

**LA RÉOLUTION
DES LITIGES TRANSFRONTALIERS
AVEC L'E-INVESTISSEUR :
QUESTIONS CHOISIES**

PAR

Hakim BOULARBAH

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES (GÉRARD & ASSOCIÉS)
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

INTRODUCTION	295
§ 1 ^{er} . L'ÉMERGENCE D'UN CONTENTIEUX TRANSFRONTALIER DE L'E- INVESTISSEMENT	295
§ 2. LES TECHNIQUES DE RÈGLEMENT DES LITIGES DANS LES DIREC- TIVES SUR LA COMMERCIALISATION À DISTANCE DE SERVICES FINANCIERS ET SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE.	298
I. LE RÉSEAU FIN-NET	302
§ 1 ^{er} . INTRODUCTION	302
§ 2. LE CADRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE	305
§ 3. LE PROTOCOLE D'ACCORD CONCLU AU SEIN DU RÉSEAU FIN- NET	307
II. LA CLAUSE ARBITRALE INSÉRÉE DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC L'E-INVESTISSEUR	314
§ 1 ^{er} . INTRODUCTION	314
§ 2. VALIDITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE CONCLUE PAR L'E- INVESTISSEUR	316
§ 3. ABSENCE D'EFFETS DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE AU STADE DU DÉCLINATOIRE DE JURIDICTION.	321
III. LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE CONTRATS CONCLUS AVEC LES E-INVESTISSEURS	322
§ 1 ^{er} . LE CONTENTIEUX EUROPÉEN	322
A. <i>Les conditions d'application des règles protectrices des consom- mateurs</i>	323
1. Il faut un contrat	323
2. Le contrat doit avoir été conclu avec un fournisseur de ser- vices financiers « domicilié » sur le territoire d'un État membre	325
3. Le contrat doit avoir été conclu par un e-investisseur consommateur	326
4. Le contrat de consommation doit porter sur un produit d'investissement et non sur un produit d'assurance	328
5. Le contrat de consommation doit être un de ceux énumérés par les Conventions et le Règlement	330
a) Les contrats conclus par l'e-investisseur consommateur dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano	330
(1) L'offre ou la publicité dans l'État de l'e-investisseur	330
(2) La conclusion du contrat par l'e-investisseur dans l'État de sa résidence.	330
b) Les contrats conclus par l'e-investisseur consommateur dans le Règlement Bruxelles I	333

(1) Quand une activité de services financiers est-elle diri- gée vers un État?	333
(2) Clauses et autres techniques de limitation de la desti- nation des activités financières	338
B. <i>Les règles de compétence en matière de contrats conclus avec les e-investisseurs consommateurs</i>	339
1. Règles de compétence	339
2. Dérogation par une clause d'élection de for	340
§ 2. LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL	341
CONCLUSION	344

INTRODUCTION

§ 1^{er}. – L'ÉMERGENCE D'UN CONTENTIEUX TRANSFRONTALIER DE L'E-INVESTISSEMENT

1. – **Introduction.** Ainsi qu'en témoignent plusieurs des contributions publiées dans le présent ouvrage, de nombreuses entreprises d'investissements et établissements de crédit développent leurs activités et services par la voie électronique. Ce nouveau média leur permet, d'une part, de donner aux clients potentiels des informations sur les services d'investissement et produits financiers qu'ils proposent et, d'autre part, d'offrir à leurs clients existants la possibilité, notamment, de consulter ou de gérer leur compte ou d'effectuer des transactions en ligne. Les émetteurs ainsi que les prestataires de services financiers peuvent également se servir de la voie électronique pour procéder à la diffusion d'informations de nature financière.

Les sites « financiers » revêtent ainsi différentes facettes. Certains sont purement informatifs et fournissent des renseignements sur l'intermédiaire, sa gamme de services et de produits, son réseau d'agences et sa structure tarifaire, d'autres sont interactifs et comportent des fonctions pédagogiques et de consultation, d'autres encore sont transactionnels et permettent de fournir des services financiers, comme, par exemple, transférer des fonds, effectuer des paiements, contracter des crédits ou encore réaliser des opérations d'achat ou de vente d'instruments de placement.

Les investisseurs peuvent ainsi désormais transmettre leurs ordres à l'intermédiaire financier, non plus en les lui communiquant au guichet, par courrier ou par téléphone, mais en s'adressant à son site web ou en utilisant une ligne de connexion directe. Cette possibilité facilite la disparition totale des frontières. L'e-investisseur peut depuis son domicile contracter avec des fournisseurs financiers établis dans des pays étrangers. Cet éloignement de l'e-investisseur ne manque

toutefois pas de susciter de multiples interrogations lorsqu'un conflit survient.

La présente contribution a pour objet d'étudier quelques unes des questions relatives aux modes de résolution des litiges transfrontaliers surgissant à l'occasion des services financiers offerts sur Internet par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement (ci-après « les fournisseurs de services financiers ») consistant en la fourniture d'informations financières et de conseils, l'ouverture et la gestion de comptes à distance, la souscription de produits financiers en ligne, le *day trading*, ... (1)

2. – Limites de la présente contribution. L'ampleur de la matière des modes de résolution des litiges transfrontaliers est telle que sa présentation nécessite des choix et, inévitablement, l'abandon de l'étude de certaines questions.

S'agissant des techniques alternatives de résolution des conflits, il ne sera évidemment pas possible de se livrer ici à un examen exhaustif de l'ensemble des questions tenant aux dispositifs de règlement extrajudiciaire des litiges (2) et notamment celles relatives à la résolution en ligne des conflits (3). Seuls certains points spécifiquement liés à l'e-investissement seront examinés.

Ensuite, le développement des activités commerciales sur Internet et l'accroissement de l'e-commerce suscitent de nom-

(1) Pour une présentation complète de ces services, voy. not. L. ROLIN JACQUEMYS, « Les relations financières à distance », in *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 105; Th. VERBIEST et L. ROLIN JACQUEMYS, « L'offre de services et produits financiers sur internet », *R.D.C.*, 2000, pp. 71 et s. Voy. Également : *La fourniture de services et produits financiers à l'épreuve d'internet*, rapport du groupe de travail constitué par le Comité juridique de l'AFEI, Octobre 2000 : <<http://www.afei.com>>.

(2) Sur ces modes, spécialement dans le commerce électronique, on consultera avec intérêt les contributions de P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », in *Le commerce électronique européen sur les rails*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 327 et s. et de L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 308 et s.

(3) Sur laquelle, on consultera not. V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : alternative cyberdispute resolution », *Revue Ubiquité*, 1999, n° 2, pp. 47-64; S. KALLEL, « Arbitrage et commerce électronique », *R.D.A.L.*, 2001, n° 1, pp. 13-29; E.W. VAN DEN HEUVEL, « Online dispute resolution als oplossing voor e-disputes : een verkenning », *Computerrecht*, 2001/2, pp. 66-73; H. VERBIEST, « On-line Arbitrage en Alternative Geschillenbeslechting », in *Privaatrecht in de reële en de virtuele wereld*, XXVII^e Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Universiteit Gent, 2000-2001.

breux débats en rapport avec la résolution judiciaire des litiges qui en découlent inévitablement. Ceux-ci font déjà l'objet d'une littérature abondante, pour ne pas dire pléthorique (4). Aussi, notre propos ne sera-t-il pas de présenter une fois de plus les questions posées par les nouvelles technologies de l'information sur le plan du contentieux judiciaire. Seules seront abordées celles qui concernent spécialement la résolution des litiges avec l'e-investisseur.

