

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Contrats de l'informatique et commerce électronique

Bourguignon, Camille; HUBIN, JEAN-BENOIT; Limbree, Pauline; Vanstechelman, Emilie

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Bourguignon, C, HUBIN, JEAN-BENOIT, Limbree, P & Vanstechelman, E 2021, 'Contrats de l'informatique et commerce électronique', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 82-83, p. 9-43.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

2018-2020

I. CONTRATS DE L'INFORMATIQUE ET COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Camille BOURGUIGNON¹, Jean-Benoît HUBIN², Pauline LIMBRÉE³ et Emilie VANSTECHELMAN⁴

1. Plan des développements. Cette partie de la chronique examine les décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2018 et le 31 décembre 2020 dans le domaine des contrats de l'informatique et du commerce électronique.

A. Contrats de l'informatique

1. Formation du contrat : l'obligation d'information

2. Introduction. Selon l'alinéa 3 de l'article 1134 de l'ancien Code civil⁵, les parties à une convention sont tenues par une obligation de bonne foi.

Sur la base de cette obligation d'ordre général, la jurisprudence (soutenue par la doctrine) a dégagé le devoir d'information au stade précontractuel. Celui-ci est expressément consacré dans les propositions de loi portant insertion, dans le Code civil, du livre 5 « Les obligations »⁶.

3. Les trois modalités particulières du devoir d'information. L'obligation d'information se décline généralement en trois modalités particulières, que sont les devoirs de renseignement, de conseil et de mise en garde. Dans le domaine de l'informatique, ce trio a connu un essor particulièrement remarquable⁷.

L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles⁸ du 14 mai 2020 en livre une illustration. Dans cette affaire, une société, spécialisée dans le domaine électrique, a conclu une convention avec un prestataire informatique afin de renouveler son système « E.R.P. » (« Entreprise Ressource Planning »). Celle-ci portait sur une solution préconfigurée, qui devait être complétée en fonction du secteur d'activités concerné. Selon les termes du prestataire informatique, cette approche présentait l'avantage de réduire le temps et le budget d'implémentation dès lors que seuls 20% des besoins métiers du client étaient à concevoir sur mesure, le reste étant préconfiguré. Toutefois, dès la réunion de lancement du projet, les parties s'aperçurent qu'elles se contredisaient à propos des limites

¹ Assistante à l'UNamur (CRIDS/NaDI), avocate au barreau de Paris.

² Juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, collaborateur scientifique à l'UNamur (CRIDS/NaDI) et à l'ULB (Jurislab).

³ Assistante à l'UNamur (CRIDS/NaDI), avocate au barreau de Liège.

⁴ Juge au tribunal de première instance du Brabant wallon, collaboratrice scientifique à l'UNamur.

⁵ Selon cet alinéa, les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

⁶ *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 55 1806/001, p. 25; *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 55 0174/001, p. 28; *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 54 3709/001, p. 222.

⁷ E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 16.

⁸ Bruxelles, 14 mai 2020, 2017/AR/337, D.A.O.R., 2021/2, n° 138, pp. 56 à 63; P. LIMBRÉE, « L'obligation d'information dans les contrats de l'informatique : fondement, intensité et moyens d'action », D.A.O.R., 2021/2, n° 138, pp. 63 à 71.

du périmètre de la solution à installer. En effet, alors que la cliente estimait que celle-ci devait, en plus de contenir la proposition standard SAP, répondre à ses besoins spécifiques (exprimés dans son cahier des charges), son cocontractant considérait au contraire que ceux-ci (chiffrés à 366.000 euros), se situaient hors du périmètre contractuel. Refusant de prendre en charge ce supplément, la cliente fut assignée devant le tribunal de commerce de Nivelles, qui prononça la résolution de la convention de prestations de services, à ses torts exclusifs. Ce jugement est cependant réformé par la cour d'appel de Bruxelles qui prononce la nullité des conventions litigieuses. En effet, celle-ci rappelle que l'obligation d'information et de conseil implique de « s'informer des besoins du client » afin de « lui proposer la solution informatique la plus apte à répondre à ses besoins, eu égard à l'utilisation prévue ». Or, en l'espèce, la cour relève que, malgré le cahier des charges et les multiples réunions préparatoires organisées entre les parties, le prestataire informatique est manifestement passé à côté des besoins et attentes de sa cliente, en lui proposant une solution qui, pour être conforme à ses besoins, devait être adaptée pour un montant de 366 000 euros (soit le double du budget initial).

Sur ce point, on peut également mentionner l'arrêt de la cour d'appel de Mons⁹ du 11 octobre 2018, qui rappelle que « le corollaire de l'obligation d'information est celle de s'informer ». Dans cette affaire, un prestataire informatique était incapable, contrairement aux termes de la convention, de restituer les données à son client, un CPAS, à la suite d'une panne survenue sur ses serveurs. Pour se défendre, la société informatique prétendait, en vain, qu'elle n'avait pas été chargée de sauvegarder les données qui ont fait l'objet de la perte. La cour rejette cet argument en raison de l'obligation de renseignement qui découle du devoir de conseil à charge du prestataire informatique.

4. L'obligation de collaboration du client. L'obligation d'information, en ce qu'elle se fonde sur le principe général de bonne foi, s'impose à l'ensemble des parties. Dès lors, le client, désireux d'implanter une solution informatique au sein de ses infrastructures, est tenu de collaborer lors des discussions relatives au projet et ne peut « se retrancher derrière une ignorance de façade ou une passivité sans bornes »¹⁰.

Au cours de la période étudiée, on épingle quatre décisions françaises qui consacrent l'obligation de collaboration du client. Tout d'abord, la cour de cassation française rappelle, à l'occasion de son arrêt du 5 juin 2019¹¹, que l'obligation de collaboration « fait nécessairement partie du périmètre contractuel », dès lors que les prestations en cause « exige[nt] la participation active du client, tenu de fournir au prestataire les informations sans lesquelles celui-ci ne peut mener à bien sa mission ». Ainsi, l'argument de la cliente, selon lequel les conditions générales de ce dernier – qui prévoyaient, à sa charge, un devoir de collaboration – ne lui étaient pas opposables, n'était pas de nature à influencer l'issue du litige. Ensuite, notons l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens¹², qui constate que les manquements du client à ses obligations de bonne foi et de collaboration font

⁹ Mons, 11 octobre 2018, 2014/RG/655, disponible sur www.juridat.be.

¹⁰ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 37; E. VANSTECHELMAN, « Les sanctions qui affectent la formation du contrat et l'exécution du contrat : questions choisies », *Les grandes évolutions du droit des obligations*, F. GEORGE, B. HAVET et A. PUTZ (dir.), Limal, Anthemis, 2019, p. 308; B. DOUQUIN, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 29.

¹¹ Cass. fr., 5 juin 2019, 17-26.360, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹² Amiens, 17 janvier 2019, 17/011041, disponible sur www.blog-nouveaumonde-avocats.com.

obstacle à la résolution du contrat aux torts du prestataire. En l'espèce, celui-ci avait reporté à plusieurs reprises les dates de tenue de formation de ses équipes au nouvel outil ainsi que le début des opérations de migration, sans émettre de critiques sur les prestations de son cocontractant. Par ailleurs, dans son arrêt du 27 septembre 2018, la cour d'appel de Lyon¹³ refuse l'application de l'exception d'inexécution dans l'hypothèse où le prestataire n'avait pas livré, dans les délais impartis, un système informatique pleinement fonctionnel en raison de l'attitude du client. En l'espèce, la cour relève en effet qu'à plusieurs reprises, le prestataire a proposé au client « des rendez-vous sans réponse de sa part ou tellement tardives que ceux-ci devenaient impossibles à mettre en place ». Dans le même ordre d'idée, mentionnons finalement l'arrêt de la cour d'appel de Paris¹⁴ à l'occasion duquel celle-ci refuse de retenir un manquement à l'obligation de délivrance du prestataire informatique dès lors que le client avait suspendu unilatéralement le projet informatique, après en avoir retardé le commencement.

5. L'intensité variable du devoir d'information. La cour d'appel de Liège¹⁵ a apprécié l'intensité du devoir de conseil du prestataire informatique, à l'occasion d'un litige qui opposait une société chargée d'installer une solution de téléphonie IT à sa cliente. Il ressort du dossier que le système commandé n'a jamais été pleinement fonctionnel, en raison du pare-feu installé *a posteriori* par la cliente. Celle-ci reprochait au prestataire de ne pas l'avoir informée de l'incompatibilité entre les deux technologies, en dépit de son devoir de conseil. La cour écarte cet argument dès lors que celle-ci « n'établit ni ne soutient avoir, dans le cadre de la phase précontractuelle, avisé préalablement l'intimée des caractéristiques techniques du nouveau Firewall qu'elle a installé *a posteriori* et sans prévenir davantage l'intimée »¹⁶. En effet, selon la cour, il appartenait à la cliente, société active dans le domaine informatique, de renseigner le prestataire à ce propos. On remarque donc que le devoir d'information est allégé lorsque le client est initié à l'informatique.

À l'inverse, l'obligation d'information est renforcée lorsque le prestataire se trouve face à un utilisateur profane. Ainsi, dans l'affaire déjà évoquée (voy. *supra*, n° 3) portant sur l'installation d'un système E.R.P., la cour d'appel de Bruxelles¹⁷ a souligné qu'il est logique que la cliente, qui n'était « pas une professionnelle de l'informatique mais une société opérationnelle », « se fie à l'analyse du professionnel »¹⁸. Dans la même optique, la cour d'appel de Liège a constaté, le 8 octobre 2019¹⁹, qu'il ne peut être exigé d'un négociant en vins « d'appréhender, sur le plan technique, les performances et limites d'un système informatique élaboré par l'intimé par rapport aux atteintes émises en termes d'e-commerce, que seule une expertise judiciaire a pu mettre en évidence ». Finalement, on pense également à l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 5 septembre 2019²⁰, qui concernait la migration d'un E.R.P. vers un autre. À cette occasion, la cour précise qu'« en sa qualité de vendeur de matériel informatique, la société x était tenue d'une obligation de rensei-

¹³ Lyon, 27 septembre 2018, 16/02232, disponible sur www.doctrine.fr.

¹⁴ Paris, 23 novembre 2018, 15/19053, disponible sur www.doctrine.fr.

¹⁵ Liège, 28 avril 2020, 2019/RG/258, inédit.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Bruxelles, 14 mai 2020, 2017/AR/337, D.A.O.R., 2021/2, n° 138, pp. 56 à 63.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Liège, 8 octobre 2019, 2018/RG/1069, inédit.

²⁰ Grenoble, 5 septembre 2019, 16/02858, disponible sur www.doctrine.fr.

gnement et de conseil envers sa cliente, qui, simple utilisatrice, est dépourvue de compétences spécifiques en la matière».

En fin de compte, l'intensité de l'obligation d'information résulte des circonstances de l'espèce et, notamment, de l'objet du contrat. En effet, le professionnel qui se cantonne à fournir du matériel standard est, de toute évidence, tenu par une obligation de conseil plus légère que celui qui livre un système complexe conçu sur mesure. Dès lors, nous aurions tendance à nuancer les propos de la cour d'appel de Liège selon lesquels «la sévérité des juridictions à l'égard des fournisseurs en informatique paraît s'atténuer à mesure que l'informatisation se diffuse et que la compétence des utilisateurs s'accroît»²¹.

6. La clause de parfaite information. Lorsque la convention de prestation de services allège explicitement le devoir de conseil, on se trouve face à une clause dite de «parfaite information». En vertu de celle-ci, le client déclare avoir été correctement informé et, de ce fait, reconnaît que le prestataire n'a pas violé son obligation d'information. En principe, la licéité de ces clauses limitatives de responsabilité est admise, pour autant qu'elles respectent les limites du droit commun ainsi que, dans les relations entre entreprises, le régime des clauses abusives, instauré par la loi du 4 avril 2019^{22, 23}. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 8 octobre 2019²⁴ (voy. *supra*, n° 5), la cour d'appel de Liège a déclaré la clause de parfaite information illicite car elle visait «à permettre à X de s'affranchir totalement des exigences découlant du devoir de bonne foi qui pèse sur elle en sa qualité de professionnel de l'informatique».

7. Nullité du contrat. Le client insatisfait peut également souhaiter obtenir l'annulation de la convention de prestation de services s'il parvient à démontrer l'existence d'un vice de consentement. Il est en effet fréquent, dans le cadre de contrats portant sur l'informatisation d'une entreprise, que cette dernière invoque, en cas de litige, l'existence d'un vice de consentement lors de la formation du contrat. L'analyse de la jurisprudence montre que ce type de moyen est rarement accueilli par les cours et tribunaux. La principale raison réside dans le fait que la preuve de l'existence du vice de consentement est le plus souvent très difficile à rapporter pour la partie qui s'en prévaut²⁵. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 mai 2020 mentionné *supra* (n° 3)²⁶, la société spécialisée dans le domaine électrique sollicitait que soit prononcée la nullité de la convention pour vice de consentement, à savoir dol ou, à tout le moins, erreur sur la substance. En l'espèce, la cour constate que les trois conditions de l'article 1110 du Code civil sont remplies dès lors que l'erreur porte sur l'adéquation de la solution à couvrir les besoins de la cliente, que cet élément l'a déterminée à contracter et qu'il était normal de sa part qu'«elle se fie à l'analyse du professionnel». En conséquence, la cour fait droit à la demande en annulation de la convention sur la base de l'erreur. Quant à la demande fondée sur le dol, elle la rejette dès lors que l'intention du professionnel de tromper sa cliente, en laissant entendre à tort dans ses documents commer-

²¹ Liège, 28 avril 2020, 2019/RG/258, inédit.

²² Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

²³ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 163.

²⁴ Liège, 8 octobre 2019, 2018/RG/1069, inédit.

²⁵ Cass. fr., 28 juin 2005, n° 03-16.794, *Comm. com. électr.*, 2005/10.

²⁶ Bruxelles, 14 mai 2020, 2017/AR/337, *D.A.O.R.*, 2021/2, n° 138, pp. 56 à 63.

ciaux, qu'elle disposait d'une certaine expérience dans le domaine électrique, n'était pas établie avec certitude.

À l'inverse, le tribunal de commerce de Nanterre²⁷ retient le dol lorsqu'il apprécie, à l'occasion de son arrêt du 27 juillet 2018, une demande en nullité d'une convention de prestations informatiques. En l'espèce, il est apparu que le demandeur avait accepté de débiter un partenariat avec le prestataire, à la suite d'informations mensongères que ce dernier lui avait intentionnellement fournies concernant sa compétence et sa solidité financière.

2. Exécution du contrat

8. Obligations des parties : distinction entre obligations de moyens et de résultat. La question de la nature des obligations qui pèsent sur chacune des parties au contrat dépend, en l'absence de clause contractuelle à ce sujet, des circonstances de l'espèce.

À l'occasion de son arrêt du 11 octobre 2018 (voy. *supra*, n° 3), la cour d'appel de Mons²⁸ a considéré que l'obligation de sauvegarder et de restituer des données informatiques est une obligation de résultat.

Quant à l'obligation de délivrance conforme d'un système informatique, elle a été qualifiée d'obligation de moyens renforcée à l'occasion d'un l'arrêt de la cour d'appel de Lyon²⁹ (commenté *supra*, n° 4). En effet, *in casu*, la cour d'appel relève « qu'au regard de la réalité de la prestation informatique, de l'aléa technique inhérent à la matière et au rôle qu'est amené à jouer le client, [le prestataire] est redevable d'une obligation de moyen renforcée et non pas d'une obligation de résultat ».

