

Droit communautaire afférant aux services financiers en ligne

Daniel Arthur LAPRÈS*

Novembre 2002

* Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Barrister and Solicitor (Nouvelle-Écosse) et Professeur, Faculté Libre de Droit, d'Économie et de Gestion (Paris). Email : lapres@easynet.fr

Table des matières

Introduction	3
1. Le régime communautaire applicable aux prestations de services financiers	4
1.1. Le cadre réglementaire général	5
1.2. Les défis posés par les nouveaux moyens de communication	6
2. Directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique.....	9
2.1. Contexte	9
2.2. Champ d'application de la DCE	9
3. Directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs	12
3.1. Contexte	12
3.2. Champ d'application	13
4. Principales règles de fond susceptibles d'affecter les services financiers en ligne	13
4.1. Contrôle des activités à la source	13
4.2. Libre circulation des services	14
4.3. Exclusions	15
4.4. Accès à l'activité sans autorisation.....	15
4.5. Accès des autorités et des destinataires aux informations concernant les prestataires.....	15
4.6. Obligations de communication	15
4.7. Les contrats électroniques	18
4.8. Le droit de rétractation	19
4.9. Les paiements par carte.....	20
4.10. Le « spam ».....	20
4.11. Protection de la liberté d'expression	21
4.12. La protection des valeurs nationales.....	21
4.13. Responsabilité des prestataires	21
4.14. Codes de conduite	23
4.15. Utilisation des moyens électroniques pour le règlement des différends.....	23
4.16. Sanctions.....	23
4.17. Les règlements à l'amiable.....	23
4.18. Les recours administratifs et judiciaires	23
4.19. La charge de la preuve.....	23
5. Loi applicable aux prestations de services financiers	24
5.1. Loi applicable aux contrats.....	24
5.2. Loi applicable aux obligations non-contractuelles.....	25
Conclusion	25

Introduction

1. L'essor de l'Internet sur le continent européen engendre des effets sur le fonctionnement des marchés financiers similaires à ceux qu'on observe sur le continent nord-américain. Partout, la numérisation des informations, matières premières des marchés financiers, exacerbe le processus d'écrasement des marges des intervenants sur les marchés engendré par le décloisonnement des sous-secteurs financiers et la libéralisation des flux internationaux de capitaux et de services financiers. Toutefois, les rajustements à l'édifice légal de l'Union Européenne (l'UE), procèdent par application de principes juridiques différents de ceux qu'on utilise en Amérique du Nord¹.
2. Nombreux déjà sont les intervenants à distance sur les marchés financiers européens constituant, selon la Commission Européenne (la « Commission ») environ le tiers des intervenants professionnels sur certains de ces marchés². La Commission prévoit un nombre de clients en ligne pour les services bancaires sur le territoire des pays de l'UE correspondant à plus de 20 millions à l'horizon 2004³. Le courtage en ligne n'ayant fait son apparition en Europe que quelques années après son lancement aux États-Unis, les parts de marché sont éventuellement moins fermement captées par les opérateurs déjà en place⁴.
3. Aussi, l'optimisation de la gestion d'un portefeuille impliquant, selon une idée généralement acceptée par les professionnels et les académiciens de la finance, la diversification des portefeuilles⁵, même ceux des particuliers, les investissements intercontinentaux connaissent une croissance fulgurante⁶, d'autant que leur niveau reste encore assez faible. Les marchés financiers au sein de la Communauté Européenne⁷ (la Communauté) représentent désormais une part importante du secteur global : par exemple, la Communauté pèse environ 40 % du marché international des obligations⁸.

¹ Voir « Régulation américaine des marchés de capitaux face à l'Internet » par le présent auteur dans *La Revue du Financier*, Paris, mars 2002 ; l'article est affiché au <<http://www.lapres.net/html/trading.html>>.

² Les marchés exploitant des systèmes d'échanges électroniques étant obligés d'admettre les membres à distance, les membres provenant d'autres pays de l'UE ou de l'extérieur correspondent à des parts variant entre 30% et 50% de la composition des bourses d'Amsterdam, Paris, Eurex, Frankfurt. Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil – « Amélioration de la Directive relative aux services d'investissement », COM/2000/0729 final, accessible sur <www.europa.eu.int>.

³ *Rapport de la Commission : services financiers : évolution et progrès réalisés*, Deuxième Rapport, 30 mai 2000, COM(2000) 336 final, p. 8.

⁴ *Id.*

⁵ Par exemple, Alan C. SHAPIRO, *Multinational Financial Management*, (6th ed. Wiley, New York, 1999), chapitre 19, « International Portfolio Investment », p. 678.

⁶ Ainsi au cours des cinq années entre la mi-1999 et la mi-2000, la valeur des obligations américaines détenues par des résidents de la zone euro s'est accrue de moins de \$120 milliards à plus de \$280 milliards, alors que la valeur des portefeuilles d'actions est passée de \$80 milliards à plus de \$440 au cours de la même période. Voir Francis E. WARNOCK et Chad CLEAVER, « Financial Centers and the Geography of Capital Flows » (2002) 722 *International Finance Discussion Papers*, p. 36.

⁷ Sauf à y prêter attention particulière, le lecteur non-initié peut avoir de la difficulté à distinguer l'Union Européenne de la Communauté Européenne. Les instances communautaires elles-mêmes semblent parfois employer les expressions « Communauté européenne » et « Union européenne » indifféremment pour identifier le socle économique et l'édifice unioniste, ce dernier comprenant des domaines d'activité (notamment celles qui sont liées au militaire et à la justice) dont la gestion n'est pas confiée aux institutions régissant la Communauté dont l'*animus* est économique, d'où le rôle essentiel de la création du marché unique en droit communautaire. Dans le Traité de Rome en 1957 il avait été constitué une « Communauté Economique Européenne » dans le but d'établir un « marché commun » et de développer « les activités économiques dans l'ensemble de la Communauté » (articles 1 et 2). Le *Traité de Maastricht* a changé cette désignation en « Communauté européenne » (article premier du Texte consolidé) en ajoutant aux buts originels ceux d'établir une « union économique et monétaire » et de promouvoir « une croissance durable et non inflationniste respectant l'environnement, un haut degré de convergence des performances économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres » (article 2). L'Union créée par le Traité sur l'Union européenne en son Article A est fondée « sur les Communautés européennes complétées par les

4. Ensuite, l'environnement juridique devient de plus en plus favorable aux flux financiers transfrontaliers. En application des accords relatifs aux services, et aux services financiers en particulier, conclus par l'UE avec ses partenaires au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce, les opérateurs nord-américains ont droit au traitement national⁹. Par ailleurs, un principe de base de la Communauté est l'ouverture au plan international¹⁰.

5. Enfin et surtout, la nouvelle Directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs¹¹ prévoit que les protections dont elle investit les consommateurs ne peuvent pas leur être retirées même lorsque la loi applicable au contrat est celle d'un pays tiers à condition que ledit consommateur soit résident d'un État membre de la Communauté et que le contrat ait « *des liens de rattachement proches avec la Communauté* »¹².

6. Les exploitants de sites financiers en Amérique du Nord auxquels des internautes de la Communauté sont susceptibles d'accéder, s'ils entendent éviter de se voir considérés comme soumis à un régime de régulation européen, ont intérêt à adopter des comportements conformes à cet objectif. En effet, s'agissant de sites financiers hors de la Communauté, leurs relations avec des internautes à l'intérieur de la Communauté seraient *a priori* régies par les lois nationales des États membres de la Communauté¹³ y comprises leurs particularités (par exemple, la garantie de compétence des tribunaux français par rapport aux ressortissants français en matière contractuelle¹⁴, ou encore l'exercice de compétence législative des autorités britanniques par rapport aux sites étrangers pour autant qu'ils aient un caractère « publicitaire »)¹⁵.

7. Souvent la meilleure stratégie de lancement d'opérations financières avec les internautes à l'intérieur de la Communauté comportera l'ouverture d'une filiale constituée sur le territoire de la Communauté qui, après agrément des autorités de l'État membre de constitution, sera qualifiée pour offrir ses services au sein de la Communauté.

1. Le régime communautaire applicable aux prestations de services financiers

politiques et formes de coopération », notamment dans les domaines de la politique étrangère et la sécurité, la citoyenneté européenne, la justice et les affaires intérieures (Article B), qui sont soumis à l'autorité directe du Conseil européen (Article C). À ces buts ont été ajoutés à l'occasion du traité d'Amsterdam « *l'égalité entre les hommes et les femmes [...] un haut degré de compétitivité [...] un niveau élevé d'amélioration de la qualité de l'environnement* » (article 2). La « Communauté Européenne » et « l'Union Européenne » ne doivent pas être confondues non plus avec l'Espace Economique Européen (EEE) créé en 1994 par accord entre l'UE et les pays de l'Espace de Libre Echange Européen (ELEE) (lui-même créé en 1959 par 7 États, mais ne comportant plus que trois États membres après l'accession de ses autres membres à l'UE : la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande). L'accord de l'EEE étend le marché unique aux États de l'ELEE.