L'ensemble de ces points sera exclusivement examiné sous l'angle de la protection de l'*e-investisseur* consommateur, défini, pour la suite de l'exposé, comme la personne qui réalise en ligne une opération ou une transaction financière pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle.

On n'examinera pas non plus, si ce n'est de manière incidente, la question de la loi applicable aux services et produits financiers offerts à l'e-investisseur (5).

(4) Voy. not. H. BOULLHOL, « Les aspects juridiques de l'e-banking », *Banque & Droit*, n° 74, 2000, p. 8; K. BROECKX et B. DE GROOT, « Grensoverschrijdende contracteren en procederen in een virtuele wereld », in *Privaatrecht in de reële en de virtuele wereld*, XXVII^e Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Universiteit Gent, 2000-2001; Y. BRULARD et P. DEMOLIN, « Les transactions commerciales avec les consommateurs sur internet », in *Internet face au droit*, Bruxelles, Story Scientia, 1997, pp. 50 et s.; I. COUWENBERG et M. PERTEGÁS SENDER, « Recente ontwikkelingen in het Europees bevoegdheids — en executierecht », in *Hel nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 42, n° 3-19; B. DERPOORTER, « Het internationaal privaatrechtelijk probleem op internet : bevoegde rechter », in *Telecom & Internet*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 391-411; M. FOSS et L.A. BYGRAVE, « International Consumer Purchases through the Internet : Jurisdictional Issues pursuant to European Law », ECLIP, Esprit Project 27028 — Electronic Commerce Legal Issues Platform; Th. GERBEAUX, « Internet et le contentieux international », Mémoire DEA droit international, 1998/99; L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 339-344; G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de communication — mondialisation de la résolution des litiges ? », in *Internet — Which Court decides? — Which law applies?*, La Haye/Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 89 et s.; M. PERTEGÁS SENDER, « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », *J.T.*, 2001, pp. 191-193; R. STEENNOT, « Internationaal privaatrechtelijke aspecten van middels internet gesloten (consumenten) overeenkomsten », *D.A.O.R.*, 2000, n° 55, pp. 192 et s.; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 490 et s.; Th. VERBIEST, « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », *Juriscor.net*, 2000.

(5) Sur la question de la loi applicable aux services financiers offerts sur Internet, on consultera notamment L. ROLIN JACQUEMYS et Th. VERBIEST, *op. cit.*, pp. 71-74; R. STEENNOT, « IPR aspecten... », *op. cit.*, pp. 196 et s.; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, pp. 493 et s.

La présentation de la matière – ainsi définie – implique un examen préalable de la place du contentieux transfrontalier de l'e-investissement dans le cadre juridique européen des services financiers sur Internet afin de déterminer à l'aune de quelles règles elle doit être examinée.

§ 2. – LES TECHNIQUES DE RÈGLEMENT DES LITIGES
DANS LES DIRECTIVES SUR LA COMMERCIALISATION
À DISTANCE DE SERVICES FINANCIERS
ET SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

3. – **Application combinée des deux directives.** Le considérant 27 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (6) précise que « la présente directive, en liaison avec la future directive du Parlement européen et du Conseil concernant la vente à distance de services financiers aux consommateurs, contribue à la création d'un cadre juridique pour la prestation en ligne des services financiers ». Les articles 17 et 18 de ladite directive qui traitent respectivement du règlement extrajudiciaire des litiges et des recours juridictionnels doivent partant être lus en combinaison avec les articles 12 et 12bis de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (7).

4. – **Modes extrajudiciaires de règlement des conflits.** Les deux instruments traitent d'abord des modes non judiciaires de règlement des conflits.

L'article 17 de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 dispose que :

« 1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire de ce service,

(6) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, du 8 juin 2000, (JO, L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1 à 16).

(7) Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, Doc. COM(1999)385final du 23 juillet 1999. Cette proposition a fait l'objet d'un accord politique, le 27 septembre 2001 (Voy. Th. VERBIST, « Accord politique de l'Union sur la proposition de directive sur les services financiers à distance », <<http://www.droit-technologie.org>>. 1^{er} octobre 2001).

leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de résolution extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.

2. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées » (8).

Le considérant 51 de la directive vient préciser la portée et l'objectif poursuivi par cet article 17. Il dispose que « il doit incomber à chaque Etat membre, le cas échéant, de modifier toute législation susceptible de gêner l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges par la voie électronique; le résultat de cette modification doit être de rendre réellement et effectivement possible, en droit et en pratique, le fonctionnement de tels mécanismes, y compris dans les relations transfrontalières » (9).

L'article 12bis de la proposition modifiée de directive sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (ci-après « la directive sur les services financiers à distance ») prévoit quant à lui que « les Etats membres incitent les organes extrajudiciaires institués en vue du règlement extrajudiciaire des litiges à coopérer pour résoudre les litiges transfrontières ».

Le considérant 23 de la directive en projet précise « qu'il conviendrait que les Etats membres incitent les organismes publics ou privés institués en vue du règlement extrajudiciaire des litiges à coopérer pour résoudre les litiges transfrontaliers, que cette coopération pourrait notamment viser à permettre aux consommateurs d'adresser aux organes extrajudiciaires établis dans l'Etat membre où ils résident, les plaintes concernant les fournisseurs établis dans d'autres Etats membres » (10).

Il convient de relever par ailleurs que l'article 3, point 1, de la directive en projet prévoit encore que « en temps utile avant d'accomplir ce genre de contrat, le consommateur doit bénéficier

(8) Nous soulignons.

(9) Pour un commentaire détaillé de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique, voy. P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », in *Le commerce électronique européen sur les rails*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 327 et s.

(10) Ainsi que nous le verrons ci-après (n^{os} 8 et s.), cet objectif a déjà été en grande partie atteint par la création du réseau FIN-NET.

des informations préalables suivantes : p) les procédures de réclamation et de recours non judiciaires ».

5. – Procédures judiciaires. Les deux directives envisagent également les procédures judiciaires.

L'article 18 de la directive sur le commerce électronique énonce que « *les Etats membres veillent à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé, visant à mettre un terme à toute violation alléguée et à prévenir toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés* » (11).

L'article 12, point 1, de la directive sur les services financiers à distance prévoit quant à lui que les Etats membres veillent « *à la mise en place de procédures adéquates et efficaces de réclamation et de recours en vue de règlement des litiges entre fournisseurs et consommateurs* ». Les considérants 21 et 22 de la directive en projet précisent « *qu'il importe, afin de protéger les consommateurs, de traiter de la question du litige, il convient de prévoir des procédures appropriées et efficaces de réclamation et de recours dans les Etats membres en vue du règlement d'éventuels litiges entre fournisseurs et consommateurs, en utilisant, le cas échéant, les procédures existantes; concernant l'accès des consommateurs à la justice et plus particulièrement aux cours et tribunaux en cas de litiges transfrontières, il convient de tenir compte de la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen intitulée 'Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne'* ».