9. L'inexécution contractuelle : exception d'inexécution. L'exception d'inexécution offre un moyen de pression extra-judiciaire intéressant dans les contrats informatiques. Le tribunal de l'entreprise de Liège rappelle, à l'occasion de sa décision du 6 mai 2019³⁰, que ce remède temporaire ne peut être invoqué que sous certaines conditions. Ainsi, celui-ci considère que « rien ne justifiait la fermeture du site qui apparaît inacceptable et en toute hypothèse hors de proportion entre le manquement dénoncé et le dommage infligé » au cocontractant. En l'espèce, le prestataire informatique avait fermé le site qu'il avait développé pour le compte de son client au motif que ce dernier restait redevable d'une somme de 1.077,73 euros. Or, le tribunal observe que ce montant représentait des factures impayées pour bpost, la téléphonie et l'imprimante qui n'avaient aucun lien avec le litige.

10. Résolution du contrat. La demande de résolution du contrat fondée sur l'article 1184 de l'ancien Code civil est souvent privilégiée par le créancier victime d'un manquement grave de son débiteur. Il est désormais de doctrine et de jurisprudence constantes que la faute contractuelle doit être suffisamment grave pour justifier une sanction aussi radicale.

²⁷ Trib. com. Nanterre, 27 juillet 2018, 2015F01746, disponible sur www.seban-associés.avocat.fr.

²⁸ Mons, 11 octobre 2018, 2014/RG/655.

²⁹ Lyon, 27 septembre 2018, 16/02232, www.doctrine.fr.

³⁰ Trib. entr. Liège, 6 mai 2019, A/18/01139, inédit.

Dans l'affaire déjà évoquée (*supra*, n° 5), la cour d'appel de Liège³¹ retient une faute contractuelle suffisamment grave dans le chef du prestataire informatique dès lors que l'« inadéquation entre le site développé et les attentes et besoins de la cliente, telles que reprises dans les documents précontractuels (...) résulte du fait du prestataire en raison d'un choix inadéquat du logiciel utilisé ». En conséquence, la cour prononce la résolution du contrat de prestation de services aux torts du prestataire et condamne ce dernier à restituer les sommes versées par son cocontractant.

3. Dissolution du contrat

11. Indemnisation du dommage. Le client peut également solliciter l'indemnisation de son dommage sur la base de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Cette demande peut accompagner la demande d'annulation ou être formulée de manière distincte. En tout état de cause, il est nécessaire de démontrer une faute précontractuelle qui a occasionné un dommage au client. À cet égard, notons que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 mai 2020³² commenté *supra* (n° 3), la société électronique a mobilisé cette base légale afin de demander la compensation du coût salarial des employés, impliqués dans le projet en pure perte, et la réparation de l'absence de jouissance d'un système E.R.P. plus performant dans le délai prévu. La cour refuse de faire droit à cette demande dès lors que la cliente n'est parvenue à établir ni le lien causal entre la faute du prestataire informatique (violation de son devoir de conseil au stade précontractuel) et le coût salarial réclamé, ni l'existence du préjudice subi du fait de l'absence d'un E.R.P. plus performant dans le délai prévu.

12. Indemnisation du dommage en cas de perte de données. Le tribunal de commerce de Nanterre³³ a eu à se prononcer sur une demande d'indemnisation, introduite par une société dont les données ont été perdues à la suite d'un incident survenu sur les serveurs de son prestataire informatique. À cette occasion, le juge a décidé de limiter le montant de l'indemnisation aux coûts de « reconstitution des fichiers nécessaires à [la cliente] pour la poursuite de son activité » et non à ceux de l'ensemble des données perdues. En effet, selon le juge, la société n'a pas subi un préjudice du fait de la perte de l'ensemble de ses données mais uniquement eu égard à la privation de certaines de celles-ci, qui étaient nécessaires à la poursuite de son activité³⁴. Cette décision, qui peut apparaître étonnante, applique, de manière stricte, le principe de réparation intégrale du préjudice à la perte des données.

B. Le cadre juridique applicable aux acteurs du commerce électronique

13. Précisions apportées par la Cour de justice de l'Union européenne sur l'identification du cadre juridique applicable au commerce électronique. Le « service de la société de l'information » est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance

³¹ Liège, 8 octobre 2019, 2018/RG/1069, inédit.

³² Liège, 8 octobre 2019, 2018/RG/1069, inédit.

³³ Trib. com. Nanterre, 23 avril 2019, 2018F00579, disponible sur www.legalis.net.

³⁴ À cet égard, le juge précise que « la faute [du prestataire] a privé sur le moment [la société] de fichiers nécessaires à la poursuite de son activité » et que, « dans ces conditions, ce qui constitue le préjudice de [la société] est l'absence de fichiers disponibles pouvant perturber son activité ».

par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services»³⁵. Une telle notion est fondamentale en ce qu'elle détermine le champ d'application des directives encadrant le commerce électronique – en particulier la directive 98/34³⁶, abrogée et remplacée depuis par la directive 2015/1535³⁷ et la directive 2000/31 sur le commerce électronique (ci-après la « directive sur le commerce électronique »)³⁸. Au cours de la période commentée, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'apporter des précisions importantes sur cette notion de « service de la société de l'information » (1). Elle a, par ailleurs, clarifié certaines des conséquences qu'emporte une telle qualification pour les prestataires (2).

1. Précisions sur la qualification de « service de la société de l'information »

14. Les plateformes d'intermédiation en matière de transport, entre le « service de la société de l'information » et le « service dans le domaine des transports ». La décision que la Cour de justice a adoptée le 20 décembre 2017 avait mis l'ensemble des services d'intermédiation en émoi en ne reconnaissant pas au service fourni par la plateforme Uber la qualification de « service de la société de l'information » et en lui préférant la qualification de « service dans le domaine des transports »³⁹. Une telle décision excluait *ipso facto* le service d'Uber du champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

La Cour de justice, saisie sur questions préjudicielles du tribunal de grande instance de Lille, a eu depuis l'occasion de réaffirmer son analyse par un nouvel arrêt du 10 avril 2018⁴⁰. La discussion ne portait alors pas sur l'application au service de Uber de la directive sur le commerce électronique mais sur l'application à ce service de la directive 98/34, encore applicable à l'époque des faits, et de l'obligation de notification préalable⁴¹ qu'elle impose⁴².

³⁵ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, L 204, 21 juillet 1998, art. 1^{er}, 2), et directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.*, L 241, 17 septembre 2015, art. 1^{er}, point 1, sous b).

³⁶ Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, précitée.

³⁷ Directive (UE) 2015/1535 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, précitée.

³⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000. La directive sur le commerce électronique s'applique aux services de la société de l'information. Pour définir les services de la société de l'information et donc déterminer son champ d'application, la directive sur le commerce électronique renvoie à la définition des services de la société de l'information consacrée par l'article 1^{er}, 2), de la directive 98/34 et désormais par l'article 1^{er}, 1., b), de la directive 2015/1535 (voy. directive sur le commerce électronique, art. 2).

³⁹ C.J. (gde ch.), arrêt *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, 20 décembre 2017, C-434/15, EU:C:2017:981. Sur cet arrêt, voy. notamment F. GEORGE, H. JACQUEMIN, J.-B. HUBIN et N. GILLARD, « Contrats de l'informatique et commerce électronique – Chronique de jurisprudence 2015-2017 », *R.D.T.I.*, 2017/3-4, n° 68-69, pp. 23 et s., point n° 23.

⁴⁰ C.J. (gde ch.), arrêt *Procédure pénale c. Uber France SAS*, 10 avril 2018, C-320/16, EU:C:2018:221.

⁴¹ Sur cette exigence de notification préalable, voy. *infra*, n° 16.

⁴² Les questions préjudicielles portaient également sur l'applicabilité au service de la directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*J.O.U.E.*, L 376, 27 décembre 2006).

Le service étudié est le service dénommé « Uber Pop », proposé par la société Uber France. Ledit service, permettait, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre « en relation des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes souhaitant effectuer des déplacements urbains »⁴³. Dans le cadre du litige qui a donné lieu à la saisine de la Cour de justice, était opposé à Uber France, parmi d'autres dispositions, l'article L.3124-13 du Code français des transports qui punit pénalement le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des conducteurs non professionnels. La question posée à la Cour était, en substance, la suivante: la réglementation française doit-elle être qualifiée de « règle relative aux services de la société de l'information » et être soumise à ce titre à l'obligation de notification préalable posée par la directive 98/34 ? Pour répondre à cette question, la Cour devait vérifier, au préalable, si Uber Pop pouvait être qualifié de service de la société de l'information. La Cour relève que Uber France, dans le service qu'elle propose, « fixe les tarifs, collecte le prix de chaque course auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et édite les factures »⁴⁴. Elle précise, par ailleurs, que le service Uber Pop ne se distingue pas substantiellement de celui analysé dans son précédent arrêt de 2017. Reprenant l'argumentation qu'elle avait développée alors, la Cour conclut que ledit service ne doit pas endosser la qualification de service de la société de l'information. Les règles qui lui sont applicables n'entrent donc pas dans le champ d'application de la directive 98/34.

Une telle conclusion doit être mise en perspective avec un arrêt plus récent de la Cour de justice. Le 3 décembre 2020, la Cour a, une nouvelle fois, eu à se prononcer sur « une activité de mise en relation, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de personnes souhaitant effectuer un déplacement urbain et de chauffeurs ». Les chauffeurs étaient alors des chauffeurs de taxis autorisés⁴⁵. L'application est proposée par la société de droit roumain Star Taxi App. Une réglementation roumaine soumettait l'activité de « dispatching » des services de transports de taxi, en ce compris lorsqu'elle est effectuée au moyen d'une application informatique, à l'obtention d'une autorisation préalable. Star Taxi App s'est vu infliger une sanction pour avoir proposé son service sans avoir au préalable obtenu l'autorisation requise. Arguant de son statut de service de la société de l'information, Star Taxi App a contesté cette sanction devant les tribunaux roumains qui ont estimé utile de saisir la Cour de justice de questions préjudicielles.

Comme dans les affaires *Uber* précédemment évoquées, pour vérifier l'applicabilité au service de Star Taxi App des directives sur le commerce électronique et 2015/1535, la Cour vérifie si le service en question doit ou non être qualifié de service de la société de l'information. Reprenant le raisonnement qu'elle avait développé dans son arrêt *Uber* en 2017, la Cour a d'abord confirmé que les quatre conditions cumulatives à remplir pour constituer un service de la société de l'information sont satisfaites (1. constituer un service, 2. le proposer contre rémunération, 3. le fournir à distance et 4. le fournir à la demande individuelle du destinataire du service)⁴⁶. Elle a rappelé que, néanmoins « s'il apparaît que le service d'intermédiation en question fait partie intégrante d'un service

⁴³ C.J. (gde ch.), arrêt *Uber France SAS*, 10 avril 2018, C-320/16, précité, point 10.

⁴⁴ C.J. (gde ch.), arrêt *Uber France SAS*, 10 avril 2018, C-320/16, précité, point 17.

⁴⁵ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL c. Unitatea Administrativ Teritorială Municipiul București prin Primar General et Consiliul General al Municipiului București*, 3 décembre 2020, C-62/19, EU:C:2020:980, point 2.

⁴⁶ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, points 42 à 48.

global dont l'élément principal est un service relevant d'une autre qualification juridique»⁴⁷, il ne constitue pas un service de la société de l'information. En l'espèce, contrairement à ce qu'elle a jugé dans les arrêts *Uber*, la Cour conclut, après une analyse fine de différents critères, que l'application de Star Taxi App constitue bien un service de la société de l'information, dissociable du service de transport auquel elle se rattache. Tout d'abord, ladite application ne permet la mise en relation de personnes souhaitant réaliser un déplacement urbain qu'avec des taxis autorisés «dont l'activité préexiste et pour lesquels ledit service d'intermédiation ne constitue qu'une modalité parmi d'autres de captation de clientèle»⁴⁸. À la différence de *Uber*, Star taxi App ne créerait donc pas une nouvelle offre de transport urbain. Contrairement à *Uber* également, Star Taxi App ne fixe pas le prix de la course, ne le perçoit pas non plus et ne contrôle pas la qualité des véhicules et des chauffeurs ni leur comportement⁴⁹. La Cour en conclut que le service proposé par Star taxi App ne peut être considéré comme faisant partie intégrante d'un service dont l'élément principal serait une prestation de transport⁵⁰. Il peut être qualifié dès lors de service de la société de l'information. Par cet arrêt, la Cour affine sa jurisprudence et confirme que la qualification de service de la société de l'information n'a rien d'automatique et doit résulter d'une analyse au cas par cas tenant compte de la réalité des éléments du service d'intermédiation proposé.

15. La plateforme numérique de location d'hébergement Airbnb, un « service de la société de l'information ». Dans son arrêt *Airbnb* du 19 décembre 2019⁵¹, la Cour avait d'ores et déjà indiqué que la qualification de service de la société de l'information devait résulter d'une analyse *in concreto*. En substance, dans cette affaire, il était reproché à Airbnb (plateforme électronique de mise en relation en vue de la location immobilière, exploitée par la société de droit irlandais Airbnb Ireland UC), d'exercer l'activité d'agent immobilier en France sans être titulaire de la carte professionnelle exigée par la loi française dite « Hoguet »⁵² pour exercer cette activité. La Cour de justice a été saisie, sur questions préjudicielles, de la question de savoir si la plateforme Airbnb devait bénéficier du principe de libre circulation reconnu aux services de la société de l'information par la directive sur le commerce électronique.

Il s'agissait, ici encore, pour la Cour de vérifier, avant toute chose, si la plateforme Airbnb entrait dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique et donc si elle constituait un service de la société de l'information. Elle a procédé à nouveau en deux temps.

⁴⁷ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 49.

⁴⁸ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 52.

⁴⁹ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 53.

⁵⁰ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 54.

⁵¹ C.J. (gde ch.), arrêt *Procédure pénale c. X (Airbnb)*, 19 décembre 2019, C-390/18, EU:C:2019:1112. Sur cet arrêt, voy. notamment M. Ho-DAC, « La (dé)réglementation des services d'intermédiation fournis par la plateforme Airbnb à l'aune de la directive "commerce électronique" », *Rev. crit. dr. intern. privé*, n° 3, 2020/3, pp. 588-613 ; M. LEDGER, « CJEU ruling on legal qualification of Airbnb services », *R.D.T.I.*, 2020/3, pp. 117-124 ; G. LOISEAU, « Airbnb n'est pas un service d'intermédiation indissolublement lié à un service de prestation d'hébergement », *Communications Commerce Electronique*, n° 2, février 2020, pp. 29-32.

⁵² Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, *J.O.R.F.*, 4 janvier 1970.

Dans un premier temps, la Cour est revenue sur les quatre critères cumulatifs devant être remplis pour bénéficier de la qualification de service de la société de l'information et a confirmé qu'en l'espèce la plateforme Airbnb satisfaisait chacun de ces critères⁵³.

