qui plus est, elle peut être considérée comme l'équivalent d'une signature manuscrite eu égard au fait que le signataire de la décision est identifiable (sa signature étant associée à son nom figurant en toutes lettres à côté de la signature scannée intégrée au bas du document) et que

⁷¹ Pour un commentaire de cette jurisprudence, voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A. O.R.*, 2011/98, pp. 231 et s.

⁷² Arrêt du Conseil d'État du 8 mai 2009, n° 193.106.

⁷³ Conseil du contentieux des étrangers, 19 novembre 2009, n° 34364.

⁷⁴ Cf. les décisions citées par E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », étude précitée, spéc. notes 6 et 7.

⁷⁵ Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 juillet 2001, p. 33070.

le document reprenant la décision est conservé en manière telle que son intégrité est parfaitement garantie. Il ressort en effet d'une note décrivant le fonctionnement du système de signature scannée utilisé par l'Office des étrangers (dénommé « Evibel ») que ledit système permet d'assurer que seul le fonctionnaire compétent peut accéder à l'image numérique de sa propre signature pour signer un document électronique. Bref, aux yeux du Conseil du contentieux des étrangers, il est démontré à suffisance que le système Evibel est fiable et qu'une fois la décision prise, elle ne peut être modifiée. On note, enfin, que la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ne prévoit pas que la notification adressée à l'étranger doit être signée. Il suffit que l'intéressé reçoive une copie de la décision administrative (art. 62)⁷⁶.

23. Quid d'une signature créée par la carte d'identité électronique? Un jugement du tribunal de première instance de Hasselt mérite aussi d'être épinglé⁷⁷. En l'espèce, un contribuable introduit une déclaration fiscale via Tax-on-web. Le montant des frais professionnels n'ayant curieusement pas été enregistré dans le système, il n'en est pas tenu compte dans le calcul de l'imposition. Après réception de son avertissement-extrait de rôle, le contribuable introduit une réclamation via le service de « recommandé hybride » de Certipost. Celle-ci est déclarée irrecevable par le directeur régional au motif qu'elle n'est pas signée comme elle aurait dû l'être en tant qu'acte de procédure. À juste titre, ce point de vue n'est pas suivi par le tribunal. Depuis les lois de réforme du contentieux fiscal des 15 et 23 mars 1999, le directeur a en effet perdu sa fonction juridictionnelle de sorte que la réclamation introduite auprès de lui n'est plus un acte de procédure. Le tribunal évite ainsi de se prononcer sur le fond. Cela étant, on peut considérer que la réclamation était valablement signée étant donné qu'elle était revêtue d'une signature électronique créée par la carte d'identité électronique du contribuable. En effet, cette dernière met en œuvre une signature numérique à double clé cryptographique certifiée censée remplir les conditions de la signature qualifiée et, à ce titre, bénéficier du régime d'assimilation de plein droit à la signature manuscrite (art. 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001).

F. Responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet

24. Propos liminaire. Au cours de la période 2009-2011, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée, pour la première fois, à se prononcer en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet. Il y a ainsi lieu de relever trois arrêts importants, auxquels s'ajoute un quatrième en début d'année 2012 (hors chronique).

Il est vrai que les cours et tribunaux de l'Union européenne, en général, et de Belgique, en particulier, ont été confrontés à deux difficultés majeures dans l'interprétation du dispositif relatif à

⁷⁶ Remarquons qu'une loi du 15 février 2012 (*M.B.*, 7 mars 2012, p. 14.089) a inséré un paragraphe 6 dans 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. Ce nouveau paragraphe prévoit que la signature du titulaire de certificat peut être matérialisée (c'est-à-dire imprimée sur papier) par un équivalent satisfaisant aux exigences visées à l'article 2, alinéa 2, 2° (définition de la signature électronique *avancée*). Pour une explication de cette disposition, voy. proposition de loi modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques, le recommandé électronique et les services de certification, 13 juillet 2011, rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture, par K. UYTTERSROT, *Doc. parl.*, session 2010-2011, Ch. repr., n° 53 1450/004.