Il convient de relever par ailleurs que l'article 3, point 1, de la directive en projet prévoit que « *en temps utile avant d'accomplir ce genre de contrat, le consommateur doit bénéficier des informations préalables suivantes : (n) le tribunal compétent en cas de litige, lorsqu'il existe une clause d'élection de for qui attribue la compétence à une juridiction différente de celle de la résidence du consommateur en cas de litige, sans préjudice de la Convention de Bruxelles* ».

(11) Pour un commentaire détaillé de l'article 18 de la directive sur le commerce électronique, voy. P. DE LOCHT, « Les recours juridictionnels », in *Le commerce électronique européen sur les rails*. Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 363 et s.

6. – Absence de règles spécifiques. Ainsi qu'on l'aura remarqué les deux directives ne contiennent aucune règle concrète destinée à la résolution des litiges en matière d'e-investissement, seules des invitations, tantôt de résultat, tantôt de moyen, sont faites à l'attention des Etats membres (12).

Le contentieux transfrontalier de l'e-investissement est donc essentiellement régi, comme tout autre contentieux, par les règles « classiques » en matière de compétence judiciaire : la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (ci-après « la Convention de Bruxelles »), la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 (ci-après « la Convention de Lugano »), le Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 (dit « Règlement Bruxelles I ») (13), portant tous les trois sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi que le droit commun belge (en ce compris la loi du 14 juillet 1991 sur la protection et l'information du consommateur [ci-après « la LPC »]).

Quant aux modes alternatifs de règlement des litiges, la matière repose essentiellement sur les recommandations de la Commission et sur les résolutions du Conseil encourageant des mécanismes volontaires d'adhésion par les fournisseurs de services financiers ou par l'organisation professionnelle dont ils sont membres aux mécanismes et institutionnels et extrajudiciaires de règlement des litiges.

7. – Plan. La suite de la présente contribution tentera d'apporter un bref éclairage sur ces règles et mécanismes. On abordera successivement le mécanisme de règlement extrajudiciaire des litiges mis en place dans le système FIN-NET (I),

(12) Sur la portée de ces obligations, voy. les deux études précitées de P. DE LOCHT in *Le commerce électronique européen sur les rails*. Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 327 et s.

(13) *J.O.C.E.*, L 12, 16 janvier 2001, p. 1. Sur lequel, voy. not. H. CROZE, « Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Procédures*, avril 2001, pp. 7-10; R. HAUSMANN, « The revision of the Brussels Convention of 1968 », *The European Legal Forum*, 2000/01, pp. 40 et s.; A. NUYS, « La communautarisation de la Convention de Bruxelles », *J.T.*, 2001, pp. 913 et s.; J.-P. BRAUDO, « Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Chunet*, 2001, pp. 1033 et s.; A. MOURRE, « La communautarisation de la coopération judiciaire en matière civile », *R.D.A.I.*, 2001, pp. 770 et s.

la validité et l'opposabilité des clauses compromissaires conclues avec les e-investisseurs (II) et, enfin, les règles de compétence judiciaire dans le cadre des contrats conclus par l'e-investisseur (III).

I. - LE RÉSEAU FIN-NET

§ 1^{er}. - INTRODUCTION

8. - Inefficacité relative des procédures judiciaires en matière d'e-investissement. C'est devenu un lieu commun que d'écrire que lorsque les produits ou services financiers ont été fournis par un prestataire situé à l'étranger, l'e-investisseur peut hésiter à intenter une action judiciaire dès lors qu'il sait que son cocontractant est établi dans un autre Etat et que cette circonstance est de nature à engendrer un certain nombre de difficultés. Cela constitue un obstacle au développement des prestations transfrontalières, en particulier dans le secteur des secteurs financiers, où l'essor du commerce électronique pourrait s'en trouver entravé.

La longueur et la complexité technique des procédures judiciaires, sans parler de leur coût, ni des éventuels problèmes linguistiques et culturels, découragent les e-investisseurs de porter plainte. En outre, le sentiment qu'il n'existe aucun autre moyen de recours peut dissuader fortement l'investissement transfrontalier. C'est la raison pour laquelle, peut-être plus que dans toute autre matière, les dispositifs alternatifs de règlement de litiges ont une importance capitale dans le secteur des services financiers (14). De longue date, la Commission européenne a recommandé en cette matière le recours à ce type de modes alternatifs de règlement des litiges (15).

(14) Voy. J. ALLIX, « De l'utilisation du terme 'Ombudsman' dans le domaine des services financiers », in *Les modes non judiciaires de règlement des litiges*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 141 et s.

(15) Voy. déjà, le 6^e principe de la recommandation de la Commission du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières ainsi que son considérant n° 8 (90/109/CE, *J.O.C.E.*, L 67/39 du 15 mars 1990); les articles 31 de la 3^e directive en matière d'assurance non vie et de la 3^e directive en matière d'assurance-vie et le livre-vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique (COM [93] 576).

Comme l'avait suggéré le plan d'action pour les services financiers (16), la Commission a dès lors étudié la possibilité de recourir aux infrastructures existantes pour régler les litiges transfrontaliers, en reliant les organes nationaux compétents en un réseau *ad hoc*.

Il existe en effet déjà, au niveau national, un vaste éventail de dispositifs alternatifs de règlement des conflits (ci-après « DAR ») pour les services financiers. Au delà de légères différences de fonctionnement, ces dispositifs poursuivent le même objectif fondamental : offrir à l'(e)-investisseur mécontent la possibilité de faire appel à la médiation d'un tiers indépendant pour résoudre un litige à moindre frais, voire sans débours, une fois épuisées les voies de recours internes à l'établissement financier en cause.

En les reliant entre eux, il était dès lors possible de constituer un réseau européen destiné à faciliter l'accès des (e)-investisseurs à des procédures extrajudiciaires permettant la résolution de litiges transfrontaliers, dans le cas où le fournisseur de services financiers est établi dans un Etat membre autre que leur Etat membre de résidence.

Leur coopération visait essentiellement à permettre à tout consommateur de services financiers transfrontaliers d'appeler à l'arbitrage d'une tierce partie en cas de litige, même si le fournisseur n'est pas lié par le système de règlement des litiges en vigueur dans le pays de résidence de l'(e)-investisseur. A cette fin, il convenait de garantir l'accès de l'(e)-investisseur à l'organe de règlement des litiges auquel est soumis le fournisseur de services, via l'organe compétent de son propre pays de résidence.

9. - La création du réseau FIN-NET. La large diffusion des dispositifs existant au niveau national a permis la constitution du premier réseau européen de DAR dans le secteur des services financiers qui regroupe les organes de recours sur la base d'un protocole d'accord volontaire. Celui-ci fait partie du

(16) Doc (COM) 1999/232.

« plan d'attaque » de la Commission en ce qui concerne les services financiers en ligne (17).

La Commission européenne a ainsi lancé le 1^{er} février 2001 un réseau pour la résolution extrajudiciaire des litiges dans le secteur des services financiers, afin d'aider les entreprises et les (e-)investisseurs du marché intérieur à résoudre leurs différends de manière rapide et efficace, en évitant, si possible, une action en justice aussi longue que coûteuse.

Ce réseau, baptisé FIN-NET (FINAncial Services Complaints NETwork) (18), vise notamment à faciliter la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation dans le cas où le fournisseur de services financiers est établi dans un autre État membre que celui où réside l'(e-)investisseur et à instaurer une confiance mutuelle et un échange d'informations entre les organes nationaux compétents.