Dans un second temps, la Cour rappelle la nuance, désormais de principe, apportée par l'arrêt *Uber* de 2017 selon laquelle le service d'intermédiation qui remplit lesdits quatre critères ne sera toutefois pas qualifié de service de la société de l'information, « s'il apparaît que ce service [...] fait partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service relevant d'une autre qualification juridique »⁵⁴. La Cour voit, sur ce point, une différence avec la plateforme Uber en ce que le service Airbnb présenterait « un caractère dissociable de l'opération immobilière proprement dite dans la mesure où il ne tend pas uniquement à la réalisation immédiate d'une prestation d'hébergement »⁵⁵. Il tendrait plutôt « à fournir un instrument facilitant la conclusion de contrats portant sur des opérations futures »⁵⁶. La caractéristique essentielle du service proposé par Airbnb serait, selon la Cour, en fait la création d'une liste de lieux d'hébergement disponibles, en fonction de critères de recherche indiqués par les personnes recherchant un hébergement. La Cour a ajouté que le service proposé par Airbnb n'est pas indispensable à la réalisation de prestations d'hébergement⁵⁷. En d'autres termes, contrairement à Uber, Airbnb ne créerait pas une nouvelle offre d'hébergement. Cette analyse peut paraître critiquable en ce qu'Airbnb, si elle n'a pas créé une nouvelle offre d'hébergement de courte durée entre particuliers, a permis néanmoins à ce type d'offres de se développer de manière à ce point exponentielle que l'on pourrait considérer qu'*in fine* il s'agit tout de même d'une offre d'un type nouveau. La Cour relève enfin, et là la divergence avec ce qu'elle avait constaté dans son arrêt *Uber* de 2017 est évidente, que si elle met à disposition un outil d'estimation, Airbnb ne fixe ni ne plafonne les loyers des hébergements proposés sur sa plateforme⁵⁸.

En conclusion, pour la Cour, il ne fait aucun doute que le service d'intermédiation de Airbnb doit être qualifié de service de la société de l'information et entrer à ce titre dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique.

2. Conditions d'application de la loi nationale au prestataire du service de la société de l'information

16. La notification, avant leur adoption, des « règles relatives aux services » restreignant la libre circulation des services de la société de l'information. La directive 98/34, en son article 8, dont le contenu a été repris dans l'article 5 de la directive 2015/1535 désormais applicable, impose aux États membres de notifier, avant leur adoption, les projets de textes qu'ils entendent prendre et qui pourraient avoir un impact sur le bon fonctionnement du marché intérieur et la liberté de circulation des services et marchandises considérés. Le mécanisme mis en place est un mécanisme de transparence et de contrôle *a priori* des règles nationales visant à éviter l'adoption de nouvelles normes restrictives. Le projet de texte doit être notifié à la Commission euro-

⁵³ C.J., arrêt *Airbnb*, 19 décembre 2019, C-390/18, précité, points 44 à 49. Sur ces critères, voy. *supra*, n° 14.

⁵⁴ C.J., arrêt *Airbnb*, 19 décembre 2019, C-390/18, précité, point 50.

⁵⁵ C.J., arrêt *Airbnb*, 19 décembre 2019, C-390/18, précité, point 53.

⁵⁶ C.J., arrêt *Airbnb*, 19 décembre 2019, C-390/18, précité, point 53.

⁵⁷ C.J., arrêt *Airbnb*, 19 décembre 2019, C-390/18, précité, point 55.

⁵⁸ C.J., arrêt *Airbnb*, 19 décembre 2019, C-390/18, précité, point 56.

péenne qui le rend accessible à l'ensemble des autres États membres ainsi qu'au public via la base de données, accessible en ligne, TRIS (pour *Technical Regulation Information System*). L'État qui a notifié est alors contraint de respecter une période de *statu quo* par principe de trois mois avant d'adopter ladite règle, cette période devant permettre à la Commission, aux États membres et au public d'émettre, s'ils l'estiment nécessaire, des observations sur le projet en question⁵⁹. Parmi les projets de textes à notifier, l'on trouve les projets de « règles relatives aux services » de la société de l'information⁶⁰. Cette obligation de notification préalable est sanctionnée sévèrement. Pour la Cour, en effet, « la méconnaissance de l'obligation de notification constitue un vice de procédure substantiel de nature à entraîner l'inapplicabilité des règles techniques concernées [en ce compris les règles relatives aux services de la société de l'information], de sorte qu'elles ne peuvent pas être opposées aux particuliers »⁶¹.

Dans les affaires *Uber France* et *Star Taxi App*⁶², les deux plateformes invoquaient la violation, respectivement par la France et par la Roumanie, de leur obligation de notification préalable des règles que ces deux États entendaient leur opposer. Cet argument n'a prospéré dans aucune des deux affaires citées.

Pour la première, le service de Uber ne constituant pas un service de la société de l'information, la Cour a logiquement considéré que la règle qui lui était opposée ne pouvait pas endosser la qualification de « règle relative aux services de la société de l'information » et n'avait donc pas à être notifiée préalablement à son adoption.

Dans la seconde affaire, on sait que le service de Star Taxi App a été qualifié par la Cour de service de la société de l'information. Il était donc possible d'arguer que la règle qui lui était opposée aurait dû, préalablement à son adoption, être notifiée conformément à la directive 2015/1535. Toutefois, un tel argument ne pouvait être retenu qu'à la condition que la règle roumaine soulevée entre dans la qualification de « règle relative aux services » de la société de l'information. Or, une telle règle exclut expressément les règles qui ne visent pas spécifiquement les services de la société de l'information⁶³. En l'espèce, pour la Cour, la règle roumaine en question englobait tous les services de « dispatching » quel que soit leur mode de fourniture et, partant, ne visait pas spécifiquement les services de la société de l'information et ne les concernait que de manière implicite ou incidente⁶⁴. La règle roumaine ne correspondait donc pas à la qualification de « règle relative aux

⁵⁹ Sur le mécanisme de l'obligation de notification préalable mis en place, voy. notamment P. DE BANDT et K. BAEKELANDT, « Le contrôle préventif, au regard du droit communautaire, des règles techniques introduites par des autorités nationales », *J.D.E.*, 2008/3, n° 147, pp. 69-76.

⁶⁰ Définies, par l'article 1^{er}, e), de la directive 2015/1535, précitée, comme « une exigence de nature générale relative à l'accès aux activités de services [de la société de l'information] et à leur exercice, notamment les dispositions relatives au prestataire de services, aux services et au destinataire de services, à l'exclusion des règles qui ne visent pas spécifiquement les services définis audit point. [...] ».

⁶¹ C.J.C.E., arrêt *Procédure pénale c. Johannes Martinus Lemmens*, 16 juin 1998, C-226/97, EU:C:1998:296, point 33; voy. également, par exemple, C.J.C.E., arrêt *CIA Security International SA c. Signalson SA et Securitel SPRL*, 30 avril 1996, C-194/94, EU:C:1996:172, point 48.

⁶² Voy. *supra*, n° 14.

⁶³ Directive 2015/1535, précitée, art. 1, sous e).

⁶⁴ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, points 64 à 66.

services» et n'était dès lors pas soumise à l'obligation de notification préalable. Par conséquent, l'absence de notification n'avait aucune incidence sur l'opposabilité de cette règle au prestataire⁶⁵.

17. Le principe de la loi du pays d'origine posé par la directive sur le commerce électronique et les conditions de dérogation. La qualification d'un service en service de la société de l'information a pour conséquence majeure de faire bénéficier ledit service d'un principe de liberté de circulation renforcé. Ce principe est établi par l'article 3 de la directive sur le commerce électronique via le mécanisme de la clause dite «de marché intérieur». Ce mécanisme repose sur un principe de confiance mutuelle entre les États membres. En vertu de cette clause, l'État membre d'établissement s'engage à assurer que les prestataires établis sur son territoire respectent bien sa propre législation⁶⁶. De son côté, l'État de destination ayant, par principe, confiance en son homologue et en sa législation pour être équivalente à la sienne, ne peut empêcher ou ralentir la libre circulation du service de la société de l'information proposé par ces mêmes prestataires, en leur imposant sa propre législation⁶⁷ pour un certain nombre d'exigences couvertes par le domaine dit «coordonné»⁶⁸. Ce n'est que par dérogation que l'État de destination du service peut être autorisé à opposer à un prestataire établi dans un autre État sa propre législation et uniquement s'il respecte les deux conditions posées par le paragraphe 4 de l'article 3 de la directive sur le commerce électronique. La première condition est de nature substantielle : l'État doit démontrer que sa législation est justifiée sur le fond⁶⁹ ; la seconde est de nature procédurale : l'État doit, avant de prendre des mesures contre le prestataire étranger en question, avoir notifié son intention de prendre de telles mesures à la Commission européenne et à l'État membre sur le territoire duquel le prestataire est établi⁷⁰.

Dans l'arrêt *A c. Daniel B*⁷¹, il était demandé à la Cour d'indiquer si la clause de marché intérieur s'opposait à l'application, à un prestataire de la société de l'information établi aux Pays-Bas, proposant à la vente en ligne des produits pharmaceutiques sur le marché français, de règles françaises encadrant la publicité faite par des pharmaciens et obligeant le pharmacien en ligne à insérer dans le processus de commande de médicaments un questionnaire de santé⁷².

Dans cette affaire, la Cour a confirmé que le domaine coordonné de la clause de marché intérieur couvrait l'ensemble des pratiques publicitaires réalisées par le prestataire en faveur de son activité

⁶⁵ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 67.

⁶⁶ Directive sur le commerce électronique, précitée, art. 3, paragraphe 1.

⁶⁷ Directive sur le commerce électronique, précitée, art. 3, paragraphe 2.

⁶⁸ Conformément à l'article 1^{er}, h), de la directive sur le commerce électronique, le domaine coordonné couvre «les exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux».

⁶⁹ Directive sur le commerce électronique, précitée, art. 3, paragraphe 4, a).

⁷⁰ Directive sur le commerce électronique, précitée, art. 3, paragraphe 4, b).

⁷¹ C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, EU:C:2020:764.

⁷² La Cour a eu l'occasion, dans cet arrêt, de confirmer qu'un site internet proposant un service en ligne de vente de médicaments et de produits pharmaceutiques était susceptible de constituer un service de la société de l'information et relevait, à cet égard, du champ d'application de la directive sur le commerce électronique ; voy. sur ce point C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précité, point 33.

en ligne, de sorte que la publicité faite par le biais de *flyers* insérés dans des colis (et donc non réalisée en ligne) emportait l'application de la clause de marché intérieur⁷³.

La Cour a procédé, ensuite, à une application concrète de la condition substantielle qui doit être respectée par l'État de destination du service lorsqu'il entend déroger à la clause de marché intérieur. En l'espèce, quatre clauses étaient opposées au prestataire néerlandais. La Cour a vérifié, clause par clause, si elle poursuivait un objectif légitime et si elle était nécessaire et proportionnée pour l'atteindre. Pour mener cette analyse de nécessité et de proportionnalité, la Cour a précisé qu'il y a lieu de tenir compte «de la jurisprudence relative aux articles 34 et 56 TFUE, aux fins d'apprécier la conformité au droit de l'Union de la réglementation nationale en cause, dans la mesure où ces conditions recourent largement celles au respect desquelles est subordonnée toute entrave aux libertés fondamentales garanties par ces articles du traité FUE»⁷⁴.

Dans son arrêt *Airbnb*, la Cour de justice a apporté des clarifications importantes sur les conséquences qu'emporte le non-respect par un État membre de la condition procédurale de dérogation à la clause de marché intérieur. La Cour a précisé que l'obligation de notification constitue une «exigence procédurale de nature substantielle»⁷⁵. Dès lors, «la méconnaissance par un État membre de son obligation de notification d'une mesure restreignant la libre circulation d'un service de la société de l'information [...] entraîne l'inopposabilité de ladite mesure aux particuliers» et une telle inopposabilité «peut être invoquée à l'occasion non seulement d'une procédure pénale [...] mais également dans un litige entre particuliers»⁷⁶. Les deux conditions – substantielle et procédurale – étant cumulatives⁷⁷, le non-respect par l'État membre de destination de son obligation de notification l'empêche de déroger à la clause de marché intérieur, peu importe que la mesure qu'il entend opposer au prestataire soit apte à répondre aux exigences de la condition substantielle⁷⁸.

Il est intéressant de mettre cette décision *Airbnb* en perspective avec un autre arrêt de la Cour : l'arrêt *Cali Appartements SCI et HX* du 22 septembre 2020⁷⁹. Il s'agissait alors d'un litige concernant à nouveau une plateforme d'intermédiation active dans le domaine de la location de logements de courte durée. Toutefois, ledit litige n'impliquait pas le prestataire fournissant la plateforme

⁷³ C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précité, points 56 à 59. Cette conclusion est d'autant plus importante que l'avocat général, M. Saugmandsgaard Øe, avait conclu en sens contraire sur ce point, voy. concl. av. gén. H. Saugmandsgaard Øe, préc. C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précité, EU:C:2020:134, points 41 à 49.

⁷⁴ C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précité, point 64; voy. également concl. av. gén. H. Saugmandsgaard Øe, préc. C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précités, point 122.

⁷⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *Airbnb*, 10 décembre 2019, C-390/18, précité, point 94.

⁷⁶ C.J. (gde ch.), arrêt *Airbnb*, 10 décembre 2019, C-390/18, précité, points 96 et 97; voy. également C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précité, point 43 et concl. av. gén. H. Saugmandsgaard Øe, préc. C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précités, point 120.

⁷⁷ C.J. (gde ch.), arrêt *Airbnb*, 10 décembre 2019, C-390/18, précité, point 83; C.J., arrêt *A c. Daniel B*, C-649/18, EU:C:2020:764, point 34.

⁷⁸ Dans l'arrêt *Airbnb*, la Cour, prenant acte du non-respect par la France de la condition procédurale, ne prend pas même la peine de vérifier le respect de la condition substantielle; voy. C.J. (gde ch.), arrêt *Airbnb*, 10 décembre 2019, C-390/18, précité, point 99. L'avocat général, dans l'affaire *A c. Daniel B*, aboutit à la même conclusion: nul besoin de vérifier le respect de la condition substantielle si la condition procédurale n'est pas respectée, voy. sur ce point concl. av. gén. H. Saugmandsgaard Øe, préc. C.J., arrêt *A c. Daniel B e.a.*, 1^{er} octobre 2020, C-649/18, précités, point 121.

⁷⁹ C.J., arrêt *Cali Apartments SCI et HX c. Procureur général près la cour d'appel de Paris et Ville de Paris*, 22 septembre 2020, C-724/18 et C-727/18, EU:C:2020:743.

mais certains des utilisateurs proposant sur la plateforme des logements à louer sur le territoire français. Dans cette affaire, la Cour a estimé que le régime d'autorisation préalable mis en place en France à l'égard de certaines activités de location de courte durée, que le juge français entendait appliquer aux utilisateurs de la plateforme, était justifié à l'aune des principes posés par la directive 2006/123 dite « Services »⁸⁰. Cet arrêt permet d'établir une distinction nette entre le régime applicable à la plateforme (le service de la société de l'information) et celui applicable aux utilisateurs de cette plateforme, en l'occurrence des propriétaires de logements.

18. Le principe de non-autorisation préalable des services de la société de l'information.

Selon le principe de non-autorisation préalable des services de la société de l'information posé par la directive sur le commerce électronique⁸¹, il est interdit aux États de soumettre la création d'un service de la société de l'information à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence qui aurait un effet équivalent. Toutefois, les régimes d'autorisation qui ne viseraient pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information ne sont pas impactés.

Dans l'affaire précédemment évoquée *Star Taxi App*⁸², la disposition roumaine litigieuse soumettait l'activité de « dispatching » des services de déplacement urbain à l'obtention d'une autorisation préalable. La compatibilité de ce régime avec le principe de non-autorisation préalable a logiquement été discutée devant la Cour. Celle-ci a jugé, que l'interdiction ne s'appliquait pas en l'espèce dès lors que le régime en question ne visait pas spécifiquement et exclusivement un service de la société de l'information⁸³. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a constaté que la disposition roumaine litigieuse se limitait à étendre aux services de la société de l'information une obligation d'autorisation préalable à laquelle l'ensemble des activités des centrales de réservation de taxis étaient d'ores et déjà soumises⁸⁴.