⁷⁷ Civ. Hasselt, 28 janvier 2010, *Cour. fisc.*, 2010, liv. 4, p. 363.

la responsabilité des prestataires intermédiaires de l'internet. La première concerne la question de savoir si le prestataire de services web 2.0 (sites de partage de contenus, places de marché électroniques, wikis, blogs, réseaux sociaux...) peut bénéficier de l'exonération de responsabilité – sous conditions – prévue pour l'activité d'hébergement (1). La seconde concerne la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un intermédiaire en vue de prévenir ou faire cesser une violation, notamment d'un droit intellectuel (2).

Par ailleurs, la jurisprudence sous examen livre des précisions intéressantes en ce qui concerne l'obligation de collaboration des prestataires intermédiaires (3).

1. L'hébergement virtuel

25. Position du problème. Adoptée en 2000, la directive sur le commerce électronique a conçu le système de responsabilité des prestataires intermédiaires en fonction du contexte de l'époque (sites web de première génération), sans anticiper l'avènement et le formidable essor du Web 2.0. Comme l'on sait, l'internaute joue désormais un rôle central dans le processus de création et de diffusion en ligne des contenus. D'où une double question qui a divisé la doctrine et la jurisprudence.

Primo, la notion d'hébergement s'entend-elle dans un sens exclusivement technique, comme couvrant le seul *stockage matériel* de sites web, ou peut-elle s'appliquer aussi au *stockage virtuel* de contenus fournis par des tiers tels les messages postés dans un forum de discussion, les commentaires glissés dans un blog, les contributions apportées à un wiki, les annonces publiées sur une plateforme de commerce électronique, les vidéos téléchargées sur un site de partage... ? En effet, le titulaire ou gestionnaire de pareils services n'est pas nécessairement celui qui héberge techniquement (i.e. dans l'espace mémoire de ses machines) le site. Comme on le verra, on peut néanmoins estimer qu'il stocke, à la demande des destinataires du service, des informations fournies par ceux-ci et, partant, exerce une activité visée par l'article 14 de la directive (art. 20 de la LSSI), lequel définit l'hébergement comme « un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ».

Secundo, une caractéristique des prestataires 2.0. est qu'ils exercent, en sus du stockage des contenus fournis par les usagers, une série d'autres activités : conception et gestion du site, mise au point de l'interface organisationnelle et graphique, création et/ou édition de contenus... D'où l'opinion émise en doctrine et suivie par une certaine jurisprudence, surtout française, suivant laquelle l'ensemble des services fournis dépassant le cadre d'un simple stockage pour le compte de tiers, les prestataires concernés ne peuvent prétendre au bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement.

Que faut-il en penser à la lumière de la jurisprudence récente⁷⁸ ?

⁷⁸ Pour d'autres développements, voy. E. MONTERO, « Le domaine de l'internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité civile. Domaines choisis*, CUP, n° 119, Bruxelles, Anthemis, 2010, pp. 185 et s., spéc. nos 20 à 40.

26. Service de référencement payant. C'est dans un arrêt du 23 mars 2010 que, pour la première fois, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de se prononcer sur la notion d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31⁷⁹.

Au centre des trois affaires qui ont amené la Cour de cassation de France à poser plusieurs questions préjudicielles à la C.J.U.E.⁸⁰, se trouve le fameux système d'annonces publicitaires « AdWords » de Google. On ne revient pas sur les controverses relatives à la légalité de la sélection de mots clés correspondant à des marques. Seul intéresse ici notre propos le fait qu'aux yeux de la haute Cour, le service de référencement payant de Google constitue bel et bien un service de la société de l'information et, plus précisément, un service d'hébergement. Toutefois, ajoute-t-elle, pour pouvoir, à ce titre, bénéficier du régime dérogatoire de l'article 14 de la directive 2000/31, encore faut-il s'assurer que « le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »⁸¹. Il est naturellement renvoyé à la juridiction nationale, invitée à analyser les modalités concrètes du fonctionnement du système AdWords, pour apprécier si, *in casu*, le prestataire du service de référencement payant joue un rôle actif ou non vis-à-vis des données stockées.