⁸ *Supra*, note 3, p. 4. En UE, l'intermédiation bancaire demeure le mode de prédilection pour financer les entreprises. Les financements bancaires ont atteint 212% du PIB contre 47,9% pour les financements par capitaux propres, soit l'inverse *grosso modo* des ratios observés aux États-Unis (62,5% contre 160%), *supra*, note 3, p. 5. Selon la Commission, seulement 20% des courtiers en ligne existaient en 1998.

⁹ « Accord général sur le commerce des services » et « Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers », sur <www.wto.org>.

¹⁰ L'article 4 de la Convention instituant la Communauté Européenne consacre le principe du marché d'économie ouvert et de libre concurrence.

¹¹ *Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE*, JO L 271 du 09.10.2002 p. 16.

¹² Article 12.

¹³ *Supra*, note 1, p. 10.

¹⁴ Articles 14 et 15 du *Code civil français*.

¹⁵ Voir généralement le site de la Financial Services Board au <www.fsb.uk>.

1.1. Le cadre réglementaire général

8. Les activités financières en ligne se situent à la croisée de deux plans de régulation communautaire : l'un axé sur l'instauration d'un marché commun pour les services financiers, et l'autre visant l'optimisation des nouveaux moyens de communication caractérisant la société dite de l'information.

9. Considérant que les interférences entre ces régimes de régulation constituent des entraves à la réussite du marché unique des services financiers et des investissements, le Conseil de Lisbonne a décidé en mars 2000 d'encourager la poursuite de la réforme en profondeur de la réglementation communautaire en la matière¹⁶.

10. Au préalable, soit-il remarqué que la plus grande part de la législation communautaire dans les matières concernées étant produite sous forme de directive, il y a lieu de s'attendre à d'importantes variations dans les mises en application au plan national. La Commission fonde son action de réforme en particulier sur le besoin d'harmoniser davantage les conditions précises de la mise en œuvre au plan national de ses directives en matière financière¹⁷. Cela étant dit, il demeure que les directives, même sans transposition exacte, peuvent, dans certains cas¹⁸, fonder des actions en justice non seulement contre les autorités communautaires et étatiques, mais aussi contre des parties civiles.

11. La compétence de la Communauté se limite, en tout cas en théorie, aux domaines qui lui sont expressément attribués par les actes constitutifs, mais la capacité des institutions européennes à réguler les activités économiques favorisant l'instauration du marché unique a finalement ouvert un boulevard au législateur communautaire.

12. La libre circulation des capitaux et des services, y compris les services financiers, a été posée en principe fondamental dès le Traité de Rome en 1957 et son ancrage a été renforcé successivement par l'*Acte Unique*¹⁹, et le Traité de Maastricht²⁰. Ces principes sont régulièrement affirmés par la Cour Européenne de Justice (CEJ)²¹.

13. Le Conseil à sa réunion de Lisbonne en 2000 a réaffirmé l'importance des marchés financiers pour la prospérité économique et a fixé 2005 comme date butoir pour l'instauration de marchés financiers efficaces et intégrés²². À cet égard, la Commission a érigé en priorités la création d'un passeport unique pour les émetteurs, et une refonte de la Directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières (la « DSI »)²³. La Commission a consacré trois principes piliers : la protection des investisseurs, l'efficacité et la stabilité des marchés²⁴.

¹⁶ *Supra*, note 3, p.1-2.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Il en sera ainsi, par exemple, si la directive en cause n'a pas été transposée dans les délais et si ces dispositions sont claires, et ne nécessitent aucune intervention du législateur national pour leur mise en œuvre. Dans l'affaire Marshall (N° 2), la Cour Européenne de Justice a décidé que le montant de dommages-intérêts fondé sur un droit applicable directement ne saurait être limité par une loi nationale. Cas C-271/91.

¹⁹ JO L 169, 29/06/1987.

²⁰ *Traité sur l'Union Européenne*, JO C 340 10.11.1997, p. 145. La liberté d'établissement des prestataires est consacrée par les articles 43 à 48 du Traité consolidé et la liberté de circulation des services par les articles 49 à 55 et la liberté de circulation des capitaux par les articles 56 à 60 selon la numérotation après le Traité d'Amsterdam.

²¹ Ainsi, dès 1974, la Cour a jugé directement applicable l'article 43 du Traité, *Reyners v. Etat Belge*, Cas N° 2/74.

²² *Supra*, note 3, p. 4.

²³ JO L 141, 11.06.1993, p. 27. La Commission a également identifié les priorités suivantes : l'amélioration de la comparabilité des états financiers des sociétés, l'élimination des obstacles aux investissements des fonds de pension et des OPCVM, et l'amélioration du fonctionnement des marchés transfrontaliers d'opérations de pension. *Services financiers : évolution et progrès réalisés, Deuxième Rapport*, 30.05.2000, COM(2000) 336 final.

²⁴ *Id.*

14. Certes le régime dit du « passeport unique », transversalement appliqué aux sous-secteurs de la finance, a permis des progrès importants vers l'accomplissement du marché unique²⁵, mais tant pour les émetteurs d'instruments financiers que pour les prestataires de services financiers, les pratiques nationales ont frustré la pleine réalisation du marché unique.

15. Ainsi la Commission observe que les émetteurs subissent les contre-coups des tendances des autorités nationales à limiter le champ d'application du passeport unique à des catégories restreintes de titres et à leur imposer des conditions supplémentaires. D'autre part, la variabilité des règles de publicité engendrent des risques de responsabilité difficiles à prévenir. Enfin les systèmes de cotation et les prospectus d'offre traditionnels sont souvent inadaptés. De manière générale, la Commission considère qu'il existe un manque d'informations régulièrement actualisées.

16. S'agissant de la circulation des valeurs mobilières et de services financiers, l'instauration du passeport unique dans le cadre de la DSI ainsi que l'interdiction des restrictions quantitatives à l'accès aux professions financières ont certainement contribué à l'instauration du marché unique.

17. Pourtant, les objectifs de la DSI n'ont pas pu se réaliser pleinement.

18. D'abord, le principe de soumission des prestataires au régime de leur pays d'origine a subi de nombreuses entorses. Par exemple, l'article 11 de la DSI attribue aux autorités de l'État d'établissement le rôle de définir des règles de bonne conduite pour les prestataires, mais admet que l'État où le service est fourni reste compétent pour assurer le respect desdites règles de conduite. En plus, dans un monde numérisé, il est souvent difficile de fixer le lieu où la prestation est fournie. Ainsi, les États membres ont eu tendance à appliquer leurs normes locales pour définir l'adéquation des capitaux propres des prestataires ainsi que pour encadrer les opérations entre les prestataires communautaires et les investisseurs locaux. Le résultat est considéré comme d'autant plus fâcheux que les règles nationales manifestent une grande variabilité de contenus.

19. D'après la Commission, l'incertitude par rapport au tracé des frontières des compétences des autorités de tutelle nationales et les conflits qui en découlent constituent le frein le plus fréquemment rencontré pour la mise en œuvre du passeport unique²⁶.

20. La Commission consacre l'application du régime du pays d'origine aux services financiers fournis à des professionnels et considère que l'harmonisation des règles de prudence et de bonne conduite leur étant applicables est adéquate²⁷.

21. Mais en plus la Commission préconise désormais l'application du régime du pays d'origine aux prestataires de services financiers destinés aux consommateurs. Or, s'agissant là d'un écart significatif par rapport à la situation de fait actuelle, la Commission reconnaît que la transition ne sera pas facile.

1.2. Les défis posés par les nouveaux moyens de communication

22. Nous mettons en exergue l'atténuation par les nouveaux moyens de communication des distinctions entre les types d'intervenants dans les activités financières.

²⁵ *Ibid.*, p. 10, 12.

²⁵ *Ibid.* Pour la banque, voir la Directive 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, JO L 386 du 30.12.1989, p. 1. Pour l'assurance, voir : la Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88.357.CEE (troisième directive « assurance non vie »), JO L 228, 11.08.1992 p. 1, ainsi que la Directive 92/96/CEE du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79.267.CEE et 90.619.CEE (troisième directive assurance vie), JO L 360, 09.12.1992, p. 1.

²⁶ *Supra*, note 23, p. 10, 12.

²⁷ *Supra*, note 23, p. 12.

23. D'abord, les nouveaux moyens de communication numérisée créent des possibilités à la frontière entre « société d'investissement » et « marché régulé ». Dans cette brèche peuvent s'engouffrer des opérateurs aussi peu sophistiqués que des tableaux d'affichage (« *bulletin boards* ») permettant aux acheteurs et vendeurs de valeurs mobilières de se rencontrer.

24. En 2000, la Commission comptait une vingtaine de ces « *systèmes de négociation alternatifs* » (SNA)²⁸ en activité sur le territoire de la Communauté. Des arbitrages doivent être tirés entre les intérêts des bourses, ceux des sociétés de bourse exploitant des SNA susceptibles d'entrer en concurrence avec des bourses éventuellement chargées de leur tutelle, et ceux des utilisateurs des SNA dont éventuellement des consommateurs concluant des contrats pour des services et des produits financiers *via* ces SNA.