C. Conclusion des contrats à distance et par voie électronique

19. Panorama des questions traitées par la jurisprudence. La Cour de justice a rendu un arrêt important clarifiant la notion de « professionnel » contenue dans la directive 2011/83 relative à la protection des consommateurs⁸⁵ (1). Les juridictions européenne et belge ont eu, par ailleurs, l'occasion, à plusieurs reprises dans la période étudiée, d'interpréter certaines obligations concernant les informations précontractuelles devant être fournies au consommateur dans le cadre d'un contrat à distance (2). La Cour de justice a également apporté des précisions sur l'étendue du droit de rétractation dont bénéficie le consommateur (3). Enfin, un arrêt sera évoqué dans lequel

⁸⁰ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 376, 27 décembre 2006.

⁸¹ Directive sur le commerce électronique, art. 4.

⁸² *Voy. supra*, n^{os} 14 et 16.

⁸³ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 82.

⁸⁴ C.J., arrêt *Star Taxi App SRL*, 3 décembre 2020, C-62/19, précité, point 81. La Cour conclut, toutefois, à la non-conformité du régime d'autorisation mis en place au droit de l'Union, sous réserve de vérifications à réaliser par la juridiction nationale de renvoi, dès lors qu'il ne satisfait pas aux exigences posées par les articles 9 et 10 de la directive Services, précitée.

⁸⁵ 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.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011.

la Cour revient sur la mise à disposition de lignes téléphoniques à un tarif plus élevé que le tarif de base (4).

1. Précisions sur le champ d'application des obligations posées par la directive 2011/83 à l'égard des contrats à distance

20. La notion de « professionnel ». Dans un arrêt *Komisija*, du 4 octobre 2018, la Cour a été amenée à clarifier les notions de « professionnel » et de « consommateur », deux notions essentielles en ce qu'elles permettent de déterminer le champ d'application des droits reconnus au consommateur dans le cadre d'un contrat à distance^{86,87}. Le droit protecteur des consommateurs concluant un contrat à distance, posé par la directive 2011/83 et transposé dans le livre VI du Code de droit économique, ne s'applique, en effet, que dans le cadre d'un contrat à distance conclu entre un consommateur et un professionnel (ou une « entreprise » en droit belge). Pour identifier le droit applicable à ce contrat, il est donc fondamental de déterminer la qualité des co-contractants.

Pour la Cour, la notion de « professionnel »⁸⁸ est une « notion fonctionnelle » qui nécessite une « démarche au cas par cas »⁸⁹. Pour guider la juridiction de renvoi dans son travail de qualification, la Cour donne un certain nombre d'indications qui permettent d'identifier si la personne proposant en ligne un bien ou un service, sur une plateforme d'économie collaborative, est un professionnel ou non. La juridiction de renvoi devra donc vérifier, notamment « si la vente sur la plateforme en ligne a été réalisée de manière organisée, si cette vente a un but lucratif, si le vendeur dispose d'informations et de compétences techniques relatives aux produits qu'il propose à la vente [...], si le vendeur a un statut juridique qui lui permet de réaliser des actes de commerce [...], si le vendeur est assujéti à la TVA, si le vendeur [...] a perçu une rémunération ou un intérêt, si le vendeur achète des biens nouveaux ou d'occasion en vue de les revendre, conférant ainsi à cette activité un caractère de régularité, une fréquence et/ou une simultanéité par rapport à son activité commerciale ou professionnelle, si les produits en vente sont tous du même type ou de la même valeur, en particulier, si l'offre est concentrée sur un nombre restreint de produits »⁹⁰.

⁸⁶ C.J., arrêt *Komisija za zashita na potrobitelite c. Evelina Kamenova*, 4 octobre 2018, C-105/17, EU:C:2018:808. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. P. LIMBRÉE, « L'appréciation des notions de "professionnel" et d'"entreprise": démarche "au cas par cas" et protection du consommateur », *R.D.T.I.*, 2019/3-4, pp. 132-140.

⁸⁷ Cet arrêt est l'occasion pour la Cour d'apporter des précisions sur la notion de « professionnel » telle qu'elle est contenue dans la directive 2011/83 applicable aux contrats à distance mais également telle qu'elle est définie dans la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, L 149, 11 juin 2005). La Cour précise d'ailleurs que, dès lors qu'elle est définie de manière quasi identique dans les deux directives, la notion de « professionnel » doit être interprétée de manière homogène dans le cadre de ces deux directives (C.J., arrêt *Komisija*, 4 octobre 2018, C-105/17, précité, points 27 à 29).

⁸⁸ À savoir, conformément à l'article 2, point 2 de la directive 2011/83, « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ».

⁸⁹ C.J., arrêt *Komisija*, 4 octobre 2018, C-105/17, précité, points 35 et 37.

⁹⁰ C.J., arrêt *Komisija*, 4 octobre 2018, C-105/17, précité, point 38.

Cet arrêt est particulièrement bienvenu dans un contexte où l'économie collaborative permettant à chacun, quelle que soit sa qualité, de proposer en ligne des biens et services, se développe fortement. Néanmoins, il laisse un certain nombre de questions en suspens⁹¹.

2. Précisions sur les obligations d'information précontractuelle à fournir au consommateur dans le cadre d'un contrat à distance

21. L'obligation de fournir au consommateur un moyen de communication directe et efficace. Dans son arrêt *Amazon* du 10 juillet 2019⁹², la question a été posée de savoir si le professionnel, concluant des contrats à distance avec des consommateurs, devait fournir, en toutes circonstances, un numéro de téléphone, un numéro de télécopieur et une adresse électronique. Reprenant l'interprétation souple qu'elle avait développée dans un précédent arrêt rendu au regard des obligations d'informations posées par la directive sur le commerce électronique⁹³, la Cour répond par la négative.

En vertu de l'article 6, sous c), de la directive 2011/83, transposé en droit belge à l'article VI.45, § 1^{er}, 3^o, du Code de droit économique, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance, il doit lui être fourni « l'adresse géographique où le professionnel est établi ainsi que le numéro de téléphone du professionnel, son numéro de télécopieur et son adresse électronique, lorsqu'ils sont disponibles, pour permettre au consommateur de le contacter rapidement et de communiquer avec lui efficacement [...] ».

Les faits ayant donné lieu à la saisine de la Cour, concernaient le site internet d'Amazon en Allemagne. Sur ce site, le consommateur, via un lien « contactez-nous », se voyait proposer trois options de contact : envoyer un courriel, entrer en contact téléphonique ou démarrer une conversation en ligne par messagerie instantanée. Concernant le contact téléphonique proposé, le consommateur avait la possibilité de donner son numéro pour se faire rappeler ou d'appeler un numéro d'aide général. Selon une association de protection de consommateurs, Amazon manquait à ses obligations d'informations en ce qu'elle ne fournissait pas à suffisance ni son numéro de téléphone ni son numéro de télécopieur. La Cour n'a pas donné droit à cet argument.

⁹¹ Se pose en particulier la question du caractère suffisant ou non de la protection dont bénéficie le consommateur qui contracte sur une plateforme avec un autre consommateur ou encore celle de l'incertitude, aux yeux du consommateur, du cadre juridique applicable au contrat auquel il s'engage sur une plateforme. À cet égard, la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (*J.O.U.E.*, L 328, 18 décembre 2019), dite directive « Omnibus », qui doit être transposée pour le 28 novembre 2021, tente d'apporter certaines réponses. Elle impose, notamment, à la plateforme de spécifier au consommateur si son co-contractant est un professionnel ou non sur la base d'une déclaration de celui-ci. Sur les nouvelles obligations issues de la directive Omnibus, voy. notamment P. LIMBRÉE, *op. cit.*, pp. 138 à 140.

⁹² C.J., arrêt *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Amazon EU Sàrl*, 10 juillet 2019, C-649/17, EU:C:2019:576. Pour un commentaire de cette décision, voy. notamment G. SCHULTZ, « Contrats "à distance" et "hors établissement" : une communication avant tout "directe" et "efficace" avec le consommateur ! », *R.D.T.I.*, 2020/1-2, pp. 134-146.

⁹³ C.J.C.E., arrêt *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. deutsche internet versicherung AG*, 16 octobre 2008, C-298/07, EU:C:2008:572. Pour un commentaire de cette décision, voy. « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) », *R.D.T.I.*, 2009/2, n° 35, pp. 20 et 21, point 14.

Tout en confirmant l'importance fondamentale que revêt la possibilité, pour le consommateur, de contacter le professionnel rapidement et de communiquer avec lui efficacement⁹⁴, la Cour a rappelé qu'il doit, toutefois, être assuré un juste équilibre entre la protection du consommateur et la compétitivité des entreprises⁹⁵. À ce titre, il paraît disproportionné d'imposer une « obligation inconditionnelle de mettre à disposition du consommateur, en toutes circonstances, un numéro de téléphone, voire de mettre en place une ligne téléphonique, ou de télécopieur, ou de créer une nouvelle adresse électronique pour permettre aux consommateurs de contacter le professionnel »⁹⁶. Pour la Cour, la directive se limite à exiger du professionnel qu'il mette « à la disposition de tout consommateur un moyen de communication qui permette à ce dernier de le contacter rapidement et de communiquer avec lui efficacement »⁹⁷. En revanche, elle ne détermine pas la nature précise du moyen pouvant alors être mis en place pour satisfaire cette exigence⁹⁸. Selon la Cour, la directive laisse donc au professionnel le choix de l'outil qu'il souhaite proposer⁹⁹.

La Cour a ajouté que les termes « lorsqu'ils sont disponibles » n'imposent de communiquer un numéro de téléphone, de télécopieur ou une adresse mail, que lorsqu'ils sont effectivement disponibles, c'est-à-dire que dans les cas où le professionnel dispose déjà de ces moyens de communication avec le consommateur¹⁰⁰.

22. Mention de l'information « commande avec obligation de paiement ». Dans une décision du 13 septembre 2019, le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre a eu l'occasion d'apporter une clarification sur l'obligation d'information, pesant sur l'entreprise en ligne, concernant l'obligation de payer¹⁰¹. Le litige opposait un consommateur à un organisateur de voyage. En décembre 2018, le consommateur parcourt le site internet de l'organisateur de voyage, y sélectionne un voyage parmi ceux présentés et finit par cliquer sur les boutons « réserver » et « confirmer la réservation » qui lui étaient proposés sur le site, non sans au préalable cocher la case par laquelle il reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales. Deux jours plus tard, il contacte l'organisateur pour lui indiquer qu'il souhaite annuler la transaction. Le second lui facture les frais d'annulation correspondant à 90 % du prix du voyage. Arguant qu'en réservant sur le site, il n'a pas eu conscience de s'engager de manière ferme avec une obligation de payer, le consommateur conteste avoir à payer une telle somme. Le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre lui a donné raison.

En vertu de l'article VI.46, § 2, du Code de droit économique, dans le cas d'un contrat à distance conclu par voie électronique qui oblige le consommateur à payer, l'entreprise doit veiller « à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnaît explicitement que celle-ci implique une

⁹⁴ C.J., arrêt *Amazon EU Srl*, 10 juillet 2019, C-649/17, précité, points 39 et 41.

⁹⁵ C.J., arrêt *Amazon EU Srl*, 10 juillet 2019, C-649/17, précité, point 44.

⁹⁶ C.J., arrêt *Amazon EU Srl*, 10 juillet 2019, C-649/17, précité, point 48.

⁹⁷ C.J., arrêt *Amazon EU Srl*, 10 juillet 2019, C-649/17, précité, point 46.

⁹⁸ C.J., arrêt *Amazon EU Srl*, 10 juillet 2019, C-649/17, précité, point 46.

⁹⁹ De manière étonnante, le législateur européen est récemment revenu sur la souplesse suggérée par la Cour en imposant au prestataire de fournir un numéro de téléphone. La directive 2019/2161 Omnibus, précitée, modifie l'article 6, paragraphe 1, sous c), de la directive 2011/83, et exige, sans laisser de marge d'appréciation, du professionnel qu'il fournisse son adresse géographique, son numéro de téléphone et son adresse électronique. Sur ce point, voy. G. SCHULTZ, *op. cit.*, pp. 143 à 145, point 25.

¹⁰⁰ C.J., arrêt *Amazon EU Srl*, 10 juillet 2019, C-649/17, précité, point 51.

¹⁰¹ J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 13 septembre 2019, *J.J.P.*, 2020, p. 583, note H. JACQUEMIN.

obligation de payer»¹⁰². Le législateur précise à l'entreprise la manière dont une telle obligation peut être mise en œuvre : « si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible « commande avec obligation de paiement » ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise »¹⁰³. Le juge de paix de Woluwe-Saint-Pierre a relevé que, sur le site de l'organisateur de voyage, « la "réservation" s'opère par un clic sur un bouton intitulé "RÉSERVER" et ensuite sur un autre bouton intitulé "CONFIRMER VOTRE RÉSERVATION", sans que la mention exigée par l'article VI.46 ("commande avec obligation de paiement") ou une formule analogue apparaisse sur le bouton ou la fonction, les mentions relatives à l'obligation de payer étant inscrites en petits caractères à un autre emplacement ». Il en découle, selon lui, que l'entreprise n'a pas respecté son obligation d'information renforcée. Une telle conclusion est confirmée par le fait que la description du processus de commande dans les conditions générales ne correspond pas à ce qui est déployé sur le site. Cela a pu créer, dans le chef du consommateur, encore plus de confusion sur la nature de son engagement. Par conséquent, le juge a appliqué la sanction prévue par l'article VI.46, § 2, selon laquelle dans l'hypothèse d'un manquement à l'obligation d'information sur l'obligation de payer, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande. La décision paraît particulièrement sévère dans le chef de l'entreprise. À l'instar d'Hervé Jacquemin, on se demande, en effet, « comment un consommateur a pu, de bonne foi, cliquer à deux reprises sur un bouton contenant le mot "réserver", en considérant qu'il n'était pas lié par un contrat et qu'il s'agissait d'une simple simulation... »¹⁰⁴. À ce titre, la décision s'avère critiquable en ce qu'elle ne semble pas viser la recherche d'un équilibre, pourtant souhaitable, entre la protection du consommateur d'une part et la compétitive des entreprises d'autre part¹⁰⁵.

23. Contraintes d'espace et de temps pour la fourniture des informations sur le droit de rétractation. Parmi les droits dont bénéficie le consommateur dans le cadre d'un contrat à distance, le plus emblématique est très probablement le droit de rétractation. Ce droit permet au consommateur de se rétracter de sa commande dans un délai de quatorze jours¹⁰⁶. Pour qu'il soit en mesure d'exercer son droit de rétractation, le consommateur doit être informé en amont des modalités d'exercice d'un tel droit. En ce sens, la directive 2011/83 impose au professionnel de fournir au consommateur, avant que celui-ci ne soit lié par un contrat à distance, un certain nombre d'informations dont celles relatives au droit de rétractation. L'article 6, § 1^{er}, sous h), transposé en droit belge à l'article VI.45, § 1^{er}, 8^o, du Code de droit économique, oblige le professionnel à fournir « lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit conformément à l'article 11, paragraphe 1, ainsi que le modèle de formulaire de rétractation figurant à l'annexe I, point B ». Par dérogation, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de la directive 2011/83, lorsque le contrat est conclu par une technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace et de temps pour la présentation des

¹⁰² Code de droit économique, art. VI.46, § 2, al. 2.