Il regroupe plus de 35 organes nationaux, qui chapeautent spécifiquement certains services financiers (par exemple, les médiateurs des secteurs bancaire et assurantiel) ou bien règlent les litiges de consommation en général (par exemple, les chambres de recours pour les consommateurs).

Les systèmes de règlement extrajudiciaire des litiges portant sur la fourniture de services financiers prennent en effet des formes différentes, selon les États membres. Certains pays ont opté pour une centralisation à l'échelon national, d'autres pour une décentralisation régionale, voire locale. Par ailleurs, il existe aussi bien des systèmes publics que privés. Le statut des décisions arrêtées par ces systèmes varie également, de simples recommandations pour les deux parties (émanant, par exemple, de l'office national suédois pour les réclamations de consommateurs ou du service des réclamations de la Banque d'Espagne) à des décisions ayant un caractère contraignant pour le fournisseur de services (typiques de la plupart des ins-

(17) Voy. E. WÉRY, « Services financiers en ligne : la Commission dévoile son plan d'attaque », <<http://droit-technologie.org>>, 24 avril 2001. Voy. également le « rapport au groupe de politique des services financiers sur le commerce électronique et les services financiers », <http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/report/report_fr.pdf>, pp. 1, 4 et 10.

(18) Voir : <http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm>.

tances privées de médiation dans le secteur bancaire et celui des assurances).

Tant les services en ligne que hors ligne sont couverts par le réseau qui offre un cadre permettant aux (e-)investisseurs d'accéder aisément à une possibilité de recours extrajudiciaire, même lorsque le prestataire de services en cause n'est pas couvert par l'organe de résolution des litiges compétent dans leur pays de résidence. Dans ce cas, l'(e-)investisseur est mis en contact, via le DAR de son pays, avec celui du pays où est établi le prestataire. Cette coopération transfrontalière présente en outre l'avantage d'intensifier les échanges d'informations entre organes de recours, ce qui leur permet de résoudre les litiges transfrontaliers aussi rapidement et efficacement que possible.

Le réseau FIN-NET s'inscrit dans un cadre juridique communautaire qu'il convient d'exposer brièvement.

§ 2. – LE CADRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE (19)

10. – Le réseau EJE et les recommandations de la Commission. Sur la base du document de travail établi par la Commission (20), le Conseil européen a lancé, le 25 mai 2000, lors du sommet de Lisbonne, le réseau extrajudiciaire européen des litiges de consommation (Réseau EJE) (21). Il vise ainsi à créer un environnement efficace et pratique permettant de renforcer la confiance des consommateurs dans les opérations et le commerce transfrontalier, en particulier dans le secteur du commerce électronique.

Le but est de mettre sur pied, à l'instar du réseau FIN-NET, un réseau européen d'organes de résolution des litiges respectant les principes posés par la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes

(19) Pour une analyse détaillée de ce cadre juridique, voy. not. P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », *op. cit.*, pp. 351 et s.; L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 315 et s.

(20) Document SEC (2000) 405, <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just06_en.html>.

(21) Résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à un réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (JO, C 155 du 6 juin 2000, p. 1).

responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) (22).

Cette recommandation définit les principes essentiels que doivent respecter les organes qui proposent de résoudre les litiges opposant les consommateurs et les professionnels en dehors de toute action judiciaire, afin d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs.

La recommandation détermine sept principes fondamentaux applicables aux organes proposant des mécanismes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation : l'indépendance, la transparence, le contradictoire, l'efficacité, la légalité, la liberté et la représentation (23).

L'observation de ces principes par les organes visés doit donner une confiance accrue aux consommateurs dans ces méthodes alternatives de résolution des différends. Le consommateur a ainsi la certitude que celles qui présentent toutes les garanties prévues par la recommandation offrent un degré de fiabilité suffisamment acceptable pour oser soumettre son litige à une telle instance, que celle-ci se trouve dans son propre pays ou dans celui du professionnel qui est établi dans un autre Etat membre.

Le champ d'application de la recommandation 98/257/CE est toutefois limité aux « méthodes qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution ». La recommandation ne concerne donc pas « les procédures qui se limitent à une simple tentative de rapprocher les parties pour les convaincre à trouver une solution de commun accord ».

Le 4 avril 2001, la Commission a dès lors adopté une communication relative à « l'élargissement de l'accès des consommateurs aux autres systèmes de résolution des litiges » introduisant une recommandation relative aux principes applicables aux

(22) JO, L 115 du 17.4.1998, pp. 31-34.

(23) Pour une analyse détaillée de ces principes, voy. not. P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », *op. cit.*, pp. 351 et s.; L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 316 et s.

organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (24).

Cette nouvelle recommandation s'applique aux organes de résolution des litiges qui « tentent de régler un litige de consommation en rapprochant les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord ». Elle détermine également quatre principes fondamentaux : l'impartialité, la transparence, l'efficacité et l'équité.

11. – Le réseau FIN-NET complète le réseau EJE. Les organes du réseau FIN-NET sont ceux qui, conformément à la recommandation 98/257/CE dont ils respectent les principes, proposent ou imposent une solution au litige opposant un fournisseur de services financiers et un (e-)investisseur. Le réseau FIN-NET complète donc ainsi le réseau, plus général, EJE.

Les membres du réseau FIN-NET peuvent intervenir dans la résolution des litiges purement nationaux et des litiges transfrontaliers pour lesquels ils ont conclu à cet effet un protocole d'accord.

§ 3. – LE PROTOCOLE D'ACCORD CONCLU AU SEIN DU RÉSEAU FIN-NET

12. **Introduction.** Lorsque le fournisseur de services financiers se trouve dans un Etat de l'Union européenne, voire de l'Espace Economique européen, les membres du réseau FIN-NET ont adhéré à un protocole d'accord relatif à un réseau communautaire de recours transfrontalier dans le domaine des services financiers (ci-après « le protocole d'accord ») (25) qui constitue une déclaration d'intention pour la coopération transfrontalière entre les différents organes et institutions existants qui proposent des DAR dans le domaine des services financiers (26).

(24) Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, JO, L 109 du 19 avril 2001, p. 56.

(25) Le texte du Protocole et de ses annexes est disponible à la page : <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/mou-fr.pdf>.

(26) Point I du protocole d'accord.

L'objet de la coopération porte sur les plaintes déposées par des (e-)investisseurs concernant des services financiers transfrontaliers. Le protocole expose les mécanismes et les autres conditions sur la base desquels les parties envisagent de coopérer en vue de faciliter la résolution extrajudiciaire des litiges transfrontaliers, c'est-à-dire les litiges «*opposant un consommateur et un fournisseur de services financiers, le consommateur résidant dans un Etat membre autre que celui dans lequel le fournisseur est établi*» (27).

Les dispositions du protocole ne lient toutefois pas juridiquement les parties et ne créent donc pas de droits ni d'obligations pour les parties ou des tiers (28).

13. – Les membres du réseau FIN-NET. Les membres du réseau FIN-NET sont énumérés à l'annexe 1 du protocole (29).

Tout système spécialisé dans la résolution extrajudiciaire des litiges entre consommateurs et fournisseurs de services financiers peut devenir partie au protocole à la condition de respecter les principes énoncés dans la recommandation n° 98/257 de la Commission (30).