25. Ainsi se pose la question de savoir si une SNA a une obligation de divulgation vis-à-vis des autorités boursières notamment en cas d'observations de comportements contestables (par exemple en cas de délit d'initié). Les SNA ont-ils une obligation de contrôle actif de leurs membres comparable à l'obligation incombant aux autorités boursières ? Comment faut-il définir le meilleur prix auquel le prestataire est censé traiter pour ses clients lorsqu'il gère un centre de compensation interne de leurs ordres ? Ou encore faut-il que l'opérateur du SNA fasse des recherches de prix en dehors de son propre système pour trouver le meilleur prix ? Les opérateurs de SNA doivent-ils communiquer aux non-membres les prix des offres et des opérations sur leurs systèmes ?

26. De manière générale, les autorités devront arbitrer entre la consolidation et la fragmentation des marchés financiers, le premier facteur de liquidité et donc de réduction de risque, le second de concurrence et, pour autant, d'efficacité.

27. Ensuite, les distinctions entre les « professionnels » de la finance et les « non-professionnels » aussi bien que les distinctions entre les « prestataires » ou « fournisseurs » de services et les « consommateurs » ou « utilisateurs » de ces services, ou encore de leurs « destinataires » sont plus difficiles à appliquer lorsque tous les intervenants utilisent les mêmes moyens de communication électroniques.

28. S'agissant de la distinction entre les professionnels et les non-professionnels, son importance consiste par exemple en ce que les professionnels travaillent sous un régime de mesures de protection objectives, ou légales, moins contraignant que celui favorisant les non-professionnels²⁹. À ce titre, le non-professionnel en relation avec un professionnel bénéficie de l'obligation imposée au professionnel de veiller non seulement à ses propres intérêts, mais aussi à ceux de son client non-professionnel³⁰.

29. Pour distinguer les investisseurs professionnels des non-professionnels, la Commission s'en réfère au *Committee of European Securities Regulators*³¹. En avril 2002, ce dernier s'est prononcé en faveur d'une adaptation des règles de bonne conduite en fonction des niveaux de connaissances, d'expérience et d'expertise des participants³². Les investisseurs professionnels sont définis comme ceux qui sont dotés de l'expérience, des connaissances et de l'expertise telles qu'ils peuvent prendre leurs propres décisions d'investissement et correctement évaluer les risques encourus³³.

30. Sont d'office considérées comme des professionnels les entités dont les activités dans le secteur financier sont soumises à autorisation (comme les établissements de crédit, les sociétés d'investissement, les compagnies d'assurance, les établissements financiers soumis à autorisation ou régulation, les fonds de pension) ainsi que les grandes entreprises et autres investisseurs financiers comprenant par exemple les sociétés dont la valeur du bilan est au moins égale à € 20.000.000, ou

²⁸ Deux exemples souvent cités sont <www.archipelago.com> et <www.instinet.com>.

²⁹ *A European Régime of Investor Protection, The Harmonization of Conduct of Business Rules*, CESR/01/014d, plus particulièrement en son annexe. <www.europefesco.org>.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Supra*, note 23, p. 13.

³² *Supra*, note 29.

³³ *Ibid.*, p. 11.

dont le chiffre d'affaires est au moins égal à € 40.000.000, ou encore dont les fonds propres correspondent à au moins € 2.000.000³⁴.

31. Les investisseurs ne correspondant pas à ces profils doivent solliciter auprès de leur cocontractant d'être reconnu en tant que professionnels. Le statut n'est reconnu que si le requérant donne des « garanties raisonnables » d'être capable de prendre ses propres décisions d'investissement et d'en mesurer les risques.

32. Certains investisseurs sont susceptibles d'être considérés comme des professionnels de tous les produits et services, ou en tout cas sont suffisamment avertis et prudents pour prendre l'initiative de rechercher des informations complémentaires en cas de besoin par rapport à toute opération particulière.

33. Sur cette distinction entre « professionnels » et « non-professionnels » dans la DSI et la réglementation en dérivant se superpose ensuite celle entre les « consommateurs » et les « professionnels » retrouvée dans la DCE et dans la nouvelle Directive visant les services financiers livrés à distance à des consommateurs, et aussi dans la Convention de Rome sur la loi applicable³⁵. Ces dernières sources trient les consommateurs selon qu'ils aient agi à des fins qui entrent ou qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles ou commerciales. Par contre, alors que la DCE et la nouvelle Directive sur la commercialisation à distance de services financiers³⁶ limitent la classe des consommateurs aux seules personnes physiques, la Convention de Rome n'exclut pas les personnes morales des protections spécifiquement attribuées aux consommateurs.

34. Les consommateurs bénéficient à plusieurs égards d'un statut privilégié en droit communautaire. Ils se font rassurer dans leurs achats auprès d'opérateurs communautaires par le droit de rétractation dont ils bénéficient³⁷. Le consommateur ne peut être privé contractuellement d'aucune protection garantie par les règles impératives afférant aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle³⁸. Les contrats conclus avec les consommateurs doivent comprendre les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat ayant une influence déterminante sur la décision de contracter, y compris les droits du consommateur³⁹. En vertu de l'article 12 de la nouvelle Directive concernant les services fournis à distance aux consommateurs, aucune renonciation par un consommateur aux droits dont il est investi en fonction de la Directive ne lui sera opposable. Au préambule de cette même Directive, il est envisagé que les États adoptent dans leurs lois nationales des recours extrajudiciaires pour les consommateurs contre les prestataires de services financiers établis dans un autre pays de l'UE⁴⁰. Surtout, la protection des consommateurs revêt le caractère d'intérêt général justifiant l'application aux prestataires du régime du pays de leur loi locale⁴¹.

35. Ensuite s'ajoute la distinction entre les « consommateurs » et les « destinataires » érigée dans la DCE. L'article 2 définit les « destinataires » de services comme toutes personnes physiques ou morales qui, à des fins professionnelles ou non, utilisent un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible. La distinction n'est pas anodine en ce sens que les droits des consommateurs sont plus étendus que ceux des destinataires. Par exemple, la nouvelle Directive relative aux services financiers fournis à distance aux consommateurs prévoit en son article 13 un mécanisme relatif aux actions en cessation visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs alors qu'aucune mesure comparable ne semble être garantie au public plus large des destinataires.

³⁴ *Id.*

³⁵ Article 5. *Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JO 98/C 27/02.

³⁶ Article 2.

³⁷ Voir *infra*, section 5.8.

³⁸ Voir *infra*, section 6.1.

³⁹ Voir *infra*, section 5.6.

⁴⁰ Paragraphe 28.

⁴¹ Ainsi, la protection des consommateurs, objectif consacré par l'*Acte Unique*, figure à l'article 153 du texte consolidé. La CEJ a déclaré dans l'affaire dite « *Cassis de Dijon* » que la protection des consommateurs peut justifier des restrictions à la liberté de circulation des marchandises autrement garantie par le Traité de Rome, Aff. 120/78, Rec. P. 649, Considérant n° 8.

2. Directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique⁴²

2.1. Contexte

36. Les États membres sont censés avoir transposé les dispositions de la DCE dans leurs lois nationales avant le 17 janvier 2002⁴³.

37. La DCE s'inscrit dans le cadre de la législation communautaire afférant à la société de l'information en particulier la 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 techniques⁴⁴ ainsi que la Directive 98/84 du Parlement Européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection légale des services basés sur, ou consistant en, un accès conditionnel⁴⁵.

38. L'intervention du législateur communautaire sur la base des articles 43 et 49 du Traité vise la maximisation, sans considération des frontières, du potentiel des services de la société de l'information dont le développement est considéré comme freiné par l'incertitude concernant l'étendue du champ de contrôle des États sur les prestations de services.

39. La DCE ne crée pas des règles supplémentaires de droit international privé pour le choix de la loi applicable ou des tribunaux compétents⁴⁶.

40. La DCE ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles conclues par les consommateurs et ne prive le consommateur d'aucune protection garantie par les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle⁴⁷.

41. La DCE n'est censée en rien empêcher l'harmonisation des règles de conduite prévues dans la Directive sur les services financiers en ligne destinés aux consommateurs⁴⁸ qui pour sa part et comme nous le verrons ci-dessous ne supplantera pas les dispositions de la DCE, d'où la nécessité de les étudier en conjugaison.

2.2. Champ d'application de la DCE

42. La DCE limite son champ d'application au « domaine coordonné » incluant l'ensemble des exigences prévues par les systèmes juridiques des États membres qui sont applicables aux prestataires de 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 eux⁴⁹.

43. Les services de la société de l'information comprennent une vaste gamme d'activités économiques ayant lieu en ligne que nous citons *in extenso* et qui englobent en tout cas les services financiers fournis en ligne :

« Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne. Les activités comme la livraison de biens en tant que telle ou la

⁴² 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, JO L 178 du 17.07.2000, p. 1. Voir Emmanuel CRABIT, administrateur principal à la Commission européenne, Direction générale du Marché intérieur, « L'univers de la directive sur le commerce électronique », conférence livrée lors du colloque L'Internet et le Droit, Droit européen et comparé de l'Internet, Université de Paris, Panthéon-Sorbonne, le 26 septembre 2000.