¹⁰³ Code de droit économique, art. VI.46, § 2, al. 2.

¹⁰⁴ H. JACQUEMIN, « Note sous le jugement de la justice de paix de Woluwe-Saint-Pierre du 13 septembre 2019 – Sanctions du non-respect de la mention "commande avec obligation de paiement" dans les contrats en ligne », *J.J.P.*, 2020, p. 588.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Le droit de rétractation est prévu par l'article 9 de la directive 2011/83, précitée, et par l'article VI.47 et suivants du Code de droit économique.

informations, le professionnel peut se contenter de ne fournir qu'une partie de ces informations (pour autant qu'il communique par ailleurs l'ensemble des autres informations exigées sous une forme adaptée). Cette dérogation se retrouve en droit belge à l'article VI.46, § 4, du Code de droit économique. Parmi les informations minimales devant être fournies, on trouve les informations concernant le droit de rétractation. Dans un arrêt *Walbusch* du 23 janvier 2019¹⁰⁷, la Cour a précisé la portée du tempérament posé par l'article 8, paragraphe 4.

Dans l'affaire qui était soumise à la Cour, le professionnel proposait la conclusion de contrats à distance via un prospectus contenant un bon de commande inséré dans différents journaux et revues. Une association de lutte contre les pratiques déloyales reprochait à ce professionnel de n'avoir pas communiqué de formulaire de rétractation avec ce prospectus.

Au préalable, la Cour est revenue sur la notion de « technique de communication imposant des contraintes d'espace et de temps ». Elle a précisé que ne peut correspondre à cette notion, et bénéficier de la dérogation, que la technique qui ne peut objectivement¹⁰⁸ pas contenir l'ensemble des informations exigées à l'article 6, ce compte tenu de l'espace et du temps occupés par la communication et de la taille minimale du caractère typographique qui serait appropriée pour un consommateur moyen destinataire de cette communication¹⁰⁹.

Dans une telle hypothèse où la technique de communication utilisée empêche de fournir, au stade de la communication, l'ensemble des informations requises, le professionnel doit néanmoins fournir *a minima* un certain nombre d'informations dont les informations relatives au droit de rétractation. Toutefois, la Cour a jugé que le modèle de formulaire de rétractation figurant à l'annexe I, partie B, peut être communiqué par une autre source dans un langage clair et compréhensible¹¹⁰ et n'a donc pas à être joint à la communication en question.

3. Précisions sur l'étendue du droit de rétractation

24. L'application du droit de rétractation pour un matelas descellé. L'affaire *Slewo*¹¹¹ a permis à la Cour de préciser l'étendue de l'une des exceptions légales au droit de rétractation¹¹². Les faits ayant donné lieu à la saisine de la Cour portaient sur l'achat à distance, par un consommateur, d'un matelas, revêtu d'un film protecteur, retiré par le consommateur une fois le matelas réceptionné. Ce consommateur a souhaité exercer son droit de rétractation, ce qui lui a été refusé implicitement par le vendeur.

¹⁰⁷ C.J., arrêt *Walbusch* *Walter Busch GmbH & Co. KG c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV*, 23 janvier 2019, C-430/17, EU:C:2019:47. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. F. БИЕВУЧК, « Arrêt "Walbusch Walter Busch": l'information précontractuelle du consommateur dans le contexte des contrats à distance », *J.D.E.*, 2019/5, n° 259, pp. 204-205.

¹⁰⁸ Le choix du terme « objectivement » n'est pas anodin. La cour précise effectivement que les choix opérés par le professionnel quant à l'aménagement et l'utilisation de l'espace et du temps dont il dispose ne sont pas pertinents aux fins de cette appréciation, voy. C.J., arrêt *Walbusch*, 23 janvier 2019, C-430/17, précité, point 39.

¹⁰⁹ C.J., arrêt *Walbusch*, 23 janvier 2019, C-430/17, précité, point 39.

¹¹⁰ C.J., arrêt *Walbusch*, 23 janvier 2019, C-430/17, précité, point 46.

¹¹¹ C.J., arrêt *slewo – schlafen leben wohnen GmbH c. Sascha Ledowski*, 27 mars 2019, C-681/17, EU:C:2019:255. Pour un commentaire de la décision, voy. notamment A. MICHEL, « [Contrat en ligne et droit de rétractation] Matelas et vêtements dans le même sac? », *D.C.C.R.*, 2020/1, pp. 34-46.

¹¹² Pour la liste de ces exceptions légales, voy. directive 2011/83, précitée, art. 16 et Code de droit économique, art. 53.

Il s'agissait alors, pour la Cour, de déterminer la portée à donner à l'exception au droit de rétractation concernant les « biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène »¹¹³. Selon la Cour, « c'est la nature [du] bien qui est susceptible de justifier le scellement de son emballage pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène »¹¹⁴. La Cour a ajouté que l'exception prévue à l'article 16, sous e), « ne trouve à s'appliquer que si, une fois son emballage descellé, le bien qu'il contient n'est définitivement plus en état d'être commercialisé, pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène, étant donné que la nature même de ce bien rend impossible ou excessivement difficile au professionnel de prendre des mesures permettant de le remettre en vente sans pour autant nuire à l'un ou l'autre de ces impératifs »¹¹⁵. La possibilité pour le vendeur de remettre le bien en état et de le commercialiser à nouveau par la suite est donc un élément déterminant pour l'appréciation. La Cour a considéré qu'une telle possibilité paraît ouverte concernant un matelas, dans la mesure où, même lorsque ce bien a potentiellement été utilisé ou essayé, un tel acte ne rend pas le matelas « définitivement impropre à faire l'objet d'une nouvelle utilisation par un tiers ou d'une nouvelle commercialisation ». Elle a relevé qu'en effet, un matelas, comme un vêtement, peut être lavé en profondeur par le vendeur si besoin¹¹⁶. En conclusion, le droit de rétractation ne saurait être exclu dans le cas d'un contrat à distance portant sur la vente d'un matelas scellé qui a été descellé à réception. Une telle analyse paraît critiquable en ce que la comparaison entre un matelas et un vêtement ne semble pas tout à fait pertinente. Les efforts à réaliser pour laver le premier et le remettre en l'état pour être commercialisable semblent, en effet, à première vue bien plus importants que ceux à effectuer pour laver le second. Par ailleurs, dès lors qu'un consommateur est en mesure de vérifier que le matelas qu'il a commandé correspond bien à ses attentes sans qu'il n'ait à le desceller (comme d'ailleurs il sera contraint de le faire dans nombre de points de vente physiques), il ne semblerait pas disproportionné d'exiger de lui qu'il ne descelle pas le matelas pour pouvoir bénéficier du droit de rétraction.

Comme le rappelle la Cour, il reste que le consommateur peut toujours voir sa responsabilité engagée en cas de dépréciation du bien qui résulterait de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de celui-ci¹¹⁷. Le vendeur n'est donc pas démuné face à une utilisation du bien par le consommateur qui lui causerait un dommage.

25. L'application du droit de rétractation lorsque le bien doit être confectionné selon les spécifications du consommateur. La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur une autre exception admise au droit de rétractation : celle selon laquelle aucun droit de rétractation n'est reconnu en ce qui concerne la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés. Dans l'affaire *Möbel Kraft GmbH & Co. KG c. ML*¹¹⁸, il était posé à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : l'exception au droit de rétractation relevée ci-dessus est-elle « opposable au consommateur qui a conclu un contrat hors établissement

¹¹³ Cette exception est prévue à l'article 16, sous e), de la directive 2011/83, précitée.

¹¹⁴ C.J., arrêt *slewo*, 27 mars 2019, C-681/17, précité, point 37.

¹¹⁵ C.J., arrêt *slewo*, 27 mars 2019, C-681/17, précité, point 40.

¹¹⁶ C.J., arrêt *slewo*, 27 mars 2019, C-681/17, précité, point 42.

¹¹⁷ C.J., arrêt *slewo*, 27 mars 2019, C-681/17, précité, point 47.

¹¹⁸ C.J., arrêt *Möbel Kraft GmbH & Co. KG contre ML*, 21 octobre 2020, C-529/19, EU:C:2020:846.

portant sur la vente d'un bien qui devra être confectionné selon ses spécifications, alors même que le professionnel n'a pas entamé la production dudit bien»¹¹⁹? Pour la Cour, la réponse doit être positive, le consommateur ne doit pas bénéficier d'un droit de rétractation dans de telles circonstances.

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de vente portant sur une cuisine intégrée dont certains éléments auraient dû être adaptés sur place. Le consommateur aurait décidé de se rétracter à un moment où le professionnel n'avait pas encore entamé la fabrication des éléments de la cuisine faisant l'objet du contrat¹²⁰.

Pour la Cour, la sécurité juridique des transactions entre le professionnel et le consommateur implique que l'existence ou l'absence du droit de se rétracter ne devrait pas dépendre de l'état d'avancement de l'exécution du contrat par le professionnel, «état d'avancement dont le consommateur n'est, en règle générale, pas informé et à l'égard duquel il ne dispose, à plus forte raison, d'aucune prise»¹²¹. Pour aboutir à une telle conclusion, la Cour précise que, contrairement à d'autres exceptions légalement reconnues au droit de rétractation¹²², «rien dans le libellé de l'article 16, point c), de la directive 2011/83 n'indique que l'exception au droit de rétractation que cette disposition prévoit est tributaire de la survenance d'un quelconque événement postérieur à la conclusion du contrat» et qu'il «ressort, au contraire, expressément de ce libellé que cette exception est inhérente à l'objet même d'un tel contrat, à savoir la production d'un bien fabriqué selon les spécifications du consommateur»¹²³. Pour la Cour, l'opposabilité d'une telle exception au droit de rétractation doit donc s'imposer au consommateur d'emblée, indépendamment de la survenance d'un événement ultérieur à la conclusion du contrat, comme le début ou non de son exécution par le professionnel¹²⁴.

4. L'interdiction de faire peser sur le consommateur les frais d'une ligne téléphonique excédant le tarif de base

26. La mise à disposition d'un numéro de téléphone à un tarif plus élevé que le tarif de base. Dans l'affaire *Starman*, dans laquelle la Cour s'est prononcée par un arrêt du 13 septembre 2018, un professionnel avait mis à disposition du consommateur plusieurs numéros de téléphone pour pouvoir être contacté au sujet d'un contrat conclu¹²⁵. À côté d'un numéro d'appel soumis au tarif de base était proposé sur le site un autre numéro abrégé soumis à un tarif plus élevé que le tarif de base. Le consommateur avait le choix entre les deux numéros de téléphone et n'était donc pas contraint d'utiliser le numéro dont le tarif était plus élevé. Se posait alors la question de savoir

¹¹⁹ C.J., arrêt *Möbel*, 21 octobre 2020, C-529/19, point 15. La disposition en jeu est l'article 16, point c), de la directive 2011/83. Elle s'applique tant au contrat hors établissement qu'au contrat à distance, de sorte que l'on peut considérer que la décision de la Cour qui porte en l'espèce sur un contrat conclu hors établissement sera transposable au contrat conclu à distance.

¹²⁰ C.J., arrêt *Möbel*, 21 octobre 2020, C-529/19, point 10.

¹²¹ C.J., arrêt *Möbel*, 21 octobre 2020, C-529/19, points 28 et 29.

¹²² Par exemple, l'exception concernant la fourniture de biens scellés, mentionnée *supra*, n° 24, qui ne devient opposable que si le bien a été descellé par le consommateur après la livraison. Voy. C.J., arrêt *Möbel*, 21 octobre 2020, C-529/19, points 22 et 23.

¹²³ C.J., arrêt *Möbel*, 21 octobre 2020, C-529/19, point 24.

¹²⁴ C.J., arrêt *Möbel*, 21 octobre 2020, C-529/19, point 24.

¹²⁵ C.J., arrêt *Starman AS c. Tarbijakaitseamet*, 13 septembre 2018, C-332/17, EU:C:2018:721.

si le consommateur qui optait pour le numéro d'appel abrégé devait payer les frais dépassant le tarif de base.

Pour la Cour, la réponse est négative. Elle a interprété, pour cela, l'article 21 de la directive 2011/83 qui exige des États membres qu'ils « veillent à ce que, lorsque le professionnel exploite une ligne de téléphone pour le contacter au sujet du contrat conclu, le consommateur, lorsqu'il contacte le professionnel, ne soit pas tenu de payer plus que le tarif de base ». Pour la Cour, il ne saurait être imputé au consommateur qui utilise une ligne téléphonique pour exercer les droits qui lui sont reconnus par la directive 2011/83, de frais plus élevés que le tarif de base¹²⁶. Par ailleurs, l'objectif poursuivi par la directive 2011/83 est celui d'un niveau élevé de protection du consommateur et d'une harmonisation complète de certains aspects des contrats conclus avec les consommateurs¹²⁷. Un tel objectif « serait compromis si le consommateur devait payer plus que le tarif de base en appelant le numéro abrégé du professionnel [...] pour clarifier des questions relatives à l'exécution de ce contrat ou pour faire valoir des droits garantis »¹²⁸.

D. Preuve électronique et exigence de forme

1. Réforme du Code civil et nouveau livre 8

27. Un nouveau Code civil¹²⁹. Aborder la preuve électronique nécessite de rappeler que la réforme du droit de la preuve a été adoptée en séance plénière, au Parlement, le 4 avril 2019. La loi du 13 avril 2019 a créé un nouveau Code civil¹³⁰ et y a introduit un nouveau livre 8. Il est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020. La preuve en droit privé est désormais régie essentiellement par les articles 8.1 à 8.39 du Code civil et les articles 870 et suivants du Code judiciaire. Le Code civil définit désormais les notions fondamentales en droit de la preuve, règle la question de l'objet, de la charge de la preuve et du degré de preuve requis (art. 8.3, 8.4 et 8.5), énumère les divers modes de preuve et indique leur valeur ou force probante respective¹³¹. On y retrouve cinq modes de preuve : la preuve par écrit signé (acte authentique ou acte sous signature privée), la preuve par témoins, les présomptions de fait, l'aveu et le serment.

L'intégration des nouvelles technologies dans le droit de la preuve est l'un des axes ayant guidé cette réforme. Le constat était sans appel : « le droit de la preuve civile ne correspond plus aux besoins de la société d'aujourd'hui » et « il est insuffisamment adapté aux développements technologiques »¹³². Le législateur a pris le parti de définir certains concepts fondamentaux comme

¹²⁶ C.J., arrêt *Starman*, 13 septembre 2018, C-332/17, précité, point 25.

¹²⁷ C.J., arrêt *Starman*, 13 septembre 2018, C-332/17, précité, point 27.

¹²⁸ C.J., arrêt *Starman*, 13 septembre 2018, C-332/17, précité, point 29.

¹²⁹ Nous employons les expressions « ancien Code civil » pour les dispositions du Code civil de 1804 et « Code civil » pour les dispositions édictées par la loi du 13 avril 2019 conformément à l'article 2 de la loi du 13 avril 2019.

¹³⁰ Article 2 de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2020.

¹³¹ Notons que dans le cadre de la réforme, le législateur a maintenu le principe de la preuve réglementée, lequel est inscrit à l'article 8.9 du Code civil. Cette disposition énonce deux grandes règles. « En vertu de la première, un écrit signé est en principe exigé pour prouver un acte juridique dont la valeur excède 3.500,00 EUR. En vertu de la seconde, un écrit signé est exigé pour prouver outre ou contre un autre écrit signé ».