Lorsque le litige concerne un fournisseur de services financiers établi en Belgique, le règlement du litige se fait à l'intervention de l'un des trois organes compétents reconnus par le réseau FIN-NET.

Il s'agit de l'Ombudsman de l'Association belge des Banques (ABB) pour les banques affiliées à l'ABB, les sociétés de bourses membres de l'Euronext Brussels et de l'Association belge des membres de la Bourse (ABMB) et les membres de l'Association belge des Gestionnaires de Fortune et des Conseils en Placement (ABGC) (31), l'Ombudsman de la Poste

(27) Point 2 du protocole d'accord.

(28) Point 1 du protocole d'accord.

(29) La liste complète des membres du réseau FIN-NET est disponible à l'adresse <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/intro.htm>. Elle reprend pour chaque pays non seulement la liste des organes de résolution des litiges mais également les informations qui doivent être fournies par eux en vertu du point 8.1 du protocole d'accord et rendues accessibles par la Commission en vertu du point 8.2 du même protocole.

(30) Point 3 du protocole d'accord.

(31) J. VAN NULAND, «*De Ombudsman voor de cliënten van de banken*», in *Les modes non judiciaires de règlement des litiges*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 105 et s. : <http://www.abb-byb.be/gen/fr/ombudsman_mediateur.html>.

pour le services financiers offerts par celle-ci et l'Ombudsman de l'UPEA pour le services financiers assurantiels (32).

14. – Respect des principes de la recommandation n° 98/257. En vertu du point 4 du protocole d'accord, les membres du réseau FIN-NET respectent les principes applicables aux organes chargés de la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, qui sont énoncés dans la recommandation 98/257/CE de la Commission.

Les organes que les Etats membres n'ont pas encore notifiés à la base de données de la Commission conformément à ladite recommandation mettent tout en œuvre pour que leurs Etats membres procèdent à leur notification avant la fin de l'année 2001.

15. – Plainte préalable auprès du fournisseur de services financiers. Le protocole d'accord prévoit qu'il est toujours conseillé à l'e-investisseur d'adresser préalablement sa plainte au fournisseur de services financiers directement.

On rappelle à cet égard que la communication de la Commission sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation (COM(1998)198) (33) a prévu la mise à disposition des consommateurs d'un formulaire européen de réclamation destiné à faciliter la communication entre les professionnels et les consommateurs et, en cas d'échec d'une solution à l'amiable, à faciliter l'accès aux procédures extrajudiciaires (34).

Disponible dans toutes les langues officielles de l'Union européenne, ce formulaire peut être directement envoyé par le consommateur mécontent au professionnel concerné tant au niveau national que transfrontalier. Si l'envoi de la plainte ne donne pas satisfaction, celle-ci peut servir de base à une action judiciaire ou extrajudiciaire ultérieure.

(32) R. CROONENBERGHS, «*L'Ombudsman de l'Union professionnelle des entreprises d'assurance (UPEA)*», in *Les modes non judiciaires de règlement des litiges*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 115 et s. ; <<http://www.upea.be/ombudsman>>.

(33) Disponible à l'adresse <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just01L.fr.html>.

(34) Ce formulaire est disponible à la page : <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just03_fr.html>.

Le but est de faciliter la résolution des conflits de consommation dans une phase initiale de façon à ce que les parties évitent les désagréments causés par l'ouverture d'une procédure (judiciaire ou même extrajudiciaire).

16. – Portée de la coopération. La coopération instaurée par le protocole d'accord porte sur les plaintes déposées par les e-investisseurs concernant des services financiers transfrontaliers.

Chaque système participant au réseau FIN-NET coopère dans les domaines pour lesquels il est normalement compétent en vertu de son mandat et/ou de ses obligations juridiques (35).

Sur demande, les parties fournissent chaque année à la Commission des statistiques des litiges transfrontaliers dont elles ont été saisies et lui présentent leurs observations sur le fonctionnement du réseau de coopération. Les services de la Commission sollicitent ces informations sous une forme bien précise (36). Par ailleurs, les services de la Commission envisagent d'organiser une réunion annuelle des systèmes participants et d'y présenter un rapport sur l'application du protocole. Une actualisation du protocole peut au besoin être décidée au cours de cette réunion (37).

17. – Lignes directrices pour la procédure à suivre dans le réseau de résolution extrajudiciaire des litiges transfrontaliers. Le protocole d'accord fixe les lignes directrices qui, d'une manière générale, devraient régir la coopération de base dans le traitement des plaintes liées à un litige transfrontalier, sans préjudice pour les parties au protocole de convenir d'une méthode de coopération différente, pour autant qu'elle permette de régler plus efficacement le litige (38).

18. – Plainte auprès du système le plus proche. En cas de litige survenant avec un fournisseur de services financiers

(35) Point 5 du protocole d'accord.

(36) Point 10 du protocole d'accord.

(37) Point 11 du protocole d'accord.

(38) Point 6.5 du protocole d'accord.

établi dans un autre Etat membre, l'e-investisseur peut s'adresser au système le plus proche, c'est-à-dire l'organe de résolution des litiges dans le secteur des services financiers de son pays de résidence.

Le point 6.1. du protocole prévoit que le système le plus proche fournit à l'e-investisseur toutes les informations nécessaires sur le réseau de recours et sur le système compétent, c'est-à-dire l'organe de résolution des litiges compétent dans le domaine des services financiers du pays dans lequel le fournisseur est établi et à partir duquel il offre ses services.

Le cas échéant, le système le plus proche rappelle à l'e-investisseur qu'il lui est conseillé d'adresser sa plainte d'abord au fournisseur de services financiers directement, parce que c'est souvent la condition préalable à remplir pour que les organes de résolution des litiges puissent se saisir des plaintes. Le système le plus proche attire aussi son attention sur le fait qu'un délai peut avoir été fixé pour la transmission de la plainte au système compétent et qu'il peut y avoir des délais pour engager des poursuites devant les tribunaux (39).

19. – Transmission de la plainte par le système le plus proche au système compétent. En vertu du point 6.3 du protocole, le système le plus proche transmet la plainte au système compétent (a) ou conseille à l'e-investisseur de s'adresser directement au système compétent (b) ou, si le fournisseur de services financiers accepte la compétence du système le plus proche, ou si les obligations juridiques du système le plus proche le prévoient, traite la plainte lui-même dans le respect de son règlement intérieur (c).

Si le système le plus proche envisage de transmettre la plainte au système compétent, il doit informer l'e-investisseur de la transmission au système compétent de toutes les données utiles à caractère personnel conformément à l'article 10 de la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (40).

(39) Point 6.5 du protocole d'accord.

(40) Point 9 du protocole d'accord.

20. – Traitement de la plainte par le système compétent. Dès qu'il a reçu la plainte transfrontalière, le système compétent s'efforce de résoudre le litige entre le fournisseur de services et l'e-investisseur, conformément aux règles prévues par son mandat et/ou ses obligations juridiques, en tenant compte de la recommandation n° 98/257 de la Commission, en ce qui concerne notamment le droit applicable (41).

Le système compétent doit donc notamment respecter les principes du contradictoire, de légalité, d'efficacité et de représentation.