⁴³ Article 22.

⁴⁴ JO L 204, 21.7.1998, p. 37 modifié par la Directive 98/48/EC (JO) L 217, 5.8.1998, p. 18.

⁴⁵ JO L 320, 28.11.1998, p. 54.

⁴⁶ Article 1(4).

⁴⁷ Paragraphe 55 du Préambule de la DCE.

⁴⁸ Alinéas 11 et 27 du Préambule de la DCE.

⁴⁹ Article 3.

fourniture de services hors-ligne ne sont pas couvertes. Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, comme les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services »⁵⁰.

44. Le domaine coordonné, défini à l'article 2(h), concerne :

- l'accès à l'activité de prestataire de services de la société de l'information, comme les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification, et
- l'exercice de l'activité de prestataire de services de la société de l'information, comme les exigences portant sur le comportement du prestataire, sur la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire.

45. Le domaine coordonné ne couvre pas les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique, ce qui laisse entendre que les opérations financières entamées sur le web mais conclues hors-ligne ne seraient couvertes par la DCE que par rapport à la partie de la communication en ligne.

46. Le domaine coordonné tel que défini à l'article 2 ne couvre pas les normes applicables aux biens en tant que tels ni celles qui sont applicables à la livraison de biens, y compris les instruments financiers.

47. Le Préambule de la DCE en son paragraphe 11 stipule que ses dispositions ne modifient pas l'application des Directives suivantes :

- la Directive 93/13 du 5 avril 1993 concernant les conditions injustes dans les contrats avec les consommateurs⁵¹,
- la Directive 97/7 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs dans le cadre des contrats à distance⁵²,

⁵⁰ L'article 2 de la DCE incorpore par référence l'article 1(2) de la Directive 98/34 modifiée par la Directive 98/48/EC. Les services de télévision au sens de la Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298 du 17.10.1989 p. 23) ne sont pas des services de la société de l'information car ils ne sont pas fournis sur demande individuelle. En revanche, les services transmis de point à point, tels les services de vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information. L'utilisation du courrier électronique ou d'autres moyens de communication individuels équivalents par des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, y compris leur utilisation pour la conclusion de contrats entre ces personnes, n'est pas un service de la société de l'information. La relation contractuelle entre un employé et son employeur n'est pas un service de la société de l'information. Les activités qui, par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, telles que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient, ne sont pas des services de la société de l'information.

⁵¹ JO L 95, 21.4.1993, p. 29.

⁵² JO L 144, 4.6.1999, p. 19.

- la Directive 84/450 du 10 septembre 1984 concernant la publicité mensongère et comparative⁵³,
- la Directive du conseil 87/102 du 22 décembre 1986 relative à l'harmonisation des législations concernant le crédit aux consommateurs⁵⁴,
- la Directive 90/314/CEE du 13 juin 1990 concernant les voyages, les trajets, et les tours en groupe⁵⁵,
- la Directive 98/6/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 1998 concernant la protection des consommateurs en matière d'affichage de prix à destination des consommateurs⁵⁶,
- la Directive 92/59/CEE concernant la sécurité générale des produits⁵⁷,
- la Directive 94/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 1994 relative à la protection des acheteurs dans le cadre de certains contrats afférant à l'achat de droits d'utilisation des biens immobiliers en temps partagé⁵⁸,
- la Directive 98/27/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux injonctions pour la protection des intérêts des consommateurs⁵⁹,
- la Directive 8/374/CEE du 25 juillet 1985. relative à l'approximation des lois, règlements et dispositions administratives relatives à la responsabilité pour les produits défectueux⁶⁰,
- la Directive 1999/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente des biens de consommation et des garanties y associées⁶¹,
- la Directive 95/46 du 24 octobre 1995 et la Directive 97/66 du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 relatif au traitement des données personnels dans le cadre des télécommunications⁶²,
- la Directive 98/43/CE concernant les communications commerciales⁶³.

48. La DCE en son article 1(5) exclut de son champ d'application :

- les questions de fiscalité,
- les questions survenant dans le cadre d'accords ou de pratiques régies par les lois sur les cartels, et
- les activités suivantes alors qu'elles auraient autrement été soumises à la DCE, soit :
 - les activités de notaire ou de professions équivalentes dans la mesure où elles manifestent un lien direct et spécifique avec l'exercice de l'autorité publique,

⁵³ JO L 250, 19.9.1984, p. 17, modifiée par la *Directive 97/55/EC du Parlement Européen et du Conseil* (JO L 290, 23.10.1997, p. 18).

⁵⁴ JO L 42, 12.2.1987, p. 48, modifiée par la *Directive 98/7/CE du Parlement Européen et du Conseil*, JO L 101, 1.4.1998, p. 17.

⁵⁵ JO L 158, 23.6.1990, p. 59.

⁵⁶ JO L 80, 18.3.1998, p. 27.

⁵⁷ JO L 228, 11.8.1992, p.24.

⁵⁸ JO L 280, 29.10.199, p. 24.

⁵⁹ JO L 166, 11.6.1998, p. 51, modifiée par la *Directive 1999/44/CE*, (JO L 171, 7.7.1999, p. 12).

⁶⁰ JO L 201, 7.8.1985, p. 29, modifiée par la *Directive 1999/34/CE* (JO L 141, 4.6.1999, p. 20).

⁶¹ JO L 171 07.07.1999, p. 12.

⁶² JO L 024 30.01.1998, p. 1.

⁶³ JO L 213 30.07.1998, p. 9.

- la représentation de clients et la défense de leurs intérêts devant les tribunaux, et
- les activités de jeux.

3. Directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

3.1. Contexte

49. La Commission s'est donné comme objectif d'éliminer les entraves dans l'édifice normatif communautaire au fonctionnement du marché unique pour les services financiers en ligne destinés aux consommateurs⁶⁴.

50. Dans le cadre des articles 47(2), 55 et 95 du Traité d'établissement de la Communauté Européenne, et en poursuite de l'objectif de l'instauration d'un marché unique, la Commission adopta le 19 novembre 1998 une proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à la vente à distance de services financiers modifiant les Directives 97/7 pour la protection des consommateurs par rapport aux contrats de vente à distance⁶⁵, et 98/27 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs⁶⁶.

51. La Directive devait être adoptée au cours de l'année 2000 et il était alors prévu que ses dispositions seraient transposées avant le 30 juin 2002. En application de la procédure communautaire de « codécision », le texte a été adopté le 5 mai 1999⁶⁷ en première lecture par le Parlement Européen, mais avec quelque 36 amendements. La Commission a présenté sa proposition modifiée au Conseil le 23 juillet 1999⁶⁸. Le Conseil a arrêté sa position commune le 19 décembre 2001⁶⁹ et le 14 mai 2002, le Parlement Européen a voté en seconde lecture deux amendements à cette position commune. Le 27 juin 2002, la Commission dans le cadre de l'article 251(2)(iii)(c) du Traité consolidé a émis un avis acceptant les modifications proposées par le Parlement Européen.

52. La Directive est finalement entrée en vigueur le 23 septembre 2002⁷⁰.

53. La transposition de ses mesures en droit national doit avoir lieu au plus tard le 9 octobre 2004⁷¹.

54. La Commission considère que la vente à distance de services financiers constituera « *un des plus importants résultats tangibles de l'achèvement du marché unique* ». En effet, de par leur nature dématérialisée, les services financiers sont spécialement adaptés aux échanges à distance. Mais alors que les institutions communautaires ont adopté en 1997 la *Directive pour la protection des consommateurs par rapport aux contrats de vente à distance*, cette Directive exclut explicitement les services financiers de son champ d'application⁷².

55. En application des principes de proportionnalité et de subsidiarité consacrés à l'article 5 du Traité, et constatant que les États membres, laissés à leurs seuls moyens, ne pourraient pas se rapprocher suffisamment des objectifs visés, la Commission a conclu que l'intervention des institutions communautaires était justifiée.

⁶⁴ JO C 3856, 11.12.1998, p. 10.

⁶⁵ JO L 144 du 4.6.1997, p. 19.

⁶⁶ JO L 166 du 11.6.1998, p. 51.

⁶⁷ JO C 279 du 1.10.1999, p. 197.

⁶⁸ COM (1999) 385 final du 23.7.1999, JO C 177 du 27.6.2000, p. 21.

⁶⁹ Directive (CE) 16/2002 arrêtée par le Conseil du 19 décembre 2001 en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO C 58 E/04, 05.03.2002, p. 32.

⁷⁰ *Supra*, note 11.

⁷¹ Article 21.

⁷² Article 3(1).

3.2. Champ d'application

56. Le champ d'application de la nouvelle Directive, défini en ses articles 1 et 2, se limite aux seules opérations entreprises à distance à l'exclusion de celles qui, soit antérieures soit postérieures, sont susceptibles d'y être liées, mais en tout cas pas mises en œuvre à distance⁷³.