27. Place de marché électronique. Dans le cadre d'une affaire opposant L'Oréal à eBay, la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie, pour la première fois, de la question de savoir si eBay pouvait bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement en ce qui concerne les annonces relatives à des offres de vente postées sur sa plateforme. Par un arrêt du 12 juillet 2011, elle répond sans surprise par l'affirmative, considérant que la célèbre place de marché électronique effectue un stockage des données fournies par ses clients chaque fois qu'ils ouvrent un compte vendeur auprès d'elle et postent les données de leurs offres de vente⁸². Dans la ligne de l'arrêt *Google*, la haute Cour confirme également que l'article 14, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique ne trouve à s'appliquer que si le prestataire de service est un « prestataire intermédiaire » au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive, *quod non* lorsque le prestataire du service, « au lieu de se limiter à une fourniture neutre de celui-ci au moyen d'un traitement purement technique et automatique des données fournies par ses clients, joue un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle de ces données »⁸³.

Notons aussi qu'il semble désormais acquis que la circonstance qu'un prestataire exerce plusieurs activités n'empêche nullement qu'il bénéficie de l'exonération de responsabilité pour le stockage des contenus fournis par les destinataires du service, au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique, tout en devant assumer pour les autres activités une responsabilité appréciée à l'aune du droit commun.

⁷⁹ C.J.U.E. (gde ch.), 23 mars 2010, *Google France et Google*, aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, *Rec.*, p. I-2417.

⁸⁰ Cass. fr. (com), 20 mai 2008, trois arrêts, *Google contre Viaticum, Luteciel; Google contre Louis Vuitton Malletier; Google contre CNRRH et autres*.

⁸¹ §§ 112 et 113.

⁸² C.J.U.E. (gde ch.), 12 juillet 2011, *L'Oréal et autres contre eBay*, *R.D.T.I.*, n° 45, 2011, p. 151 et note S. DUSOLLIER et E. MONTERO.

⁸³ Arrêt *eBay*, §§ 111 à 113.

À propos du critère de neutralité formulé par la Cour, il est rappelé, à juste titre, que « le simple fait que l'exploitant d'une place de marché en ligne stocke sur son serveur les offres à la vente, fixe les modalités de son service, est rémunéré pour celui-ci et donne des renseignements d'ordre général à ses clients ne saurait avoir pour effet de le priver des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 »⁸⁴. En revanche, dès l'instant où « ledit exploitant a prêté une assistance, laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres », il y a lieu d'estimer qu'il n'a pas occupé une position neutre entre le client vendeur et les acheteurs potentiels et ne peut dès lors se prévaloir de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive 2000/31⁸⁵. Il est renvoyé à la juridiction nationale pour déterminer si ces circonstances se vérifient *in casu*.

28. Forums de discussion. Le concept d'hébergement est aussi au cœur de plusieurs décisions de justice belges relatives à des forums de discussion. Il est généralement admis que l'exonération prévue pour l'hébergement peut être reconnue au gestionnaire d'un forum de discussion (ou d'un blog) en ce qui concerne les messages postés par les internautes⁸⁶.