L'e-investisseur doit par conséquent disposer d'un accès aisé à la procédure, celle-ci doit être gratuite ou d'un coût modéré, des délais courts doivent séparer la saisine de l'organe de la prise de décision et l'organe doit jouer un rôle actif lui permettant de prendre en considération tout élément utile à la résolution du litige (principe d'efficacité).

L'organe de résolution doit en outre permettre à toutes les parties concernées de faire connaître leur point de vue et de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie ainsi que, le cas échéant, des déclarations des experts (principe du contradictoire). Il doit également autoriser les parties à se faire représenter ou accompagner par un tiers à tout stade de la procédure (principe de représentation) sans que cette représentation ne puisse toutefois être imposée (principe d'efficacité).

21. – Dispositions légales applicables au traitement de la plainte. En vertu du principe de légalité énoncé par la recommandation 98/257/CE, la décision de l'organe ne peut avoir pour résultat de priver l'e-investisseur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'organe est établi. S'agissant de litiges transfrontaliers, la décision de l'organe ne peut avoir pour résultat de priver l'e-investisseur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat membre dans lequel il a sa résidence habituelle, dans les cas prévus par

(41) Point 6.4 du protocole d'accord.

l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (42).

Le système compétent doit dès lors, lorsque les conditions fixées par l'article 5 de la Convention de Rome sont réunies, faire application des dispositions impératives de la loi de l'Etat du domicile de l'e-investisseur. Pour qu'il puisse connaître le contenu de ces dispositions, le point 8.3 du protocole d'accord prévoit que « *dans les limites de ses possibilités, le système le plus proche communique au système compétent, sur demande expresse de celui-ci, des informations concernant les mesures impératives en matière de protection des consommateurs en vigueur dans le pays de résidence du consommateur* ».

22. – Langue du traitement de la plainte. S'il ne choisit pas la langue de travail usuelle du système compétent, l'e-investisseur peut traiter avec lui soit dans la langue du contrat conclu avec le fournisseur de services financiers (a), soit dans la langue dans laquelle il traitait normalement avec le fournisseur de services financiers (b) (43).

23. – Communication de la décision de l'organe de résolution. Conformément au principe de légalité énoncé par la recommandation 98/257/CE, la décision de l'organe est motivée et communiquée par écrit ou sous toute autre forme appropriée aux parties concernées dans les meilleurs délais.

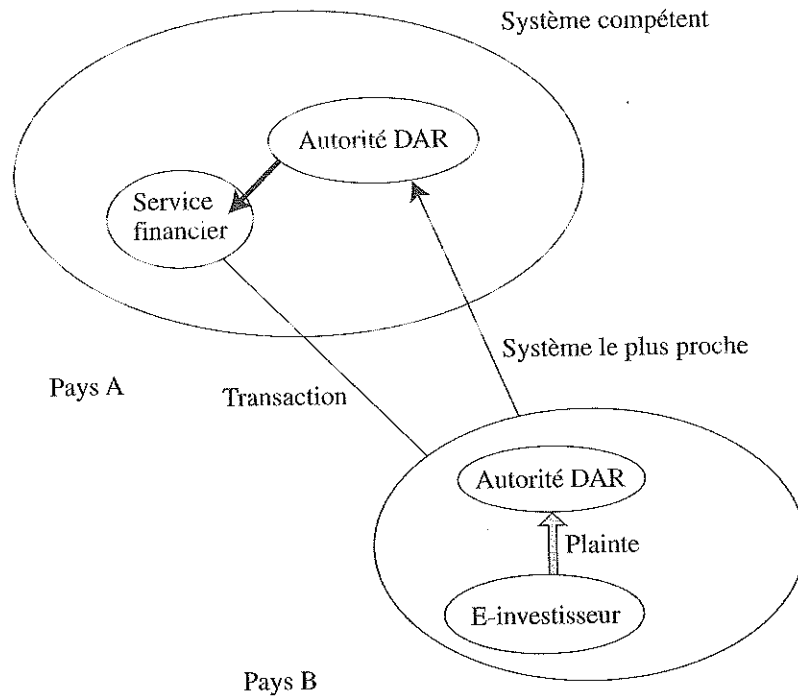
24. – Effets de la décision de l'organe de résolution. En vertu du principe de liberté énoncé par la même recommandation, la décision de l'organe ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci en ont été préalablement informées et l'ont expressément accepté.

A cet égard, l'adhésion de l'e-investisseur à la procédure extrajudiciaire ne peut pas résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend, lorsque cet engagement a comme effet de priver l'e-investisseur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige.

(42) Sur cette disposition, voy. not. J. STUYCK, « Internationale consumentenovereenkomsten », in *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, pp. 259 et s.; Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, pp. 42 et s.; R. STRENNOT, *op. cit.*, pp. 196 et s.; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, pp. 496 et s.

(43) Point 7 du protocole d'accord.

25. – Schéma. Le fonctionnement du réseau FIN-NET peut être résumé sous la forme du schéma suivant :



II. – LA CLAUSE ARBITRALE INSÉRÉE DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC L'E-INVESTISSEUR

§ 1^{er}. – INTRODUCTION

26. – Exposé de la question. Le réseau FIN-NET s'appuie sur des organes de résolution extrajudiciaire des litiges qui proposent ou imposent une solution au conflit opposant un fournisseur de services financiers et un e-investisseur.

Ainsi qu'on l'a exposé, les décisions des membres du réseau ne sont, dans l'ensemble, pas contraignantes pour l'e-investisseur qui dispose toujours de la possibilité de recourir à une procédure judiciaire si la proposition de règlement formulée par l'organe de résolution ne le satisfait pas. En toute hypothèse, la décision de l'organe de résolution ne peut être

contraignante que si les parties en ont été préalablement informées et l'ont expressément accepté. Cet engagement ne peut être antérieur à la naissance du litige lorsqu'il a comme effet de priver l'e-investisseur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige.

Cette limitation ne concerne toutefois que les organes de résolution des litiges membres du réseau. Rien n'empêche en revanche un fournisseur de services financiers, *a fortiori* lorsqu'il n'est pas établi dans un Etat membre de l'Union Européenne, d'insérer dans ses conditions générales disponibles en ligne ou transmises par courrier électronique une clause arbitrale. Une telle clause compromissoire lie-t-elle l'e-investisseur consommateur? La question est importante dans la mesure où, on l'aperçoit immédiatement, qu'en attribuant la résolution extrajudiciaire des litiges à un tribunal arbitral, le fournisseur de services financiers pourrait tenter de soustraire l'e-investisseur à la protection qui lui est accordée au sein du réseau FIN-NET ou, de manière plus générale, par les règles de compétence judiciaire qui garantissent, dans les deux cas, à l'e-investisseur l'application des dispositions impératives de la loi de l'Etat de sa résidence habituelle.

La question du caractère contraignant de la clause compromissoire doit être résolue sous l'angle de la forme et du consentement de l'e-investisseur et, ensuite, sur le plan de la validité de la clause elle-même lorsqu'elle est conclue par un e-investisseur consommateur. Les deux premières questions n'appellent pas de commentaires particuliers sous l'angle de la protection de l'e-investisseur. On se permet dès lors de renvoyer à la doctrine existante sur la validité formelle de la clause arbitrale souscrite en ligne (44) et sur son acceptation lorsqu'elle est contenue dans des conditions générales (45).