57. La Directive n'entend pas changer les règles communautaires régissant les prestations de services financiers et limite ainsi son champ aux seuls aspects relevant de la commercialisation à distance desdits services.

58. La Directive vise les contrats pour les services financiers conclus entre des prestataires et des consommateurs dans le cadre de ventes à distance organisées ou de plans de fourniture de services mis en œuvre par les prestataires, lesquels contrats sont conclus en ayant recours exclusivement aux moyens de communication à distance jusqu'à leur conclusion.

59. Les services concernés sont ceux qui sont liés à la banque, à l'assurance, à l'investissement et au paiement.

60. Toute personne physique agissant à des fins en dehors de son métier, de ses affaires, ou de sa profession est considérée comme un consommateur.

61. Sont considérés comme des fournisseurs toutes personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui, dans le cadre de leurs activités commerciales ou professionnelles, occupent le rôle de fournisseur contractuel des services faisant l'objet de contrats à distance.

62. Les moyens de communication à distance sont tous ceux qui permettent la commercialisation de services sans que le prestataire et le consommateur se retrouvent en la présence physique l'un de l'autre.

63. Les opérateurs de technique de communication à distance sont considérés comme toutes personnes physiques ou morales, publiques ou privées, dont l'activité commerciale ou professionnelle consiste à mettre à la disposition des fournisseurs une ou plusieurs techniques de communication à distance.

4. Principales règles de fond susceptibles d'affecter les services financiers en ligne

4.1. Contrôle des activités à la source

64. L'article 3(1) de la DCE établit comme principe général que le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité. Ainsi en vertu de l'article 3 de la DCE, les prestataires des services de la société de l'information sont soumis au régime de l'État où ils sont établis.

65. Dans le cas où un prestataire aurait plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer le lieu d'où le service concerné a été fourni qui, en cas de difficulté, est considéré comme celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique.

66. S'agissant de professionnels de la finance, la définition du lieu d'établissement peut être d'autant plus difficile que leurs organisations peuvent comporter plusieurs sites de traitement de données éclatés sur des territoires disparates.

67. En vertu de l'article 2 de la DCE, est un prestataire « établi » tout prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. Aussi, le lieu d'établissement d'une entreprise fournissant des services par le biais d'un

⁷³ Selon l'article 1(2) : Pour les contrats portant sur des services financiers comportant une première convention de service suivie d'opérations successives ou d'une série d'opérations distinctes de même nature échelonnées dans le temps, les dispositions de la nouvelle directive ne s'appliqueront qu'à la première convention.

site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique.

68. Selon la jurisprudence de la CEJ, lorsque le choix par un prestataire d'un *situs* pour tout établissement a été fait en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables s'il s'était établi sur le territoire d'un autre État membre, et lorsque l'activité du prestataire est tournée vers le territoire de cet autre État membre, ce dernier peut exercer sa compétence.

69. Ainsi, dans une affaire l'ayant amenée à se prononcer sur la notion de compétence dans le cadre de l'application de la Directive 89/552 du 3 octobre 1989⁷⁴, la CEJ a-t-elle jugé qu'un État membre est compétent pour légiférer par rapport à un organisme de radio et de télévision qui s'installe dans un autre État membre pour y fournir des services destinés à son territoire⁷⁵. La Cour a motivé son arrêt en s'appuyant sur le besoin de permettre aux États membres de contrecarrer les soustractions abusives à leurs législations nationales, s'agissant en l'occurrence de celles qui visent à garantir le contenu pluraliste et non commercial des programmes. Dans d'autres affaires⁷⁶, la Cour a précisé que l'État membre compétent est celui dans lequel l'organisme est établi et en cas de pluralité d'établissements, celui où est situé le centre de ses activités, fixé par le juge national en fonction notamment du lieu où sont prises les décisions concernant la politique de programmation et l'assemblage final des programmes à diffuser.

70. Il en irait, sous semble-t-il, *a fortiori* de la compétence par rapport à tout site exploité à partir du territoire d'un État hors de la Communauté.

4.2. Libre circulation des services

71. Selon le principe consacré par l'article 3(2) de la DCE, les États membres ne doivent pas restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre. Ils peuvent cependant prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures dérogatoires à condition :

- qu'elles soient nécessaires *inter alia* pour l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, ou encore pour la protection des consommateurs;
- qu'elles soient prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs de la DCE ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs; et
- qu'elles soient proportionnées aux objectifs visés par la Directive.

72. D'autre part, lorsqu'un État membre applique à un prestataire établi dans un autre État membre des mesures de restriction, l'État membre doit avoir préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale,

- demandé à l'État membre où est établi le prestataire de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes, et
- notifié à la Commission et à l'autre État membre son intention de prendre de telles mesures.

73. Les États membres conservent le droit de mettre en œuvre des mesures dérogatoires en cas d'urgence à condition d'en notifier la Commission et l'autre État membre concerné dans les plus brefs délais.

⁷⁴ *Supra*, note 50.

⁷⁵ TV10SA, aff. C-23/93, Rec. 1994, I, p. 4824.

⁷⁶ Voir : *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 222/94, Rec. 1996, I, p. 4025, et VT4 Ltd. Vlaamse Gemeens-chap, aff. C-56-96, Rec. 1997, I, p. 3159.

74. En tout cas, la Commission a la faculté d'annuler toutes mesures étatiques ne correspondant pas aux dérogations autorisées.

4.3. Exclusions

75. Selon l'article 3(3) de la DCE, les deux règles générales, soit que la compétence dans le domaine coordonné pour le contrôle est attribuée à l'État d'origine, et qu'il est interdit aux États membres d'ériger des entraves dans le domaine coordonné à la liberté de circulation des services de la société de l'information, sont pourtant soumises à de nombreuses et importantes exclusions : les droits d'auteur et les droits voisins, la monnaie électronique, l'autonomie de la volonté des parties en matière contractuelle, les obligations contractuelles applicables aux contrats avec les consommateurs, la validité formelle des contrats ayant pour effet la création ou le transfert de droits afférant à l'immobilier et le « *spam* ».

4.4. Accès à l'activité sans autorisation

76. En application de l'article 4 de la DCE, les États membres ne devront pas soumettre l'accès à l'activité de prestataire de services de la société de l'information à autorisation. Pourtant cette disposition n'exclut pas les régimes d'autorisation qui ne visent pas spécifiquement et exclusivement les services de la société de l'information ou qui sont couverts par la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications.

77. D'autre part, cette règle de la DCE n'exclut pas les normes applicables spécifiquement aux activités financières.

4.5. Accès des autorités et des destinataires aux informations concernant les prestataires

78. Les États membres imposeront aux prestataires de rendre possible un accès « *facile, direct et permanent* » pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations stipulées à l'article 5 de la DCE, soit les informations suivantes :

- le nom du prestataire de services,
- l'adresse géographique à laquelle le prestataire du service est établi,
- les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui,
- le cas échéant, le registre de commerce sur lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant sur ce registre,
- le cas échéant, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente,
- le cas échéant, le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès, et
- si le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme.

4.6. Obligations de communication

79. Sauf le cas de convention contraire entre parties qui ne sont pas des consommateurs, le prestataire de services doit, en application de l'article 10 de la DCE, fournir à son cocontractant en ligne au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque :

- les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat,
- si le contrat une fois conclu est archivé par le prestataire et s'il est accessible,
- les moyens techniques pour relever et corriger, avant que la commande ne soit passée, les erreurs de saisie des données,
- les langues dans lesquelles le contrat peut être conclu,
- les éventuels codes de conduite incorporés par référence ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique, et
- les clauses contractuelles et les conditions générales qui doivent être communiquées d'une manière permettant leur conservation et reproduction.

80. Les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service devront en application de l'article 6 de la DCE satisfaire au moins aux conditions suivantes :

- elles doivent être clairement identifiables comme telles;
- la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable; et
- lorsqu'elles sont autorisées dans l'État membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles, tels les rabais, les primes et les cadeaux, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque.

81. D'autre part, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers doivent être annoncés de manière claire et non ambiguë en indiquant notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

82. La Directive sur la commercialisation à distance de services financiers prévoit des obligations d'information pour les fournisseurs de services financiers en ligne qui s'ajoutent aux obligations d'informer déjà imposées par la législation communautaire en matière financière. Les États membres peuvent adopter des dispositions plus strictes à condition de ne pas violer le droit communautaire.