¹³² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 4.

l'écrit ou la signature tout en reconnaissant expressément ceux-ci lorsqu'ils se réalisent dans un environnement numérique.

28. Définitions pertinentes. L'article 8.1, 1°, du Code civil définit l'écrit comme « un ensemble de signes alphabétiques ou de tous autres signes intelligibles apposés sur un papier ou tout autre support permettant d'y accéder pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et de préserver leur intégrité, quels que soient le support et les modalités de transmission »¹³³. Au sens de l'article 8.1, 2°, la signature consiste en « un signe ou une suite de signes tracés à la main, par voie électronique ou par un autre procédé, par lesquels une personne s'identifie et manifeste sa volonté »¹³⁴. La définition de la signature électronique inscrite à l'article 8.1, 3°, du Code civil consiste en un renvoi aux articles 3.10. à 3.12 du règlement eIDAS^{135, 136}.

2. Preuve d'un acte juridique par voie électronique

29. Introduction. Dans le cadre de la présente chronique, nous épinglons, dans un premier temps, des décisions jurisprudentielles au sein desquelles les cours et tribunaux ont analysé la question de l'admissibilité en justice et de la valeur probante/force probante de documents tels que des sms, des échanges Messenger ou Facebook ainsi que des emails. Nous nous posons, dans un second temps, la question de savoir si ces litiges, nécessairement antérieurs à la réforme du Code civil, auraient pu connaître un autre sort sous l'égide du nouveau livre 8. D'emblée, nous constatons que pendant les années 2018-2020, la valeur probante des actes électroniques n'a pas animé les prétoires.

30. Preuve d'un contrat de prêt par sms. À plusieurs reprises¹³⁷, la cour d'appel de Mons a été saisie de la question de savoir si la preuve de l'existence d'un prêt et du montant emprunté pouvait être rapportée par la production de sms. La juridiction procède, à juste titre, à un raisonnement en trois temps : elle analyse la question de la charge de la preuve, puis de l'objet de la preuve et enfin, de l'admissibilité du mode de preuve invoqué.

Tout d'abord, pour la Cour, en application des articles 1315, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil (article 8.4, § 1^{er}, du Code civil) et 870 du Code judiciaire, l'existence du prêt alléguée étant contestée, il appartient aux créanciers prêteurs, d'en apporter la preuve¹³⁸.

¹³³ Cette définition est désormais presque identique à la définition de l'écrit électronique qui figure à l'article XII.15, § 2, du Code de droit économique (CDE) et ce, depuis sa modification par la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, *M.B.*, 10 octobre 2018.

¹³⁴ La définition reprend les deux fonctions de base généralement reconnues à la signature, à savoir permettre d'imputer la signature à une personne et manifester son adhésion au contenu de l'acte. Voy. D. MOUGENOT, *Les obligations*, t. IV, *Rép. not.*, Livre 2, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 161.

¹³⁵ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O.*, L 257, 28 août 2014, pp. 73-114.

¹³⁶ Voy. également l'article XII.15, § 2, du CDE qui reprend une définition fonctionnelle de la signature électronique très proche de celle désormais contenue à l'article 8.1, 3°, du Code civil.

¹³⁷ Mons (16^e ch.), 3 décembre 2020, R.G. n° 2019/767, inédit; Mons (16^e ch.), 10 octobre 2019, R.G. n° 2018/538, inédit.

¹³⁸ Voy. également J.P. Herzele, 20 juin 2019, *J.J.P.*, 2020, pp. 589-590.

Ensuite, la Cour ajoute que la preuve de l'existence d'un contrat de prêt suppose la preuve de la remise des fonds et de l'existence d'une obligation de restitution¹³⁹.

Enfin, concernant l'admissibilité des modes de preuve, la Cour rappelle que la preuve de l'existence d'un contrat de prêt portant sur un montant supérieur à 375 euros (désormais 3500 euros) doit être rapportée par un acte sous seing privé ou un acte authentique (article 1341 de l'ancien Code civil; article 8.9, § 1^{er}, du Code civil). Aux termes de l'article 1347 de l'ancien Code civil (article 8.13 du Code civil), l'article 1341 de l'ancien Code civil (article 8.9) reçoit exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, lequel doit être, en outre, corroboré par un autre mode de preuve (témoignages ou présomptions). Le commencement de preuve par écrit est défini à l'article 8.1, 7° en ces termes: « tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte juridique ou de celui qu'il représente¹⁴⁰, rend vraisemblable l'acte juridique allégué ».

Dans les deux cas soumis à la cour d'appel de Mons, la convention de prêt alléguée n'est pas constatée au sein d'un acte sous seing (signature) privé(e). Les créanciers soutiennent toutefois que la preuve qui leur incombe est rapportée par un commencement de preuve par écrit que constituent des sms, corroboré par diverses présomptions.

Au sein de la première décision, la cour d'appel retient que les sms contiennent une promesse de remboursement émanant des défendeurs – qui ne contestent pas être les auteurs ni ne remettent en cause l'exactitude de leur contenu – et constituent un commencement de preuve par écrit. Celui-ci est en outre complété par des présomptions précises et concordantes étant des mentions d'« aide financière » et de « remboursement d'aide financière » figurant sur les extraits de compte des deux parties¹⁴¹. Dans le second litige, et à juste titre, la juridiction ne peut considérer que les sms rendent vraisemblables l'existence d'un contrat de prêt étant contredit par un document émanant du prêteur attestant du remboursement du montant par l'emprunteur.

Un raisonnement identique nous semble pouvoir être tenu en application du livre 8: s'ils ne sont pas signés, les sms peuvent valoir à titre de commencement de preuve par écrit pour autant qu'ils répondent aux conditions de l'article 8.1, 7°, du Code civil.

31. Preuve d'un contrat de prêt par messages échangés sur le réseau social Facebook. Le litige tranché par le juge de paix de Herzele permet d'illustrer la question de savoir si un message envoyé via le réseau social Facebook peut constituer un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 8.1, 7°, du Code civil (et de l'ancien article 1347 du Code civil). En l'espèce, le demandeur sollicite le remboursement d'une somme de 3.200,00 EUR laquelle découle de plusieurs prêts qu'il prétend avoir consentis au défendeur. Est produit à l'appui de ses prétentions, un message Facebook écrit le 8 juin 2018 par le défendeur au sein duquel ce dernier

¹³⁹ J.P. Herzele, 20 juin 2019, *J.J.P.*, 2020, pp. 589-590: « La simple preuve du versement d'une somme d'argent via la production d'un relevé bancaire ne suffit pas à prouver l'existence d'un contrat de prêt, lequel suppose non seulement la preuve de la remise des fonds mais aussi une obligation de restitution ».

¹⁴⁰ Comme le souligne à juste titre R. Jafferli, « D'un point de vue strictement grammatical, la représentation n'est donc pas effectuée *au profit* de celui auquel l'acte est opposé, mais bien *par* celui-ci. En d'autres termes, selon la lettre de la loi, le commencement de preuve par écrit devrait émaner de celui auquel on l'oppose *ou du représenté*, l'écrit étant opposé *au représentant* (...) C'est pourquoi Laurent lui-même critiquait la formulation du texte en proposant d'y ajouter: "ou par lequel il est représenté" » (R. JAFFERLI, « Observations pointillistes sur le nouveau droit de la preuve », in *Liber amicorum P A Foriers*, à paraître, 2021, n° 21).

¹⁴¹ Mons (16^e ch.), 3 décembre 2020, R.G. n° 2019/767, inédit.

demande de l'aide et précise qu'il remboursera la somme versée le mois prochain. Le demandeur a répondu positivement à ce message via le réseau social et le lendemain, a transféré une somme de 700 euros. Après avoir constaté qu'il ne peut être sérieusement contesté que ce message Facebook provient de la partie défenderesse elle-même, le juge de paix estime qu'à l'instar d'un e-mail ou d'un sms, un message Facebook peut être considéré comme un commencement de preuve par écrit s'il est établi qu'il émane de la personne contre laquelle il est invoqué et rend vraisemblable le fait allégué.

L'exigence d'écrit au sens de l'article 8.1, 7°, du Code civil ne semble pas poser question en l'espèce¹⁴². Une publication Facebook a été, par le passé, considérée comme un écrit¹⁴³.

La seconde condition nécessaire à l'établissement d'un commencement de preuve par écrit – soit émaner de la personne contre laquelle l'acte est invoqué – n'est pas, selon nous, sans susciter débats en matière d'échanges de messages via le réseau social Facebook. En effet, les messages envoyés via le réseau offrent peu de garantie quant à l'identité de l'expéditeur¹⁴⁴. L'origine du message n'a pas été contestée dans le cas d'espèce tranché et est confirmée par l'action du demandeur qui, dès le lendemain, a transféré une somme de 700 euros sur le compte du défendeur rendant l'existence du contrat de prêt vraisemblable. La recevabilité en justice de messages Facebook en tant qu'élément de preuve ne paraît pas devoir être remise en cause, sous réserve d'arguments qui surgiraient quant à la confidentialité de tels échanges et à la manière dont une partie étrangère à la conversation prendrait connaissance de ceux-ci¹⁴⁵.

32. Preuve d'un contrat par la production de documents électroniques produits lors d'une inscription en ligne. Le juge de paix de Bruges¹⁴⁶ a été saisi de la question de savoir si une entreprise de formation professionnelle, en produisant divers documents électroniques émanant d'une inscription en ligne, apporte la preuve de la conclusion d'un contrat avec l'étudiant potentiel. L'étudiant s'est inscrit à une formation d'agent de sécurité via un formulaire d'inscription électronique en mentionnant diverses informations à caractère personnel en mai 2017. Après son inscription sur le site internet de l'entreprise, celle-ci a envoyé une confirmation par courriel, la facture en version électronique et en version papier. L'étudiant ne s'est jamais présenté au cours et n'a pas payé la facture litigieuse. Ces divers documents électroniques étaient fournis à l'appui de sa demande de condamnation à la facture litigieuse. Sur la base des éléments de preuve apportés, le juge de paix conclut que le demandeur apporte la preuve de l'existence d'un contrat et condamne, en conséquence, l'étudiant défendeur au paiement de la facture restée en souffrance¹⁴⁷. Le juge décide qu'il existe une signature électronique conforme aux exigences de

¹⁴² Néanmoins, pourrait se poser la question de savoir si l'écrit exigé au sens de l'article 8.1, 7°, du Code civil est un écrit au sens de l'article 8.1, 1° lequel devrait donc rencontrer les trois fonctions assignées à celui-ci: la lisibilité et la stabilité sont rencontrées. Par contre, un débat pourrait se nouer quant à l'exigence du maintien de l'intégrité de l'information.

¹⁴³ Voy. J.P. Huy, 12 février 2014, *J.J.P.-TVred.*, 2015/5-6, pp. 221-224: «La publication par le bailleur d'un message sur Facebook indiquant la remise en location d'un bien constitue un écrit au sens de l'article 1347 du Code civil».

¹⁴⁴ Voy. Anvers, 29 avril 2013, *NJW*, 2014, 319.

¹⁴⁵ Nous renvoyons le lecteur au point relatif à l'application de la jurisprudence Antigonie en matière civile.

¹⁴⁶ J.P. Bruges, 15 novembre 2018, *J.J.P.*, 2019, pp. 615-616 et note de H. JACQUEMIN, «La souscription du service sur un site internet permet-elle de prouver l'existence d'un contrat?», *J.J.P.*, 2019, pp. 617-626.

¹⁴⁷ Nous renvoyons le lecteur à la note de H. JACQUEMIN, «La souscription du service sur un site internet permet-elle de prouver l'existence d'un contrat?», *op. cit.*, p. 618: La question tranchée par le cas d'espèce vise à établir si «les docu-

l'article 1322, alinéa 2, de l'ancien Code civil. La qualité d'« écrit » des documents produits n'est en outre pas remise en cause par le magistrat. Sans aller jusqu'à conclure à l'existence d'un acte sous seing privé (au sens de l'art. 1341), le magistrat cantonal estime qu'il y a au moins commencement de preuve par écrit et présomptions. Il existe donc avec certitude une preuve suffisante de la conclusion de l'accord intervenu entre parties.

La résolution d'un tel litige nécessite l'application de deux principes fondamentaux. Premièrement, la théorie de l'équivalence fonctionnelle, inscrite à l'article XII.15, § 1^{er}, du Code de droit économique selon laquelle « on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir. Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel et dans l'environnement numérique sont alors jugés équivalents s'ils permettent de remplir les fonctions minimales reconnues à la formalité (l'écrit ou la signature) »¹⁴⁸. Deuxièmement, le principe de non-discrimination, contenu à l'article 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS, selon lequel l'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée¹⁴⁹.

En l'espèce, nous constatons que le juge n'écarte pas les éléments de preuve produits par le prestataire sous prétexte qu'ils sont électroniques afin de respecter le principe de non-discrimination. Le magistrat se pose à juste titre, et dans un second temps, la question de savoir si les fonctions assignées à la signature électronique par l'article 1322, alinéa 2, de l'ancien Code civil¹⁵⁰, sont rencontrées, soit l'identification de son auteur, la manifestation de son adhésion au contenu de l'acte et le maintien de l'intégrité¹⁵¹. Sur la base d'une analyse fonctionnelle, le juge de paix décide que les conditions du commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 de l'ancien Code civil sont réunies tout en mettant l'accent sur l'existence d'un silence circonstancié du client, interprété comme une approbation de sa part¹⁵².

ments électroniques produits lors d'une inscription en ligne sur un site internet peuvent être utilisés par le prestataire pour démontrer qu'un écrit signé électroniquement a été valablement établi à des fins probatoires ou, en tout état de cause, qu'ils peuvent constituer un commencement de preuve par écrit, complété par des témoignages ou des présomptions ».

¹⁴⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 341.

¹⁴⁹ Voy. également le considérant 49 du règlement eIDAS.

¹⁵⁰ La définition de la signature électronique introduite à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil par la loi du 20 octobre 2000 était critiquée par la doctrine pour son caractère inadéquat et son articulation difficile avec les principes du règlement eIDAS. Les auteurs avaient justement critiqué le fait que la fonction du maintien de l'intégrité du contenu de l'acte avait été assignée à la signature électronique par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil et non pas à l'écrit. Voy. notamment E. MONTERO, *op. cit.*, p. 70; B. LOSDYCK, *op. cit.*, pp. 170-172; F. GEORGE, J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET, A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 198.

¹⁵¹ La signature électronique était définie fonctionnellement de la façon suivante lors de la résolution du litige par le juge de paix de Bruges: « l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite en cas d'usage d'une signature dans les conditions fixées à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ou en cas d'utilisation d'une signature électronique qualifiée au sens de l'article 3.12. du règlement eIDAS » (art. XII.15, § 2, CDE avant sa modification par la loi du 20 septembre 2018).

¹⁵² H. JACQUEMIN, « La souscription du service sur un site internet permet-elle de prouver l'existence d'un contrat ? », *op. cit.*, p. 62.