La seule question qui retiendra notre attention est la suivante : à supposer qu'elle soit valable en la forme et régulièrement acceptée, la clause compromissoire peut-elle être valable-

(44) Voy. not. P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », *op. cit.*, pp. 341 et s.; L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 322 et s. ainsi que les références déjà citées à la note 4.

(45) Voy. not. J. LINSMEAU, « L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit », in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 43 et s. n^{os} 9 et s.

ment conclue dans les contrats passés avec des e-investisseurs consommateurs (46) ?

§ 2. – VALIDITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE
CONCLUE PAR L'E-INVESTISSEUR

27. – **Exposé de la question.** Les clauses compromissoires contenues dans les contrats conclus par un e-investisseur consommateur sont-elles valables ? La question doit être examinée à l'aune de la LPC. Depuis le 1^{er} mai 2001, certaines dispositions de la LPC, dont les clauses abusives prévues par les articles 31 et 32 de la loi, sont en effet applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs en vertu de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 (47).

28. – **Application de l'article 31 de la LPC.** Il est dès lors tout d'abord concevable qu'en vertu de l'article 31 de la LPC, qui dispose que « pour l'application de la présente loi, il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une plusieurs clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties », une clause compromissoire qui placerait le consommateur dans une situation particulièrement défavorable par rapport au professionnel soit considérée comme abusive et réputée non écrite (48).

29. – **Application de l'article 1^{er}, point q, de l'annexe à la directive du 5 avril 1993.** Mais que penser de la clause compromissoire qui, sans priver le consommateur d'un recours, ni le placer dans une situation différente du fournisseur, lui interdit de faire appel aux tribunaux étatiques ?

(46) Sur cette question, voy. not. V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies », *Ubiquité*, 1999, n° 2, pp. 47-64; Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, p. 569, n° 1080.

(47) Voy. K. DAELF et G. DE VOS, « Wet handelspraktijken en financiële instrumenten », *DAOR, Actualité*, 2000-2001, pp. 11-13; G. NEJMAN et M. DUPLAT, « L'extension de l'application de la LPC aux instruments financiers », *FF-Dr.banc.fin.*, 2001, pp. 150 et s.; C. VAN ACKER, « De toepassing van de W.H.P.C. op de financiële producten », *R.D.C.*, 2001, pp. 499 et s.; E. BALLON, « De toepassing van de Wet handelspraktijken op financiële instrumenten, effecten en waarden », *D.C.C.R.*, 2001, pp. 231 et s. Voy. également la contribution de C. VAN ACKER dans le présent ouvrage.

(48) Voy. pour des applications à propos de la Commission Litige-Voyages, J.P. Gand, 9 mars 1998, *D.C.C.R.*, 1999, n° 42, p. 59 à 65 et la note de J. SPEYBROUCK; Mons, 6 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 209.

Les clauses – de la liste « noire » – visées à l'article 32 de la LPC et en particulier celles concernées par les points 13, 19 et 20 de cette disposition, n'interdisent pas en tant que telles les clauses d'arbitrage (49).

Toutefois, l'article 1, point q, de l'annexe de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, prévoit que sont abusives, entre autres, « les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ».

Cette disposition permet-elle de déclarer nulle et non écrite la clause arbitrale dans la mesure où elle obligerait « le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales » ? (50)

Cette interprétation n'est-elle pas renforcée par le principe de liberté contenu dans la recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation qui prévoit par ailleurs que le consommateur ne peut pas valablement conclure une convention par laquelle il renonce avant la naissance du litige au droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige (51) ? Si cette recommandation est dépourvue d'effet obligatoire, ne doit-elle en effet pas servir de base à l'interprétation du droit communautaire dérivé, en ce compris la directive sur les clauses abusives ?

On enseigne toutefois à juste titre que la directive ne contient qu'une liste indicative et non exhaustive en sorte que

(49) A. THILLY, « Clause d'arbitrage et contrats de voyage », *D.C.C.R.*, 1997, n° 33, pp. 308-323.

(50) Se pose à cet égard la question de savoir si les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire qui régissent l'arbitrage sont « des dispositions légales couvrant une juridiction d'arbitrage » au sens du point q précité ? Les avis sont à cet égard partagés (voy. not. M. BOSMANS, « Oneerlijke en onrechtmatige bedingen : zijn de artikelen 31 en volgende van de W.H.P.C. compatibel met de EEG Richtlijn 93/13 van 5 april 1993 ? », *D.C.C.R.*, 1993-94, p. 703; M. FLAMÉE et K. TROCH, « De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentovereenkomsten op het heersend Belgisch recht », *R.D.C.*, 1996, p. 49).

(51) Voir *supra*, n° 24.

les clauses visées par l'annexe de celle-ci ne peuvent être annulées que sur la base de l'article 31 de la LPC si elles répondent à la définition que porte celui-ci (52).

Cette solution nous paraît avoir été implicitement confirmée par l'arrêt de la Cour de Justice du 27 juin 2000, précédé des conclusions de M. l'avocat général A. SAGGIO (53). Dans cet arrêt, la Cour a en effet eu à connaître du caractère abusif d'une clause visée au point q de l'article 1^{er} de l'annexe à la directive 93/13/CEE en l'absence de transposition de la directive dans le délai prévu. Au terme de son raisonnement, la Cour décide que la clause contraire au point q de l'article 1^{er} de l'annexe à la directive doit être déclarée abusive sur pied de la disposition générale prohibant les clauses abusives (l'article 3 de la directive – l'article 31 de la LPC) (54).

Il semble résulter de cet arrêt que le point q de l'article 1^{er} de l'annexe à la directive ne permet pas de rendre *pro facto* abusive la clause visée par cette disposition mais sert de critère d'appréciation du caractère abusif de cette clause au sens de la définition générale. Les clauses compromissaires doivent donc être confrontées à l'article 31 de la LPC lui-même interprété au regard du point q de l'article 1^{er} de l'annexe à la directive.

En se fondant sur l'arrêt de la Cour de justice du 27 juin 2001, on peut selon nous conclure que la clause d'arbitrage conclue avec un consommateur même avant la naissance du litige n'est pas, en elle-même, une clause abusive, automatiquement nulle. Ce n'est que dans la mesure où cette clause induit un déséquilibre significatif, une rupture d'égalité entre les parties qu'elle peut, le cas échéant, être qualifiée de telle. Dans le cadre de cette appréciation, il convient d'avoir égard à l'approche retenue par la Cour de justice à propos de la clause attributive de compétence. Une telle clause est abusive, selon la Cour, dans la mesure où elle a pour effet de rendre

(52) O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », *Droit de la preuve*, CUP, Volume XIX, Octobre 1997, p. 128.

(53) *Rec.*, p. I-4963, aff. C-240/98 à 244/98.

(54) Point 24 de l'arrêt. Pour un commentaire, voy. not. E. TICHADOU, « Droit privé et droit communautaire : développements récents en législation et en jurisprudence », in *Droit européen, actualités et perspectives*. CUP, mars 2001. Vol. 46. p. 247.

plus difficile l'accès du consommateur à un mode de règlement du litige et à l'inverse à faciliter l'accès du vendeur à ce procédé.