83. L'article 3 de cette Directive impose à tout fournisseur de communiquer aux consommateurs les informations suivantes préalablement à la conclusion de tout contrat :

- à propos du fournisseur lui-même,

- son identité et son activité principale, l'adresse géographique à laquelle il est établi et toute autre adresse géographique à prendre en compte pour les relations entre eux,
- le cas échéant, l'identité du représentant du fournisseur établi dans l'État membre de résidence du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte pour les relations entre le consommateur et le représentant,
- si le consommateur a des relations commerciales avec un professionnel autre que le fournisseur, l'identité de ce professionnel, le titre auquel il agit à l'égard du consommateur et l'adresse géographique à prendre en compte dans les relations entre le consommateur et le professionnel,
- le cas échéant, le registre du commerce sur lequel le fournisseur est inscrit et son numéro d'enregistrement ou un moyen équivalent d'identification dans ce registre,

- le cas échéant, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ;
- à propos du service financier,
 - une description des principales caractéristiques du service financier,
 - le prix total dû par le consommateur au fournisseur pour le service financier, y compris l'ensemble des commissions, charges et dépenses y afférentes et toutes les taxes acquittées par l'intermédiaire du fournisseur ou, lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué, la base de calcul du prix, permettant au consommateur de vérifier ce dernier,
 - le cas échéant, une notification indiquant que le service financier est lié à des instruments qui impliquent des risques particuliers du fait de leurs spécificités ou des opérations à exécuter ou dont le prix dépend de fluctuations des marchés financiers sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence et dont les performances passées ne laissent pas présager les performances futures,
 - l'indication de l'existence éventuelle d'autres taxes et/ou frais qui ne sont pas acquittés par l'intermédiaire du fournisseur ou facturés par lui,
 - toute limitation de la durée pendant laquelle les informations fournies sont valables,
 - les modes de paiement et d'exécution,
 - tout coût supplémentaire spécifique pour le consommateur afférent à l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsque ce coût supplémentaire est facturé ;
- à propos du contrat à distance,
 - l'existence ou l'absence du droit de rétractation prévu à l'article 6 et, si ce droit existe, sa durée et les modalités de son exercice, y compris des informations sur le montant que le consommateur peut être tenu de payer ainsi que sur les conséquences découlant de l'absence d'exercice de ce droit,
 - la durée minimale du contrat à distance, en cas de contrat de prestation de services financiers permanente ou périodique,
 - les informations relatives aux droits que peuvent avoir les parties de résilier le contrat à distance par anticipation ou unilatéralement, y compris les éventuelles pénalités imposées dans ce cas,
 - les instructions pratiques pour l'exercice du droit de rétractation indiquant, entre autres, l'adresse à laquelle la notification doit être envoyée,
 - l'État ou les États membres sur la législation duquel/desquels le fournisseur se fonde pour établir des relations avec le consommateur avant la conclusion du contrat à distance,
 - toute clause contractuelle concernant la législation applicable au contrat à distance et/ou concernant la juridiction compétente,
 - la langue ou les langues dans laquelle/lesquelles sont communiquées les conditions contractuelles ainsi que l'information préalable visée ci-dessus et, en outre, la langue ou les langues dans laquelle/lesquelles le fournisseur s'engage, en accord avec le consommateur, à communiquer pendant la durée du contrat ;
- à propos des recours,
 - l'existence ou l'absence de procédures extrajudiciaires de réclamation et de recours accessibles au consommateur qui est partie au contrat à distance et, si de telles procédures existent, les modalités d'accès à ces dernières,

- l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation, non couverts par la directive 94/19/CE du Parlement et du Conseil du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts⁷⁷ et la directive 97/9/CE du Parlement et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs⁷⁸.

84. De manière générale, les informations communiquées au consommateur pendant la phase pré-contractuelle doivent être conformes aux exigences résultant de la loi présumée applicable⁷⁹.

85. Ces informations doivent être communiquées de sorte à ce que leur caractère commercial apparaisse « sans équivoque ». Aussi, elles doivent être communiquées de manière claire et compréhensible par tout moyen approprié compte tenu des moyens de communication à distance utilisés. Enfin, elles doivent être conformes aux principes de bonne foi appliqués aux opérations commerciales ainsi qu'aux principes garantissant la protection des personnes qui sont incapables sur le plan légal, par exemple les mineurs.

86. La Directive sur la commercialisation à distance de services financiers stipule en son article 5(1) que toutes les conditions contractuelles ainsi que toutes les autres informations mentionnées ci-dessus doivent en tout cas être communiquées au consommateur « *par écrit ou sur tout autre moyen durable* », soit selon les termes de l'article 2(f), « *par tout instrument permettant au consommateur de conserver les informations lui étant personnellement et spécifiquement destinées* ». Aussi, à tout moment, le consommateur peut exiger la production et la communication sur papier des conditions contractuelles.

4.7. Les contrats électroniques

87. Selon l'article 9 de la DCE, les régimes juridiques nationaux applicables au processus contractuel ne doivent pas empêcher l'utilisation des moyens électroniques pour conclure des contrats ni ne conduire à les priver d'effet ou de validité juridiques parce qu'ils sont passés par voie électronique.

La DCE laisse à la discrétion des États membres d'exclure les voies électroniques pour :

- les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ;
- les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ;
- les contrats de sûreté et garantie fournies par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles ou commerciales et
- les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

88. Sauf les cas de parties qui ne sont pas des consommateurs et qui en sont convenues autrement, lorsqu'un destinataire d'un service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes de l'article 11 de la DCE s'appliquent :

- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,
- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès⁸⁰, et

⁷⁷ JO L 135, 31.5..1994, p. 5.

⁷⁸ JO L 84 du 26.3.1997, p. 22.

⁷⁹ La nouvelle Directive dispose précisément concernant les obligations d'informations allégées dans le cadre de communication par téléphonie vocale (article 3(3)).

⁸⁰ Cette disposition ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ou par des moyens équivalents de communication individualisée (article 11 (3)).

- le prestataire doit mettre à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande.

4.8. Le droit de rétractation

89. Un problème particulièrement sensible pour l'encadrement des contrats afférant aux services financiers concerne le droit de rétractation des consommateurs régi par l'article 6 de la nouvelle *Directive sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs*.

90. Le droit de rétractation est généralement considéré comme un droit important pour inspirer chez les consommateurs la confiance nécessaire au développement des affaires. Pourtant certains types de contrats financiers ne souffrent pas d'une telle prérogative, même pour les consommateurs sauf à mettre en péril le fonctionnement des marchés concernés. Ainsi, il importe en premier lieu de remarquer que le droit de rétraction n'est pas garanti dans les cas suivants :

- les services financiers dont le prix dépend de fluctuations du marché financier sur lesquelles le fournisseur n'a aucune influence, qui sont susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation⁸¹,
- les polices d'assurance de voyage ou de bagages ou les polices d'assurance similaires à court terme d'une durée inférieure à un mois, et
- les contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation.

91. La nouvelle Directive laisse aux États membres une discrétion dans le cas de crédits immobiliers d'exclure tout droit de rétractation lorsque, avec le consentement du consommateur, les fonds ont été transférés au vendeur ou à son représentant, ou lorsque le contrat de prêt a été valablement conclu devant notaire, sauf dans le cas où l'opération a donné lieu à l'émission d'obligations.

92. Les consommateurs auront un délai de 14 jours pour se rétracter et ne sont pas obligés d'indiquer un motif⁸². Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir :

- soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu⁸³,
- soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations réglementaires, si cette dernière date est postérieure à celle visée ci-dessus.

93. Sauf à avoir obtenu le consentement préalable et exprès du consommateur, le prestataire n'est pas autorisé à entamer l'exécution de ses obligations avant l'expiration du délai de rétractation.

94. Le consommateur se désiste en signifiant son intention au prestataire par écrit ou par tout moyen durable disponible et accessible.

⁸¹ Il s'agit par exemple des opérations sur le marché des changes, et de celles afférant aux instruments du marché monétaire, aux titres négociables, aux parts dans les entreprises de placement collectif, aux contrats financiers à terme (futurs) y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, aux contrats à terme sur taux d'intérêt (FRA), aux contrats d'échange (swaps) sur taux d'intérêt ou sur devises ou contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (equity swaps), aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument visé par le présent point, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, étant comprises en particulier dans cette catégorie les options sur devises et sur taux d'intérêt.

⁸² Ce délai est porté à 30 jours calendaires pour les contrats à distance ayant pour objet les assurances sur la vie couvertes par la directive 90/619/CEE et les opérations portant sur les retraites individuelles.

⁸³ Mais s'agissant des contrats d'assurances sur la vie, le délai commence à courir au moment où le consommateur est informé que le contrat a été conclu.

95. Le consommateur qui exerce son droit de rétractation peut être obligé à payer une somme qui ne peut excéder un montant proportionnel à l'importance du service déjà fourni par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat, et qui ne doit pas correspondre à une pénalité.

96. Les fournisseurs ne peuvent exiger des consommateurs qu'ils paient tout montant que s'il peut être prouvé que les consommateurs ont été informés du montant dû dans de tels cas. Toutefois, les fournisseurs ne peuvent, en aucun cas, exiger ce paiement s'ils ont commencé à exécuter le contrat avant l'expiration du délai de rétractation sauf à avoir reçu une demande préalable du consommateur.

97. Les fournisseurs sont tenus de rembourser aux consommateurs, au plus tard dans les 30 jours calendaires, toutes les sommes perçues nettes des retenues justifiées. Ce délai commence à courir le jour où le fournisseur reçoit la notification de la rétractation.

98. Les consommateurs doivent restituer à leurs fournisseurs, au plus tard dans les 30 jours calendaires, toute somme et/ou bien reçus. Le délai commence à courir à compter du jour où le consommateur envoie la notification de rétractation.