Un résultat différent serait-il intervenu en application du nouveau livre 8 ? Nous ne le pensons pas. Certes, la présente affaire aurait été soumise au principe de la liberté de la preuve dès l'instant où le seuil au-delà duquel la preuve réglementée s'applique a été porté à 3.500 euros par l'article 8.9 du Code civil. Le magistrat aurait parfaitement pu considérer que les éléments déposés constituaient un écrit signé sur la base du raisonnement suivant. La première question à se poser est la suivante: le procédé utilisé permet-il de remplir les trois fonctions assignées à l'écrit (lisibilité, stabilité, intégrité) et notamment celle visant à préserver l'intégrité du contenu de l'écrit ? Concrètement, les données émanant de la base électronique du prestataire auraient-elles pu être modifiées ou ces modifications seraient-elles, à tout le moins, traçables¹⁵³ ? Dès l'instant où l'entreprise transmet un email de confirmation au client sur l'adresse mail personnelle que ce dernier a lui-même renseigné, les fonctions de l'écrit paraissent être préservées, outre l'absence de modifications relevées par le débiteur. S'agissant de la signature, il convient de rappeler que divers procédés de signature bénéficient du principe de non-discrimination inscrit à l'article 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS¹⁵⁴. Afin de pouvoir reconnaître la valeur probante assignée à une signature, le juge doit vérifier que le procédé utilisé permet à son émetteur de remplir les deux fonctions assignées à celle-ci : l'identification de son auteur et l'adhésion de celui-ci au contenu de l'acte. Si tel est le cas, le juge reconnaîtra à l'écrit signé la qualité d'acte sous signature privée au sens de l'article 8.1, 4^o, et partant, la force probante qui y est réservée par l'article 8.18 du Code civil. Si le procédé utilisé ne peut être reconnu en tant que signature, l'écrit électronique vaudra à titre de commencement de preuve par écrit au sens de l'article 8.1, 7^o, du Code civil et la décision du magistrat cantonal restera, en droit, inchangée.

3. Formalisme de validité

33. Congé notifié par email. Après avoir rappelé¹⁵⁵ qu'en droit commun du bail, la résiliation est libre de toute forme et ne doit pas faire l'objet de formalités particulières, le juge de paix de Landen-Zoutleeuw estime que le congé d'un bail d'habitation peut être valablement notifié par e-mail, lorsque tant l'envoi que la réception de cet e-mail sont reconnus par l'autre partie¹⁵⁶.

4. Dépôt électronique via DPA et/ou e-Deposit ?

34. Rappel du cadre légal. L'article 32ter du Code judiciaire dispose que toute notification ou toute communication à ou tout dépôt de documents (conclusions, avis de fixation, etc.) entre une série d'acteurs de la Justice (y compris les avocats) peut se faire au moyen du système informatique de la justice désigné par le Roi. Il ajoute que le recours à ce système informatique peut être imposé par le Roi. L'article 1^{er} de l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique (tel qu'adapté par l'arrêté royal du 9 octobre 2018) désigne les deux systèmes informatiques de la justice suivants, visés à l'article 32ter précité :

¹⁵³ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel*, op. cit., p. 126.

Voy. projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 6. Selon les travaux préparatoires, il n'est pas exigé que la modification soit visible à l'écran mais elle doit être traçable dans le système utilisé. Un simple doute quant à l'intégrité d'un document ne suffit pas à considérer qu'il ne constitue pas un écrit.

¹⁵⁴ F. GEORGE, J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », op. cit., p. 201.

¹⁵⁵ Voy. les références citées au sein de la décision.

¹⁵⁶ J.P. Landen-Zoutleeuw, 21 février 2019, *J.J.P.*, 2019, pp. 389-394.

- le réseau *e-Box*, pour les notifications ou communications et pour les dépôts;
- le système *e-Deposit*, pour le dépôt de conclusions, mémoires et pièces et les lettres d'accompagnement des conclusions, des mémoires et des pièces.

Par son article 4, l'arrêté royal du 9 octobre 2018 a adapté l'article 10 de l'arrêté royal du 16 juin 2016 afin de permettre au ministre de la Justice d'imposer que, pour toutes les communications de et à destination de personnes visées à l'article 32ter, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, l'accès aux systèmes informatiques, ainsi que l'identification, l'authentification et le contrôle de cet accès, se fassent par le biais des systèmes informatiques gérés par leurs organisations professionnelles ou par les préposés désignés par eux.

À ce titre, l'article 3 de l'arrêté ministériel du 20 juin 2016, tel que modifié par l'arrêté ministériel du 9 octobre 2018, avait désigné le système DPA¹⁵⁷ (*Digital Platform for Attorney*) comme l'unique interface de communication pour les avocats avec *e-Deposit* et *e-Box*. Cette plateforme réservée et initialement obligatoire pour les avocats permet à ces derniers de télécharger des conclusions et pièces qui sont, dans un second temps, remises au greffe via *e-Deposit*¹⁵⁸.

35. Question posée. Si le processus de dématérialisation des communications entre les parties au procès et les greffes constitue une avancée significative, qui connaît un succès certain auprès des utilisateurs, et qui a facilité la poursuite de l'activité judiciaire en période de confinement, la volonté d'imposer aux avocats l'utilisation du système DPA a suscité des critiques majeures. Durant la période concernée par la présente chronique, le tribunal de l'entreprise de Bruxelles¹⁵⁹ et le Conseil d'État¹⁶⁰ se sont penchés sur la légalité de ce système DPA¹⁶¹. La question examinée était la suivante: en soumettant intégralement l'accès à la communication électronique avec la Justice à la gestion d'un système informatique des organisations professionnelles, le Roi et le ministre excédaient-ils leur compétence et partant, violaient-ils l'article 32ter du Code judiciaire? Deux critiques principales étaient opposées à la digitalisation de la Justice via le système DPA par l'OVB et Avocats.be: d'une part, l'interdiction faite aux avocats d'utiliser *e-Deposit* en direct et l'obligation corrélatrice de passer par l'intermédiaire de la DPA; le fait qu'à l'inverse du système *e-Deposit*, le recours à la DPA était payant, d'autre part¹⁶².

36. Arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2019. L'article 32ter, alinéa 2, du Code judiciaire habilite le Roi à imposer l'utilisation du « système informatique précité » aux acteurs de la Justice. Par les termes « système informatique précité », cette phrase vise uniquement, dans l'état actuel de la réglementation, *e-Box* et *e-Deposit*. Cette disposition n'habilite pas le Roi à imposer – lui-même,

¹⁵⁷ Voy. J. ANGENOT, « La DPA est là », *J.T.*, 2018, p. 238.

¹⁵⁸ E. DE LOPHEM et A. PATERNOSTRE, « La remise des conclusions au greffe après l'arrêt du Conseil d'État du 12 décembre 2019 », *J.T.*, 2020/4, n° 6800, p. 63.

¹⁵⁹ Trib. entr. fr. Bruxelles, 27 septembre 2019, *J.T.*, 2019/38, pp. 797-798.

¹⁶⁰ C.E., arrêt n° 246.387 du 12 décembre 2019.

¹⁶¹ Voy. C. DUBOIS, « DPA-deposit et la digitalisation de la Justice: une valse à trois ou quatre temps? », *R.D.T.I.*, n° 76-77/2019, pp. 61-72; S. BAUDOIN et J.-B. HUBIN, « Quel modèle pour l'informatisation de la Justice? », *R.D.J.P.*, 2020, n° 2, pp. 42-49; E. DE LOPHEM et A. PATERNOSTRE, *op. cit.*, pp. 63-65; D. RYJOUKHINA, « Le Conseil d'État annule l'utilisation obligatoire de DPA – quelles implications pour les avocats? », *B.J.S.*, 2020/644, p. 16.

¹⁶² C. DUBOIS, V. MANSVELT et P. DELVENNE, « Entre nécessité et opportunités: la digitalisation de la justice belge par l'ordre des avocats », *Droit et société*, 103, 2019, p. 571; C. DUBOIS, *op. cit.*, p. 64.

Un tel coût est supporté par le justiciable.

ou par subdélégation au ministre – aux avocats le recours à un système informatique connecté au système informatique de la Justice, en l'espèce la DPA.

Le Conseil d'État estime que l'obligation de passer par cette plateforme privée, imposée par le Roi, et *a fortiori* par le ministre, même sur délégation, est contraire à l'article 32ter du Code judiciaire.

L'État belge et les Ordres des avocats ont tenté d'énoncer que la DPA constituerait seulement une « modalité » d'utilisation du système *e-Deposit*¹⁶³, dont l'objectif serait de contrôler l'accès au système, pour certifier la qualité d'avocat en vue d'assurer la confidentialité et l'effectivité de la communication¹⁶⁴.

Le Conseil d'État rejette l'argumentation en constatant, d'une part, que la DPA ne contrôle pas uniquement si son utilisateur a bien la qualité d'avocat lui permettant de déposer les actes de la procédure sur *e-Deposit*, d'autre part, que le système réalise la remise au greffe de l'acte de procédure.

Est également soulevée l'absence d'accès direct des avocats au système *e-Deposit*, laquelle est contraire à l'article 32ter, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, en vertu duquel tous les acteurs de la justice, en ce compris les avocats, doivent pouvoir communiquer entre eux par le biais du système informatique de la justice (*e-Deposit*).

Le Conseil d'État annule l'article 4 de l'arrêté royal du 9 octobre 2018 et l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 9 octobre 2018. Afin éviter toute incertitude quant à la régularité des remises aux greffes réalisées par le biais de la DPA avant l'arrêt d'annulation, le Conseil d'État maintient les effets des dispositions annulées, mais seulement en ce qui concerne les actes de procédure effectués jusqu'au 12 janvier 2020 au plus tard en application de ces dispositions¹⁶⁵.

37. Décision du tribunal de l'entreprise de Bruxelles. Le tribunal de l'entreprise de Bruxelles¹⁶⁶ aboutit à la même conclusion que celle du Conseil d'État. Dans le cadre d'un litige entre deux entreprises, la juridiction a, notamment, été saisie d'une demande d'écartement des conclusions déposées dans le délai par le défendeur via *e-Deposit* et non via la DPA. Le demandeur estime qu'en application des textes en vigueur, le dépôt, par un avocat, de conclusions via *e-Deposit* et non par la DPA est irrégulier. Le défendeur considère, en revanche, que l'obligation faite aux parties représentées par un avocat d'utiliser la DPA est contraire à la loi et qu'il convient d'écarter l'arrêté royal du 16 juin 2016 (tel qu'adapté par l'arrêté royal du 9 octobre 2018) en vertu de l'article 159 de la Constitution.

Le tribunal rappelle, à l'instar du Conseil d'État, que le seul système informatique de la justice désigné par le Roi au sens de l'article 32ter du Code judiciaire est le système *e-Deposit*. L'obligation de passer par le système DPA, imposée par le Roi, et *a fortiori* par le ministre, même sur délégation en vertu de l'article 3 de l'arrêté ministériel du 20 juin 2016, est contraire à l'article 32ter du Code judiciaire, ce que la hiérarchie des normes juridiques et la séparation des pouvoirs n'autorisent en aucun cas. Le tribunal de l'entreprise soulève l'existence d'une discrimination potentielle en

¹⁶³ E. DE LOPHEM et A. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁴ C.E., arrêt n° 246.387 du 12 décembre 2019, p. 8/31.

¹⁶⁵ C.E., arrêt n° 246.387 du 12 décembre 2019, pp. 25 et s.

¹⁶⁶ Trib. entr. fr. Bruxelles, 27 septembre 2019, *J.T.*, 2019/38, pp. 797-798.

ce que l'utilisation de la DPA est payante, à l'inverse d'*e-Deposit*. Sur base de ces considérations et en application de l'article 159 de la Constitution, le tribunal écarte l'application de l'article 3 de l'arrêté ministériel du 20 juin 2016 et estime en conséquence, que le dépôt des conclusions déposées par *e-Deposit* a été valablement effectué par le défendeur.

Actuellement, les avocats peuvent donc choisir¹⁶⁷ l'une des voies de dépôt d'actes de procédure visées à l'article 742 du Code judiciaire: un dépôt électronique payant via DPA, un dépôt électronique gratuit via *e-Deposit*¹⁶⁸, un dépôt « physique » ou l'envoi par courrier postal¹⁶⁹.

E. Responsabilité des prestataires intermédiaires

38. Introduction. Les articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique organisent un régime de responsabilité spécifique pour différentes catégories de prestataires intermédiaires de services de la société de l'information. Il a été adopté dans le but de favoriser le développement d'acteurs indispensables à la croissance du réseau Internet, afin de prévenir la mise en cause de leur responsabilité du fait d'informations qu'ils contribuent à diffuser, mais dont ils ne sont pas à l'origine. Ce régime est transposé, en droit belge, aux articles XII.17 à XII.20 du Code de droit économique. Il prévoit que la responsabilité des prestataires de services de fourniture d'accès à internet, de *caching*, et d'hébergement, ne peut être engagée du fait des informations qu'ils stockent ou qu'ils transmettent à l'occasion de ce service, pour autant que le service en cause revête un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que le prestataire qui se prévaut de l'application de ce régime n'ait pas la connaissance, ni le contrôle, des informations transmises ou stockées. En outre, ces prestataires de service ne peuvent se voir imposer une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou qu'ils stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits illicites. Depuis son entrée en vigueur, ce régime dérogatoire au droit commun a fait l'objet d'une jurisprudence conséquente¹⁷⁰. La période examinée a donné lieu à de nouvelles décisions, qui permettent d'affiner la compréhension des dispositions de la directive 2000/31.

39. Bénéficiaires et portée du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires. Dans son arrêt *Coöperatieve Vereniging* du 7 août 2018¹⁷¹, dont il est question dans la section consacrée aux droits de propriété intellectuelle¹⁷², la Cour était saisie d'une question préjudicielle consistant à déterminer si le régime des articles 12 à 14 de la directive 2000/31 s'applique à un prestataire dont le service consiste dans l'enregistrement d'adresses IP, permettant de rattacher les adresses IP à des noms de domaine de manière anonyme, et dans la location de ces adresses IP. Dans sa demande préjudicielle, la juridiction de renvoi n'avait pas qualifié le service fourni et

¹⁶⁷ Pour la remise par voie électronique, les avocats sont désormais libres d'utiliser ou non la DPA.

¹⁶⁸ Sur les avantages d'une remise électronique d'un acte de procédure: voy. E. DE LOPHEM et A. PATERNOSTRE, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁹ Le courrier postal n'offre cependant pas toujours la sécurité juridique requise, notamment lorsqu'une ordonnance fixant les délais pour conclure a été prise sur la base de l'article 747 du Code judiciaire. À ces modes de dépôt peut être ajouté un dépôt via un mail ou un fax qui est encore accepté dans certaines juridictions.

¹⁷⁰ Voy. dans les précédentes chroniques de jurisprudence: «Chronique de jurisprudence 2002-2008», *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 21-29; «Chronique de jurisprudence 2009-2011», *R.D.T.I.*, 2012, n° 48-49, pp. 21-28; «Chronique de jurisprudence 2012-2014», *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, pp. 28-35; «Chronique de jurisprudence 2015-2017», *R.D.T.I.*, 2017, n° 68-69, pp. 47-54.

¹⁷¹ C.J.U.E., 7 août 2018, C-521/17, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*.

¹⁷² Voy. *infra*, n° 59.

n'avait dès lors pas précisé à quel titre elle considérait que le prestataire de service pouvait bénéficier du régime dérogatoire de responsabilité. Les articles 12 à 14 de la directive visent pourtant des activités de nature différente.

Dans son arrêt, la Cour a déterminé le champ d'application de ce régime de responsabilité en suivant un raisonnement en deux étapes. Elle a d'abord rappelé qu'il fallait en premier lieu vérifier que le service fourni constituait bien un service de la société de l'information au sens de la directive. La notion de service de la société de l'information, qui délimite le champ d'application de cette directive, est définie comme « un service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »¹⁷³. La Cour de justice avait déjà fourni des précisions relatives à la portée de cette notion dans ses arrêts *McFadden*¹⁷⁴ et *Papasavvas*¹⁷⁵. Nous renvoyons par ailleurs à ce qui a été dit à ce propos dans les numéros 14 et suivants de la présente contribution.