C'est donc de façon contestable que la cour d'appel de Bruxelles a dénié le statut d'hébergeur au gestionnaire d'un forum de discussion créé au sein du site web géré par une association étudiante au motif que le stockage technique du site était assuré par un tiers qui, seul, pouvait bénéficier de cette qualité⁸⁷. En l'espèce, divers messages postés par des étudiants avaient été jugés diffamatoires par les enseignantes visées. Seule est en définitive appréciée, à l'aune du droit commun, la responsabilité du modérateur du forum. La cour conclut à l'absence de faute dans son chef étant donné qu'il a pu considérer que les propos incriminés ne justifiaient pas une censure de sa part. En effet, aux yeux des juges, le forum étant fréquenté par des étudiants s'adressant à d'autres étudiants de la même faculté, la verdeur du vocabulaire employé n'a pas lieu de surprendre, *a fortiori* en période de blocus. Ils ajoutent que le visiteur étranger ne peut raisonnablement pas prendre pour argent comptant les propos échangés sur ce lieu de discussion virtuel comparable à un cercle d'étudiants ou un café. Quant aux personnes visées, elles ne pouvaient ignorer que leur fonction les exposait à la raillerie des étudiants, particulièrement en période d'examens.

Dans une autre affaire, le tribunal de première instance d'Anvers a considéré que l'exploitant d'un forum de discussion ouvert à ses participants sans contribution financière n'était pas *directement* visé par la LSSI mais pouvait néanmoins bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue pour l'hébergement, à la faveur d'un raisonnement par analogie⁸⁸.

⁸⁴ Arrêt *eBay*, § 115. Rapp. arrêt *Google*, § 116.

⁸⁵ Pour un commentaire plus fouillé de cet arrêt, voy. S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire: le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », note précitée, pp. 170 et s.

⁸⁶ Pour un développement à ce sujet, Z. KARAMBIRI, « Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs », *R.D.T.I.*, n° 36, 2009, pp. 29-61; J. FELD, « Forums de discussion: espaces de libertés sous haute responsabilité », note sous Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009 et Bruxelles (9^e ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, pp. 106-120. E. MONTERO, « Le domaine de l'internet: réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *op. cit.*, spéc. n°s 35 à 38 et E. MONTERO, « Les responsabilités liées aux Web 2.0 », *R.D.T.I.*, n° 32, 2008, pp. 369 et s.

⁸⁷ Bruxelles (9^e ch.), 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, 2010, p. 102, note J. FELD.

⁸⁸ Civ. Anvers (5^e ch.), 3 décembre 2009, *A&M*, 2010, p. 560, note B. VAN BESJEN.

2. Injonctions judiciaires

29. Position du problème. L'on sait qu'il est loisible aux utilisateurs de l'internet et aux tiers (notamment les titulaires de droits de propriété industrielle et intellectuelle) de saisir une juridiction aux fins d'obtenir qu'elle enjoigne à un prestataire intermédiaire de prévenir ou de faire cesser une violation. Cette possibilité, déjà inscrite dans la directive 2000/31⁸⁹ et réaffirmée dans les directives 2001/29⁹⁰ et 2004/48⁹¹, a suscité un important débat concernant la nature des mesures susceptibles d'être prises à l'encontre des intermédiaires⁹².

Deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne apportent quelque éclairage sur cette question délicate.

30. Quelles mesures ? Le premier arrêt en date du 12 juillet 2011 a été rendu dans le cadre de l'affaire *L'Oréal contre eBay*, évoquée plus haut. Il en ressort que les injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre de l'intermédiaire, sur la base des dispositions nationales prises en vertu de l'article 11 de la directive 2004/48, doivent respecter non seulement les limitations découlant de cette directive, mais aussi les autres sources de droit auxquelles celle-ci fait référence⁹³.

En substance, il découle des divers textes applicables que les mesures doivent être non seulement effectives et dissuasives, mais aussi équitables et proportionnées, sans se révéler excessivement coûteuses. En outre, elles ne peuvent consister en une obligation générale de surveillance prohibée par l'article 15 de la directive 2000/31 et, enfin, elles doivent assurer un juste équilibre entre les droits et libertés, ce qui implique de mettre en balance la protection due aux droits de propriété intellectuelle, d'une part, et celle due aux données à caractère personnel et à la liberté d'expression, d'autre part.