4.9. Les paiements par carte

99. Selon l'article 8 de la Directive, il incombera aux États membres de veiller à ce que les consommateurs puissent demander l'annulation des paiements en cas d'utilisation frauduleuse de cartes de paiement en rapport avec des contrats dans le champ d'application de la Directive.

100. En cas de fraude, les montants versés devront être remboursés aux consommateurs.

101. Ainsi les règlements de services financiers par carte de crédit ne sont pas exclus par la DCE ou par la nouvelle Directive, mais il y aurait lieu de veiller au respect des dispositions nationales en la matière.

4.10. Le « spam »

102. Les dispositions de la DCE s'ajoutent à celles qui sont en vigueur par ailleurs en droit communautaire. Ainsi le régime mis en place par les Directives 97/7/CE et 97/66/CE reste intègre⁸⁴. Les États qui autorisent les communications non-sollicitées exigeront des prestataires de services de les identifier comme telles clairement et sans ambiguïté dès réception par le destinataire (article 7(1) de la DCE).

103. Les États membres doivent imposer aux émetteurs de *spam* de veiller à ce que toute demande d'omission de personnes physiques soit respectée (article 7(2) de la DCE).

104. La Directive sur la commercialisation à distance de services financiers en son article 9 obligera les États membres à interdire la fourniture de services financiers sans qu'il y ait eu au préalable une demande initiale du consommateur, si cette prestation comporte une obligation de paiement immédiat ou différé.

105. En vertu de l'article 10 de la Directive sur la commercialisation à distance de services financiers, le consentement préalable du consommateur sera exigé avant les sollicitations spontanées par tout système d'appel automatique ou machine fax.

106. Le silence ne vaut pas consentement du consommateur, mais les lois des États membres peuvent permettre les reconductions tacites.

⁸⁴ Dans les États membres qui autorisent l'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées, la mise en place de dispositifs de filtrage approprié par les entreprises doit être encouragée et facilitée. Les communications commerciales non sollicitées doivent être clairement identifiables comme telles. L'envoi par courrier électronique de communications commerciales non sollicitées ne doit pas donner lieu à des frais supplémentaires pour le destinataire. Les prestataires doivent proposer aux destinataires des moyens d'annulation de tout consentement qu'ils auraient éventuellement donné pour recevoir toute communication.

107. En cas d'utilisation de moyens de communication individualisée, le consentement préalable du consommateur sera exigé par les lois nationales ou encore ces moyens ne pourront être utilisés si le consommateur a manifesté son opposition.

4.11. Protection de la liberté d'expression

108. Ce droit ressort notamment des dispositions de la *Convention pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, et en particulier son article 10(1) garantissant la liberté d'expression, sous réserve des restrictions stipulées à l'alinéa 2 de cet article ainsi qu'à l'article 46(1) du Traité de Rome.

109. Tout en interdisant en son article premier aux États membres d'enfreindre les principes fondamentaux protégeant la libre circulation des informations, la DCE en son article 3(4) autorise les États membres à restreindre la libre prestation des services pour assurer la protection de :

- l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine,
- la protection de la santé publique,
- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales, et
- la protection des consommateurs.

110. La frontière exacte entre la liberté d'expression d'une part, et la prestation de services d'autre part, risque de poser des problèmes dans le domaine financier, par exemple en cas d'exercice de la liberté de prestations de services par affichage sur des sites web dans un État membre d'informations dont la communication est interdite dans un autre État membre au titre de la protection des investisseurs. Il pourrait s'agir très spécifiquement d'informations considérées comme « publicitaires » ou non dans les divers contextes nationaux.

111. Dans un autre registre, des conflits pourraient survenir entre les afficheurs sur des sites web d'informations variablement considérées au regard des lois nationales sur la diffamation par rapport à un émetteur d'instruments financiers ou par rapport à tout professionnel du secteur.

4.12. La protection des valeurs nationales

112. La DCE de par son article 1(6) ne modifie pas les mesures prises par les États membres pour la promotion d'objectifs sociaux, culturels et démocratiques, telles leurs diversités linguistiques, leurs spécificités nationales et régionales ainsi que leurs patrimoines culturels. Ainsi peut-on imaginer que les sites accessibles dans tout État membre de la Communauté sont soumis aux modalités linguistiques applicables. Selon le montant des coûts de « localisation » de tout site financier, la restriction à la libre de circulation des informations, des services et des instruments financiers sera plus ou moins importante. Mais il y a fort à parier que ces coûts soient dissuasifs par rapport aux pays à langue nationale sans grand rayonnement.

4.13. Responsabilité des prestataires

113. L'article 15 de la DCE dispose que les États membres ne peuvent pas imposer aux prestataires de services de la société de l'information des obligations générales de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

114. En cas de fourniture d'un service consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services, en vertu de l'article 12 de la DCE, ne doit pas être tenu responsable des informations transmises, à condition :

- qu'il ne soit pas à l'origine de la transmission;
- qu'il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et
- et qu'il ne sélectionne pas et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

115. Les activités dites de transmission et de fourniture d'accès incluent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

116. D'autre part, en application de l'article 13 de la DCE, les prestataires ne doivent pas être tenus responsables en relation avec le stockage automatique, intermédiaire et temporaire d'informations litigieuses réalisé dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure à la demande d'autres destinataires du service, à condition :

- qu'ils ne modifient pas l'information;
- qu'ils se conforment aux conditions d'accès à l'information;
- qu'ils se conforment aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisée par les entreprises;
- qu'ils n'entravent pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, pour le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et
- qu'ils agissent promptement pour retirer l'information qu'ils ont stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'ils savent que l'information à l'origine de la transmission a été retirée ou que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

117. Selon l'article 14 de la DCE, les « hébergeurs » ne doivent pas être tenus responsables des informations stockées à la demande d'un destinataire du service :

- si le prestataire n'a pas connaissance de l'activité ou de l'information illicite et, en ce qui concerne toute demande en dommages et intérêts, s'il n'a pas connaissance de faits ou de circonstances rendant apparente l'activité ou l'information illicite, ou
- si le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agit promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible⁸⁵.

118. Lorsque des hébergeurs prennent connaissance du caractère illicite de toutes informations stockées, ils doivent agir promptement pour les retirer ou pour y rendre l'accès impossible tout en respectant la liberté d'expression ainsi que les procédures établies à cet effet au niveau national.

119. Il y a lieu pour les États membres de la Communauté d'instaurer des mécanismes rapides et fiables, à l'idéal définis par des accords entre toutes les parties concernées, permettant de retirer du web les informations illicites et d'y rendre l'accès impossible.

120. En résumé, les prestataires peuvent bénéficier de dérogations pour le « simple transport » et pour la forme de stockage dite « *caching* » lorsqu'ils ne sont impliqués en aucune manière dans l'information transmise ce qui suppose qu'ils n'y apportent aucune modification (sauf les manipulations techniques n'altérant pas l'intégrité des informations transmises).

121. D'après la Directive sur la commercialisation à distance de services financiers, les opérateurs et prestataires des moyens de communication auront l'obligation d'adopter dans la mesure du possible

⁸⁵ Cette exemption ne couvre pas les cas où la responsabilité survient en dehors du cadre d'activités de la société de l'information.

les dispositions nécessaires pour mettre un terme à toutes activités déclarées par tout tribunal ou autorité administrative contraires aux normes de la nouvelle Directive.

4.14. Codes de conduite

122. La DCE en son article 16 impose aux États membres ainsi qu'à la Commission l'obligation d'encourager l'élaboration de codes de conduite par l'ensemble des parties prenantes.

4.15. Utilisation des moyens électroniques pour le règlement des différends

123. L'article 17 de la DCE impose à chaque État membre d'éliminer toute gêne à l'utilisation des mécanismes extrajudiciaires pour le règlement des litiges, y compris par les voies électroniques, et elle les encourage à proposer des accès aux procédures juridictionnelles par les moyens électroniques appropriés.

4.16. Sanctions

124. Il incombe en vertu de l'article 20 de la DCE aux États membres de définir des sanctions à appliquer aux violations des dispositions nationales transposant la DCE. Les sanctions doivent être efficaces, proportionnelles et dissuasives. Les États membres ne sont pas tenus de prévoir des sanctions pénales pour la violation des dispositions nationales adoptées en application de la DCE.

125. En application de l'article 11 de la Directive sur la commercialisation à distance de services financiers, les États membres sont censés prévoir des sanctions appropriées en cas de violation par les fournisseurs des obligations leur incombant en vertu de la nouvelle Directive. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

126. En cas de violation des dispositions de la nouvelle Directive par le fournisseur, son client consommateur aura la faculté de résilier le contrat en cause.

4.17. Les règlements à l'amiable

127. La DCE en son article 14 impose aux États membres l'obligation d'encourager la création d'organisations dont la vocation est de faciliter les règlements par voie extrajudiciaire ainsi que la coopération entre elles pour la résolution des différends transfrontaliers.