Ensuite, et pour autant que le service en cause constitue un service de la société de l'information, la Cour a rappelé que le régime de responsabilité des articles 12 à 14 ne pouvait s'appliquer que pour autant que ledit service constitue, au regard de ses caractéristiques, un service de simple transport (« *mere conduit* »), un service de fourniture d'une forme de stockage dite « *caching* » ou un service « d'hébergement », ce qui implique que les conditions de la directive se rapportant spécifiquement à chacun de ces services soient remplies.

La Cour a également rappelé sa jurisprudence constante, fondée sur le considérant n° 42 de la directive, selon laquelle, quelle que soit sa qualification, l'activité en cause doit revêtir un caractère purement technique, automatique et passif, impliquant que le prestataire n'ait ni la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées, et ne peut jouer un rôle actif.

On relève également que, dans son arrêt *La Quadrature du Net* du 6 octobre 2020¹⁷⁶, la Cour de justice a rappelé que la directive 2000/31 n'était pas applicable en matière de protection de la confidentialité des communications, ainsi qu'en ce qui concerne la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le cadre des services de la société de l'information. Le cadre légal applicable dans ces matières est régi par la directive 2002/58¹⁷⁷ et par le règlement 2016/679¹⁷⁸.

¹⁷³ Voy. l'article 1^{er} de la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques. Comme indiqué précédemment, cette directive a été abrogée et remplacée depuis par la directive 2015/1535 (*supra*, n° 13). En droit belge, cette définition est également reprise à l'article 1.18, 1°, du Code de droit économique.

¹⁷⁴ C.J.U.E., 15 septembre 2016, C-484/14, *Mc Fadden* (voy. «Chronique de jurisprudence 2015-2017», *R.D.T.I.*, 2017, n° 68-69, pp. 47-53).

¹⁷⁵ C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-291/13, *Papasavvas* (voy. «Chronique de jurisprudence 2012-2014», *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, p. 15 et p. 28).

¹⁷⁶ C.J.U.E., 6 octobre 2020, C-511/18, *La Quadrature du Net*. Voy. *infra*, n° 121.

¹⁷⁷ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

¹⁷⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

40. Injonctions à l'égard des prestataires intermédiaires. Les articles 12 à 14 de la directive 2000/31 prévoient que le régime de responsabilité dont bénéficient les prestataires intermédiaires n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme ou qu'il prévienne une violation et, pour les services d'hébergement, qu'il instaure des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible. Ainsi, en dépit du régime de responsabilité qu'ils connaissent, les prestataires intermédiaires peuvent se voir imposer des injonctions, par les juridictions d'un État membre, en vue de prévenir ou de mettre un terme à la diffusion de contenus illicites. La portée de ces injonctions fait toutefois l'objet d'importantes discussions. Elles ne peuvent en effet constituer une obligation générale de surveillance, qui serait contraire à l'article 15 de la directive. Les injonctions prononcées ne peuvent par ailleurs porter une atteinte disproportionnée aux libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression ou la liberté d'entreprise du prestataire intermédiaire.

Dans une décision du 13 novembre 2019¹⁷⁹, le Président du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, saisi d'une demande de huit sociétés d'édition actives dans le domaine scientifique et académique, a fait droit à une demande de mesure de blocage visant différents sites internet, parce qu'ils favorisaient la diffusion non autorisée du répertoire protégé par droit d'auteur de ces maisons d'édition. Conformément à la demande dont il était saisi, le magistrat a imposé à différents fournisseurs d'accès à internet d'empêcher l'accès à ces sites web, en bloquant les noms de domaine associés à ceux-ci. Il s'agit d'une mesure qualifiée de «*DNS Blocking*». En l'espèce, la contrefaçon alléguée n'était pas contestée. Dans sa décision, le Président du tribunal de l'entreprise a constaté que les noms de domaine dont les parties demandereses sollicitaient le blocage pointaient et donnaient accès «à deux sites internet qui portent atteinte de façon flagrante, massive et répétée, aux droits d'auteur des demandereses». Il a également relevé que, selon une étude réalisée à la demande des maisons d'édition, 90% du contenu disponible sur les deux sites internet était contrefaisant. La mesure sollicitée ne paraissait en outre pas disproportionnée, les fournisseurs d'accès à internet visés par la demande de blocage s'étant eux-mêmes référés à justice sur ce point.

41. Portée de l'interdiction générale de surveillance. Il arrive fréquemment que des contenus illicites réapparaissent sur le web après avoir fait l'objet d'une mesure de retrait ou de blocage. L'accès renouvelé à ces contenus est parfois le fait d'un tiers étranger à la publication originale. Ce phénomène, qui fragilise l'effectivité des mesures de blocage ou de retrait qui sont adoptées, met à mal la lutte contre les contenus illicites et la protection des victimes de ces contenus. Néanmoins, l'article 15 de la directive 2000/31 interdit que les prestataires intermédiaires de services de la société de l'information se voient imposer une obligation générale de recherche et de surveillance des contenus illicites, ce qui rend malaisé la prévention et la lutte contre ce type de phénomène.

C'est dans ce contexte que la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle visant à déterminer la portée de l'interdiction générale de recherche et de surveillance reprise à l'article 15 de la directive¹⁸⁰. Cette demande préjudicielle émanant de la Cour suprême d'Autriche faisait suite

¹⁷⁹ Prés. entr. fr. Bruxelles, 13 novembre 2019, *A&M*, 2019, p. 489.

¹⁸⁰ C.J.U.E., 3 octobre 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*.

à la publication, sur Facebook, d'un commentaire qui portait atteinte à l'honneur d'une responsable politique autrichienne. Alors que le réseau social n'avait pas réagi à une demande de retrait du commentaire, l'élue politique avait saisi les juridictions autrichiennes, qui avaient enjoint à Facebook de mettre un terme immédiat, et jusqu'à la clôture définitive de la procédure judiciaire, à la publication ou à la diffusion de photos de la demanderesse, accompagnées d'un message d'accompagnement contenant les mêmes allégations ou des allégations de contenu équivalent à celui du commentaire litigieux. Les débats devant les juridictions autrichiennes avaient notamment concerné la portée de l'injonction à l'égard du réseau social. Il s'agissait de déterminer si celle-ci pouvait s'étendre, outre le contenu jugé illicite, à tout nouvelle publication identique, ou même équivalente. Dans le cadre de ce litige, la Cour suprême d'Autriche a saisi la Cour de justice afin de savoir si le régime prévu par l'article 15 de la directive 2000/31, s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État membre puisse enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations qu'il stocke et dont le contenu est identique ou équivalent à celui d'une information déclarée précédemment illicite ou de bloquer l'accès à celles-ci, et d'étendre les effets d'une telle injonction au niveau mondial.

L'avocat général Maciej Spuznar a synthétisé la portée de la question préjudicielle posée par la Cour suprême comme une invitation adressée à la Cour de justice de « préciser les portées personnelle et matérielle des obligations qui peuvent être imposées à un hébergeur, sans que cela conduise à imposer une obligation générale en matière de surveillance »¹⁸¹. Il s'agissait par ailleurs de se prononcer sur la portée territoriale d'une telle injonction. Ceci situe l'enjeu de la question préjudicielle.

Se fondant sur le considérant n° 47 de la directive, la Cour a précisé que l'interdiction de surveillance prévue par l'article 15 de la directive ne concernait pas les obligations de surveillance « applicables à un cas spécifique ». Interprétant la notion de « cas spécifique », elle a estimé que celle-ci pouvait désigner « une information précise, stockée par l'hébergeur concerné à la demande d'un certain utilisateur de son réseau social, dont le contenu a été analysé et apprécié par une juridiction compétente de l'État membre qui, à l'issue de son appréciation, l'a déclarée illicite »¹⁸². Par conséquent, la Cour a considéré qu'il était légitime qu'une juridiction exige de cet hébergeur qu'il bloque l'accès aux informations stockées, dont le contenu est identique à celui déclaré illicite antérieurement, ou qu'il retire ces informations, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de celles-ci. En effet, selon la Cour de justice, eu égard à l'identité de contenu des informations concernées, l'injonction délivrée ne saurait être considérée comme instituant à la charge de l'hébergeur une obligation de surveiller, de manière générale, les informations qu'il stocke, ni une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

La Cour a ensuite précisé que ce raisonnement valait également pour les informations présentant un contenu « équivalent » à une information précédemment déclaré illicite. Elle a défini le contenu « équivalent » comme désignant « des informations véhiculant un message dont le contenu reste, en substance, inchangé et, dès lors, diverge très peu de celui ayant donné lieu au

¹⁸¹ Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 3.

¹⁸² Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 35.

constat d'illicéité»¹⁸³. Selon la Cour, pour que l'injonction sollicitée puisse effectivement atteindre son objectif, elle doit pouvoir s'étendre aux informations véhiculant en substance le même message. Ainsi, selon la Cour de justice, c'est bien le contenu substantiel du message qui détermine la portée de l'injonction, plutôt que les termes employés. La Cour a toutefois jugé qu'afin d'éviter que l'injonction se mue en une obligation excessive imposée à l'hébergeur, il fallait que les informations présentant un contenu équivalent comportent des éléments spécifiques dûment identifiés par l'auteur de l'injonction, tels que le nom de la personne concernée par la violation constatée précédemment, les circonstances dans lesquelles cette violation a été constatée ainsi qu'un contenu équivalent à celui qui a été déclaré illicite. Selon la Cour, une telle limitation de la portée de l'obligation de recherche et de surveillance doit permettre à l'hébergeur de recourir à des techniques et à des moyens de recherche automatisés, de sorte que ceci ne lui impose pas une obligation générale de surveillance non conciliable avec l'exigence de neutralité attachée à son activité. Cette partie de l'arrêt va au-delà de la position exprimée par l'avocat général dans ses conclusions. Ce dernier proposait de limiter l'injonction aux contenus équivalents provenant d'un même utilisateur du réseau social, au motif que « l'identification d'informations équivalant à celle qualifiée d'illicite provenant d'autres utilisateurs nécessiterait la surveillance de la totalité des informations diffusées au moyen d'une plateforme de réseau social »¹⁸⁴.

Enfin, la Cour a précisé que la directive 2000/31 ne s'opposait pas à ce que l'injonction puisse produire des effets à l'échelle mondiale, dans le respect des règles du droit international¹⁸⁵. Cette précision est importante. La mise en œuvre effective de l'injonction est en effet susceptible de soulever des conflits de lois, en fonction notamment de la nature du droit que l'injonction vise à protéger. À titre d'exemple, une injonction visant à assurer la protection d'un droit de propriété intellectuelle pourrait difficilement produire ses effets dans les États où la protection dudit droit de propriété intellectuelle n'est pas reconnue. Dans ses conclusions, l'avocat général recommande d'ailleurs aux juridictions nationales d'adopter « une attitude d'autolimitation » en n'allant pas au-delà, dans leurs injonctions, de ce qui est nécessaire pour atteindre la protection de la personne lésée¹⁸⁶.

Cet arrêt de la Cour de justice, qui se fonde sur une interprétation extensive de la notion de « cas spécifique », assure une protection étendue aux victimes. Plusieurs commentateurs ont souligné l'importance qu'il pourrait revêtir pour l'activité des hébergeurs, et ont mis en évidence la nécessité pour eux d'adopter des procédures appropriées¹⁸⁷. L'arrêt ouvre par ailleurs la voie à de nouvelles controverses.

¹⁸³ Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 39.

¹⁸⁴ Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 73.

¹⁸⁵ Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 52.

¹⁸⁶ Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 100.

¹⁸⁷ C. DE CALLATAY et S. DEPREEUW, « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle directive 'Digital Single Market' », in X., *Les droits intellectuels entre autres droits*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 150; S. PEYROU, « Société de l'information, vie privée et protection des données à caractère personnel : des précisions attendues », *R.D.U.E.*, 2020, p. 218.

En premier lieu, son application aux prestataires de services de la société de l'information autres que les hébergeurs, en particulier aux fournisseurs d'accès à internet, est discutée¹⁸⁸. Bien que la question préjudicielle dont la Cour de justice était saisie portait sur une demande d'interprétation de l'article 15 de la directive, et non de l'article 14 qui est spécifique aux hébergeurs, la décision est focalisée sur la qualité d'hébergeur de Facebook.

Par ailleurs, l'arrêt analysé fait de la formulation de l'injonction visant le prestataire intermédiaire, un élément central du contentieux. Conformément aux motifs de l'arrêt, pour s'appliquer à des contenus équivalents au contenu illicite visé par la mesure d'interdiction, l'injonction doit s'atteler à identifier les éléments spécifiques qui confèrent au contenu son caractère illicite.

Dans le même temps, le juge devra également veiller à ce que l'injonction n'impose pas une charge disproportionnée au prestataire intermédiaire, qui entraverait d'autres libertés fondamentales. À cet égard, il ressort des motifs de l'arrêt que la Cour de justice s'est fondée sur l'existence de technologies de recherche automatisée, pour justifier que l'on puisse imposer à un hébergeur une obligation d'identification des contenus équivalents à un contenu précédemment jugé illicite¹⁸⁹. Encore faut-il que le prestataire de services soit en mesure d'avoir recours à ce type de technologie. Si l'on conçoit qu'un fournisseur de services tel que Facebook soit en mesure de déployer des technologies de pointe pour satisfaire aux exigences formulées par la Cour de justice, il est difficile de formuler les mêmes attentes, de manière indistincte, à l'égard de tout prestataire d'un service d'hébergement. Le respect de la liberté d'entreprise, qui a déjà été consacré par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux injonctions à l'égard des prestataires intermédiaires, doit également être pris en compte par les juridictions. La Cour de justice a en effet précédemment jugé que la liberté d'entreprendre s'opposait à ce qu'une injonction impose à un prestataire intermédiaire la mise en place d'un système informatique complexe, coûteux, permanent et à ses seuls frais¹⁹⁰.

Par souci d'exhaustivité, nous signalons que la problématique des contenus illicites qui réapparaissent après avoir été retirés, a également été appréhendée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Jezior*¹⁹¹, dont il est question dans la section consacrée au droit des médias¹⁹². Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la condamnation d'un homme politique local, administrateur d'un blog sur l'actualité de sa commune, en raison de la publication répétée, sur ce blog, d'un commentaire anonyme portant gravement atteinte à la réputation d'un autre élu, en dépit du fait que ce commentaire avait été chaque fois rapidement retiré, constituait une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression du requérant. Dans sa décision, la Cour a notamment relevé que des mesures de détection de contenus potentiellement illicites avaient été mises en place et que les commentaires litigieux avaient été systématiquement retirés dès qu'ils avaient été signalés.

¹⁸⁸ E. WERY, « Arrêt "Glawischnig-Piesczek": la Cour de justice met fin à la passivité quasi systématique des hébergeurs », *J.D.E.*, 2020, p. 67.

¹⁸⁹ Conclusions présentées le 4 juin 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, § 46.

¹⁹⁰ C.J.U.E., 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet* (voy. « Chronique de jurisprudence 2012-2014 », *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, p. 15 et pp. 26-27); C.J.U.E., 16 février 2012, C-360/10, *Netlog* (voy. « Chronique de jurisprudence 2012-2014 », *R.D.T.I.*, 2015, n° 59-60, p. 34).

¹⁹¹ C.E.D.H., 4 juin 2020, *Jezior c. Pologne*.

¹⁹² Voy. *infra*, n° 214.