Pour les besoins du cas d'espèce, la haute juridiction européenne se risque à donner deux exemples. Ainsi, l'exploitant de la place de marché électronique pourrait être contraint de suspendre, par la clôture de son compte, l'auteur de l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle, afin de prévenir de nouvelles atteintes de même nature par le même commerçant aux mêmes marques⁹⁴. Ainsi encore, afin de garantir un droit de recours effectif contre les auteurs des atteintes par l'intermédiaire de la place de marché électronique, il pourrait être enjoint à l'exploitant de celle-ci de prendre des mesures facilitant l'identification de ses clients vendeurs⁹⁵. Cette solution n'est toutefois pas toujours envisageable⁹⁶.

⁸⁹ Articles 12, § 3, 13, § 2, et 14, § 3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique.

⁹⁰ Article 8, § 3, et considérant n° 59 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.*, n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

⁹¹ Article 11 ainsi que les considérants 22 et 23 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, n° L 195 du 2 juin 2004, p. 16.

⁹² À ce sujet, E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet: la quadrature du cercle? », *R.L.D.I.*, n° 61, juin 2010, pp. 86-99.

⁹³ Arrêt *eBay*, § 138.

⁹⁴ Arrêt *eBay*, § 141.

⁹⁵ Arrêt *eBay*, § 142.

⁹⁶ Pour d'autres précisions et commentaires, nous nous permettons de renvoyer à S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire: le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », note précité, pp. 186 et s.

31. Quid des mesures de filtrage ? En Belgique, la question de la portée des injonctions s'était présentée avec une acuité particulière dans l'affaire opposant la Sabam au fournisseur d'accès Tiscali (devenu Scarlet). Nous renvoyons à cet égard à la précédente chronique⁹⁷.

Saisie sur questions préjudicielles posées par la cour d'appel de Bruxelles⁹⁸, la Cour de justice de l'Union européenne était invitée à se prononcer sur la licéité au regard du droit européen de la mesure de filtrage sollicitée par la société belge de gestion des droits d'auteurs.

Pour rappel, la Sabam entendait obtenir la condamnation de Tiscali (Scarlet) à faire cesser les atteintes aux droits d'auteurs portant sur les œuvres musicales appartenant à son répertoire du fait de l'échange non autorisé de fichiers musicaux, réalisé grâce à des logiciels *peer-to-peer* (P2P) par le biais des services du fournisseur d'accès.

Sans surprise, la Cour a mis son veto à l'imposition d'une mesure généralisée de filtrage à l'encontre du fournisseur d'accès⁹⁹. Cette appréciation a été ensuite confirmée dans le cas d'une semblable mesure préconisée à l'encontre d'un hébergeur¹⁰⁰.

Aux yeux de la Cour, pareille mesure de filtrage, généralisée et non limitée dans le temps, en ce qu'elle obligerait l'intermédiaire à procéder à une surveillance active de la totalité des communications électroniques réalisées sur son réseau, serait incompatible non seulement avec le principe d'interdiction des obligations générales de surveillance¹⁰¹, mais aussi avec le principe suivant lequel les mesures doivent être équitables et proportionnées, sans se révéler excessivement coûteuses¹⁰². Par ailleurs, la mesure critiquée ne préserverait pas un juste équilibre entre la protection due aux droits des titulaires de droits d'auteur, d'une part, et celle due à la liberté d'entreprise des fournisseurs d'accès, aux données à caractère personnel des clients du fournisseur d'accès concerné et à la liberté d'expression de ces derniers, d'autre part¹⁰³.

Enfin, l'imposition de la mesure préconisée par la Sabam « risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite. En effet, il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépend également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés »¹⁰⁴.

On ne saurait naturellement déduire des deux arrêts commentés que toute mesure de filtrage, fût-elle ciblée et ponctuelle, serait interdite par le droit européen.