4.18. Les recours administratifs et judiciaires

128. En vertu de l'article 18 de la DCE, les États membres doivent veiller à ce qu'il soit possible d'agir en justice pour faire cesser les violations alléguées des règles concernant les activités de la société de l'information, y compris par voie de référé.

129. L'article 13 de la Directive sur la commercialisation à distance de services financiers impose aux États membres de veiller à ce que les consommateurs soient dotés de recours adéquats et effectifs pour leurs réclamations et pour le règlement des différends les concernant. La Directive accorderait aux associations ayant un intérêt légitime à la protection des consommateurs ainsi qu'aux organisations professionnelles ayant un intérêt légitime la qualité pour mener des recours administratifs ou judiciaires afin de faire respecter ses dispositions. Les lois nationales devront également comporter des recours aboutissant à la cessation d'activités contraires aux dispositions de la nouvelle Directive.

4.19. La charge de la preuve

130. Selon l'article 15 de la Directive sur la commercialisation à distance de services financiers, les fournisseurs supportent la charge de la preuve quant aux obligations des prestataires d'informer les consommateurs et d'obtenir leur consentement aux contrats et, quand approprié, pour l'exécution des contrats.

131. Toute disposition contractuelle transférant la charge de la preuve sur le consommateur sera considérée comme une clause abusive sens de la Directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁸⁶.

5. Loi applicable aux prestations de services financiers

132. Les obligations des sites financiers hors UE surviennent en relation avec leurs engagements contractuels mais aussi en cas de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Par exemple, les opérations illicites en vertu des règlements français peuvent souvent fonder des dépôts de plainte auprès du Procureur de la République avec constitution de partie civile par les personnes ayant subi un préjudice à cause de l'acte illicite.

133. Puisque ni la DCE, ni la Directive sur la commercialisation à distance de services financiers ne cherche à créer de nouvelles règles de droit international privé, la principale source de normes pour la solution de questions de choix de loi reste la Convention communautaire du 19 juin 1980 afférant à la loi applicable (« Convention de Rome »)⁸⁷. Bien que cette Convention ne s'applique pas aux obligations nées du caractère négociable des lettres de change, chèques, billets à ordre et autres instruments négociables, elle s'applique à leurs aspects ne relevant pas de leur négociabilité. Les dispositions s'appliquent également aux instruments financiers lorsqu'ils ne sont pas négociables (par exemple, un connaissance libellé non-négociable).

5.1. Loi applicable aux contrats

134. En application de la Convention de Rome, les parties jouissent de l'autonomie du choix de loi (article 3), mais lorsqu'elles n'en font pas stipulation expresse, leur contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (article 4). Ce dernier est présumé être celui où le prestataire du service caractéristique du contrat a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou s'agissant d'une personne morale, celui de son siège ou administration centrale. Toutefois, si cette dernière partie conclut le contrat dans le cadre de son activité professionnelle, ce pays des liens les plus étroits sera présumé être celui où est situé son principal établissement ou, si selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

135. Mais l'article 5 de la Convention stipule des mesures complémentaires pour les contrats conclus avec les consommateurs, une partie devant être considérée comme tel dès lors qu'elle contracte pour un usage étranger à son activité professionnelle.

136. S'agissant donc des contrats avec les consommateurs ainsi que des contrats destinés à leur financement, et à supposer que le consommateur ait accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat du pays de sa résidence habituelle ou que le cocontractant du consommateur ou son représentant ait reçu la commande du consommateur dans ce pays, le choix de loi contractuel ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de sa loi locale. Quand aucun choix de loi n'est fait expressément, le contrat sera soumis à la loi de la résidence habituelle du consommateur.

137. En vertu de l'article 7 de la Convention de Rome, un État dont la loi n'est pas applicable en vertu des autres dispositions de la Convention, mais avec lequel il existe un lien très étroit peut voir appliquer ses lois de police ayant un caractère impératif. Pour décider de telles questions, les tribunaux prennent en compte la nature et l'objet des normes impératives ainsi que les conséquences qui découleraient de leur application ou non-application.

138. L'article 9 de la Convention stipule que la forme des contrats entre personnes se trouvant dans des États différents sera régie par la loi indiquée par les autres dispositions de la Convention comme régissant le contrat.

⁸⁶ *Supra*, note 51.

⁸⁷ *Supra*, note 35.

139. La loi indiquée en application de la Convention de Rome règle les questions afférant à l'interprétation du contrat, son exécution, ainsi que les conséquences de l'inexécution et les divers modes d'extinction des obligations et nullités⁸⁸.

140. La loi applicable en vertu de la Convention détermine les règles de la preuve dont en particulier les présomptions légales et l'attribution de la charge de preuve⁸⁹.

141. L'application d'une disposition de la loi désignée par la Convention de Rome ne peut être écartée que lorsque son application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for⁹⁰.

142. L'article 15 de la Convention stipule que ses règles de choix de loi excluent l'application des règles de droit international privé du régime indiqué.

143. D'après son article 20, la Convention n'exclut pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont contenues dans les actes émanant des institutions de la Communauté ou dans les législations nationales harmonisées.

5.2. Loi applicable aux obligations non-contractuelles

144. Aucune convention de la Communauté n'attribue de manière générale la législative internationale par rapport aux délits à caractère financier et aux actions civiles montées sur leur fondement.

145. Mais la Convention de Bruxelles⁹¹ en son article 5 dispose que les tribunaux du lieu de tout délit sont compétents par rapport aux procès en découlant. Mais en vertu de l'arrêt *Bier v. Mines de Potasse*⁹², lorsque l'État de l'acte dommageable n'est pas le même que celui où surviennent ses effets, le demandeur peut agir devant les tribunaux de l'un ou l'autre de ces États⁹³.

146. Considérant que tout tribunal aura une très forte tendance à appliquer sa propre loi pénale à tout comportement sur son territoire, et considérant que les tribunaux et autorités de tutelle en matière financière ont tendance à considérer tout site étranger comme commettant des actes sur tout territoire où le site peut être visionné sur les écrans locaux, et enfin en ajoutant à cette équation le constat que de nombreuses lois et sources de droit dérivées en matière financière sont assorties de sanctions à caractère pénal, on peut conclure que dans grand nombre de cas les opérateurs de sites financiers en dehors de la Communauté sont exposés à des poursuites pénales et quasi-délictuelles pour leurs infractions aux régimes applicables aux services financiers dans les pays de la Communauté où leurs sites sont accessibles⁹⁴.

147. Certes, les personnes physiques susceptibles d'être mises en cause dans de telles affaires limiteraient leur risque en évitant le territoire européen, mais les intérêts de leurs sociétés pourraient être atteints de plusieurs façons, notamment sous forme de pertes financières à cause de saisies pratiquées contre les otages que constitueraient toutes filiales et établissements en Europe, ou à cause de celles qui seraient pratiquées sur leurs créances en Europe, ou encore par le discrédit engendré par les poursuites, pénales ou quasi-délictuelles, devant les tribunaux en Europe.

Conclusion

⁸⁸ Article 10.

⁸⁹ Article 14.

⁹⁰ Article 16.

⁹¹ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO L 299, 31.12.1972, p. 32.

⁹² *Bier v Mines de Potasse*, Cas 21/76, 1976 ECR 1735.

⁹³ Voir aussi *Shevill c. Presse Alliance S.A.*, 7.2.1995, Recueil 1995, I-415 (cas C-68/93).

⁹⁴ Une illustration dans un registre autre que la finance est l'affaire lancée devant les tribunaux français contre la société américaine Yahoo! Inc. par des associations de lutte contre le racisme et l'anti-sémitisme à cause de son affichage sur son site <www.yahoo.com> de reproductions de signes nazis contrairement au *Code Pénal français*. Voir un développement de ces questions sur <www.lapres.net/html/yahweb.html>.

148. L'édifice communautaire régissant les prestations de services financiers peut concerner tout opérateur nord-américain ayant des activités en Europe, surtout lorsque ces activités sont conduites par des filiales constituées dans un État de la Communauté.

149. Alors que les appareils juridiques en Amérique du Nord et en UE diffèrent en leurs assemblages, *in fine*, les modes d'emploi se ressemblent. Le transport des marchés financiers en ligne est considéré comme contribuant à la transparence et à l'efficacité des marchés. Le phénomène est donc encouragé de chaque côté de l'Atlantique.

150. En UE, les autorités communautaires justifient leur occupation de la compétence par rapport aux activités financières en ligne en raison de leur intérêt pour la réalisation du marché unique.

151. L'arbitrage en droit communautaire entre la libre circulation des informations et les restrictions y apportées aux plus divers titres (loyauté de la concurrence, prévention de la fraude, utilisation de langues, défense des mœurs locales, etc.) se résout en termes complexes si ce n'est qu'en raison de l'enchevêtrement des textes communautaires, sans avoir à évoquer les variations des mises en application au plan national.

152. En termes de leçons à retenir de l'expérience en UE, nous soulignons l'ancrage de la compétence de régulation des services de la société de l'information, dont les services financiers, dans l'État d'établissement du prestataire. Pourtant la portée du vecteur protection des consommateurs justifiant l'exercice de compétence par les autorités nationales reste incertaine.