⁹⁷ E. MONTERO, « Droit du commerce électronique – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, pp. 23 et s., n° 18.

⁹⁸ Bruxelles (9^e ch.), 28 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 176.

⁹⁹ C.J.U.E. (3^e ch.), 14 novembre 2011, *Scarlet contre Sabam*, aff. C-70/10.

¹⁰⁰ C.J.U.E. (3^e ch.), 16 février 2012, *Sabam contre Netlog*, aff. C-360/10.

¹⁰¹ Article 15 de la directive 2000/31.

¹⁰² Article 3 de la directive 2004/48.

¹⁰³ Pour d'autres précisions et commentaires, voy., entre autres, D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet contre Sabam*: la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, n° 46, 2012, pp. 33-65.

¹⁰⁴ Arrêt *Scarlet*, § 52; arrêt *Netlog*, § 50.

Toujours est-il que la cour d'appel d'Anvers n'a pas hésité à imposer à des fournisseurs d'accès la mise en œuvre d'une mesure de blocage DNS rendant impossible l'accès à une liste limitative de noms de domaine¹⁰⁵. L'affaire opposait la Fédération belge contre le piratage aux fournisseurs d'accès Telenet et Belgacom. Il était demandé de leur enjoindre de bloquer l'accès à une série de noms de domaine renvoyant vers le site *The Pirate Bay*, une plateforme dédiée à l'échange de Torrents, permettant notamment l'échange de fichiers entre internautes en violation de leurs droits d'auteurs.

Il est intéressant de noter que les juges anversoises ont décliné l'invitation, formulée par les défendeurs, de surseoir à statuer afin de pouvoir tenir compte des enseignements livrés par la C.J.U.E. dans les affaires *Scarlet* et *Netlog*. Ce refus indique que, pour la cour d'appel d'Anvers, l'affaire à trancher n'était pas comparable à celles portées devant la haute Cour européenne. L'ordre de bloquer un site spécifique ne paraît pas heurter, il est vrai, le principe qui interdit d'imposer une obligation générale de surveillance.

3. *Obligation de collaboration des prestataires intermédiaires*

32. Qui peut obtenir les informations permettant d'identifier les auteurs des infractions ? Dans une affaire déjà commentée dans la chronique précédente, se posait la question de savoir qui peut obtenir, sur pied du second alinéa de l'article 21, § 2, de la LSSI, les informations permettant d'identifier les auteurs d'infractions commises en ligne¹⁰⁶. Pour rappel, une société de construction et un architecte avaient découvert que plusieurs internautes, s'exprimant sous pseudonymes, avaient tenu des propos estimés calomnieux et injurieux à leur égard sur le forum du site web de l'association Test-Achats.

Par une ordonnance du 23 juin 2008, il est fait droit à la requête unilatérale introduite par la société lésée auprès du président du tribunal de commerce de Liège aux fins d'obtenir la production par Test-Achats des informations en sa possession concernant l'identité, les coordonnées, les adresses TCP/IP et les logs des auteurs des messages postés sous pseudonymes. L'association Test-Achats est condamnée à produire les informations réclamées, dans les deux jours de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard.

Le 30 juillet 2008 est rendue une nouvelle ordonnance qui rejette la tierce opposition formée par l'association de consommateurs et condamne cette dernière à produire les informations demandées.

Cette décision est réformée par la cour d'appel de Liège le 22 octobre 2009¹⁰⁷. Il ressort de cet arrêt que l'article 21, § 2, alinéa 2, impose au prestataire de communiquer aux seules « autorités judiciaires et administratives compétentes » et « à leur demande » les informations dont ils disposent et qui sont « utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ». Par conséquent, poursuit l'arrêt, la disposition en question « ne fonde aucun droit subjectif dans le chef d'une personne physique ou morale autre que lesdites autorités, à obtenir les informations en cause, que ce soit directement, par une injonction immédiate à l'égard du prestataire, ou encore indirectement, via une rétrocession des informations par l'autorité judiciaire ou administrative, procédure non prévue par cette disposition ».

¹⁰⁵ Anvers (1^{re} ch.), 26 septembre 2011, *R.A.B.G.*, 18/2011, p. 1269, note P. VAN ECKE et A. FIERENS.

¹⁰⁶ E. MONTERO, « Droit du commerce électronique – Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, pp. 27 et s., n° 20.

¹⁰⁷ Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, 2010, p. 95 et note J. FELD, *R.R.D.*, 2009, p. 78.

Enfin, par un arrêt en date du 16 juin 2011, la Cour de cassation confirme cette analyse et rejette dès lors le pourvoi formé contre l'arrêt *a quo*¹⁰⁸.

Cette interprétation de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI donnée par la Cour de cassation paraît justifiée¹⁰⁹. En effet, cette disposition permet aux seules autorités judiciaires et administratives compétentes d'obtenir communication des données nécessaires à la poursuite des auteurs d'infractions. Par ailleurs, il convient de mettre en balance les droits respectifs des parties impliquées : d'un côté, le droit à l'honneur et à la bonne réputation des victimes des propos litigieux ainsi que leur droit à un recours juridictionnel effectif, de l'autre, le droit à la protection de la vie privée des auteurs desdits propos. Or, les données réclamées pouvant être regardées comme des données à caractère personnel concernant une personne physique identifiée ou identifiable, l'accès à celles-ci et leur communication constituent un traitement soumis aux exigences de la loi du 8 décembre 1992 (légalité, légitimité, proportionnalité). Il en découle que, dans la mesure où l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI peut conduire, par exception, à restreindre la protection due à la vie privée, il doit faire l'objet d'une interprétation stricte. Il s'en suit qu'en l'état actuel de sa rédaction, cette disposition ne peut fonder le droit pour la victime des propos litigieux d'obtenir communication des informations nécessaires aux fins d'introduire une action en réparation.

Rien n'empêche toutefois, *de lege ferenda*, moyennant une reformulation de la disposition en question, d'octroyer un tel droit subjectif aux victimes, pourvu que soit préservé un équilibre entre les droits fondamentaux en conflit¹¹⁰. Les arrêts *Promusicae* et *Bonnier Audio AB* de la Cour de justice de l'Union européenne peuvent être cités, *mutatis mutandis*, à l'appui de cette opinion¹¹¹.

II. DROITS INTELLECTUELS

A. Droit d'auteur

Amélie DE FRANQUEN¹¹²

Sandrine HALLEMANS¹¹³

Caroline KER¹¹⁴

Myriam Tonssira SANOU¹¹⁵

1. Conditions de la protection par le droit d'auteur

33. Notion d'originalité. Alors que la notion d'originalité n'est pas définie par le droit communautaire¹¹⁶, la C.J.U.E. en a récemment livré une définition en application du principe d'interpré-

¹⁰⁸ Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, n° 47, 2012, p. 69 et note H. JACQUEMIN.

¹⁰⁹ Cf. H. JACQUEMIN, « Qui peut obtenir les informations permettant de rechercher et de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, précitée, pp. 74 et s., spéc. pp. 77-78, n° 9.

¹¹⁰ Pour une suggestion en ce sens, voy. H. JACQUEMIN, note précitée, pp. 79 et s., n° 12.

¹¹¹ C.J.U.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae* et C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*.

¹¹² Assistante aux FUNDP et avocate au barreau de Bruxelles.

¹¹³ Chercheuse au CRIDS.

¹¹⁴ Chercheuse au CRIDS.

¹¹⁵ Chercheuse au CRIDS et doctorante aux FUNDP.

¹¹⁶ Seule l'originalité des programmes d'ordinateur et des bases de données était définie comme étant la caractéristique d'une « création propre à l'auteur » par la directive 91/250 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et la directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données.