La prohibition des clauses compromissaires ne peut donc résulter que de l'article 31 de la LPC qui doit certes être lu à la lumière du point q de l'article 1^{er} de l'annexe à la directive du 5 avril 1993 (55). La clause ne sera partant abusive et donc nulle que lorsqu'elle induira un déséquilibre, une inégalité dans les chances respectives des parties d'avoir un égal accès à la justice (56).

Si par les frais qu'elle engendre, l'éloignement du lieu de l'arbitrage du pays de l'e-investisseur et son rapprochement de celui du fournisseur de services financiers, la composition du tribunal arbitral ou encore la loi applicable par les arbitres (57), la clause tend à créer un déséquilibre au détriment de l'e-investisseur, elle doit être qualifiée d'abusives au sens de l'article 31 de la LPC (58).

30. – Un faible régime de protection au regard de celui gouvernant les clauses d'élection de for dans les instruments européens. Alors que les clauses d'élection de for dans les contrats conclus par les consommateurs sont sévèrement réglementées par les instruments européens régissant la compétence judiciaire (59), les clauses arbitrales ne font paradoxalement pas l'objet d'un régime strict lorsqu'elles sont conclues par un consommateur.

Les recommandations 98/257/CE et 2001/310/CE de la Commission relatives au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation consacrent certes les principes de la liberté et

(55) Voy. dans ce sens, E. TICHADOU, *op. cit.*, p. 247.

(56) Voy. également dans ce sens, not. P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », *op. cit.*, p. 342, n° 658 et s.; L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 323.

(57) Il nous paraît en particulier que lorsque la clause arbitrale conclue avec l'e-investisseur prévoit que les arbitres devront faire application de la loi d'un Etat tiers à l'Union européenne, elle doit être considérée comme nulle en application des articles 31 et 82, § 2, de la LPC (Comp. avec le régime applicable en matière de concession exclusive de vente et d'agence commerciale, A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 13 et s.).

(58) Comp. avec la situation en France, V. HEUZÉ, note sous Cass. fr., 21 mai 1997, *Rev. crit. d.i.p.*, 1998, p. 87; Ph. FOUCHARD, « Les clauses abusives en matière d'arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 147.

(59) Voy. *infra*, n° 69.

de l'équité selon lesquels la décision de l'organe de résolution extrajudiciaire des litiges ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci en ont été préalablement informées et l'ont expressément accepté et que l'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne peut pas résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend, lorsque cet engagement a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige.

Il en va de même de la résolution du Conseil du 25 mai 2000 qui précise que les initiatives communautaires en matière de résolution des litiges doivent reposer sur une participation volontaire, ne peuvent avoir pour effet de priver le consommateur du droit d'accès à la justice qui lui est reconnu par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme et ne peuvent exclure toute autre voie de réparation administrative ou judiciaire.

Ces recommandations et résolutions n'ont toutefois aucune force obligatoire et aucun effet en droit interne (60) de sorte qu'elles ne permettent pas de s'opposer aux droits nationaux qui valideraient des clauses compromissaires conclues avec les consommateurs. Seul un détour – quelque peu incertain – par la directive sur les clauses abusives permet de limiter les effets de ces clauses lorsqu'elles créent un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur.

Il serait dès lors opportun qu'une réglementation plus contraignante et plus précise en matière de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation fasse son apparition sur le plan communautaire (61).

(60) Sur l'absence de force obligatoire des recommandations de la Commission et des résolutions du Conseil, voy. not. J. VERHORVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 246 et 247.

(61) Lors de la procédure d'adoption du Règlement Bruxelles I, la Commission a à cet égard indiqué qu'elle procéderait prochainement à un examen attentif de la question du règlement alternatif des litiges de consommation (voy. Proposition modifiée de règlement du Conseil du 26 octobre 2000 — COM(2000)689 final, p. 3).

§ 3. – ABSENCE D'EFFETS DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE AU STADE DU DÉCLINATOIRE DE JURIDICTION

31. – Exposé de la question. Les incertitudes ne s'arrêtent cependant pas là. Comment faut-il en effet sanctionner l'existence d'une clause d'arbitrage non valable au regard de la LPC? L'e-investisseur consommateur peut-il saisir les juridictions de sa résidence du litige en dépit de cette clause d'arbitrage? Le fournisseur de services financiers peut-il lui opposer un déclinatoire de juridiction?

Poser la question revient à s'interroger sur l'incidence, au stade du déclinatoire de juridiction, de l'existence d'une loi de police rendant le litige inarbitrable ou la clause non avenue. On sait que cette question est âprement débattue en doctrine et en jurisprudence spécialement à propos des clauses d'arbitrage en matière de concession exclusive de vente (62).

32. – Solution. Toutefois, une thèse récente a, selon nous, fait la démonstration implacable que la *lex fori* est, à tout le moins dans ses dispositions qui constituent des lois de police, applicable à la question de l'arbitrabilité d'un litige (63).

Or, tel est le cas des articles 31 et 32 de la LPC qui peuvent être qualifiés de lois de police (64).

Partant, il nous semble que la validité de la clause arbitrale insérée dans un contrat conclu entre un fournisseur de services financiers et un e-investisseur doit être appréciée, y compris au stade du déclinatoire de juridiction, au regard de la LPC.

Dès lors, lorsque la clause compromissaire contenue dans les conditions générales du fournisseur de services financiers pourra être qualifiée d'abusives au sens de l'article 31 de la LPC, interprété à la lumière du point q de l'article 1^{er} de l'annexe à la directive 93/13/CEE, l'e-investisseur pourra valablement saisir les juridictions compétentes, selon les cas, en vertu

(62) Voy. not. A. NUYS, *op. cit.*, pp. 7 et s. ainsi que les nombreuses références citées par N. COPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 245 et s.

(63) N. COPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, pp. 245 et s.

(64) Voy. not. R. PRIoux, « L'application internationale de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 359, n° 22.

des instruments européens ou du droit commun. Le déclinatoire de juridiction qui lui serait opposé par le fournisseur de services financiers sur la base de la clause arbitrale devra par conséquent être rejeté.

Pour les mêmes raisons, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, rendue sur la base d'une clause compromissoire non valable au regard de la LPC, pourront être refusées en vertu de l'article V, alinéa 2, (a), de la Convention de New-York du 10 juin 1958 (65).

III. – LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE EN MATIÈRE DE CONTRATS CONCLUS AVEC LES E-INVESTISSEURS

33. – Introduction. Les opérations conclues par les e-investisseurs sur Internet portent parfois sur des sommes peu importantes. Dans ces cas, le recours aux tribunaux ne constitue pas, on l'a vu, un mode très approprié de résolution des conflits. La justice apparaîtra en effet souvent trop lente et trop coûteuse aux yeux de l'e-investisseur. C'est la raison pour laquelle, on écrit souvent que les règles relatives aux recours juridictionnels en matière de commerce électronique doivent être considérées plutôt comme des règles de dernier recours (*last resort or default rules*).

Comme on l'a indiqué, les directives sur le commerce électronique et sur la commercialisation à distance des services financiers ne contiennent aucune disposition spécifique sur le règlement judiciaire des différends et n'entendent pas déroger aux dispositions conventionnelles, réglementaires (§ 1) ou de droit commun traitant de la compétence des tribunaux (§ 2).

§ 1^{er}. – LE CONTENTIEUX EUROPÉEN

34. – Règles régissant le contentieux européen. A l'intérieur de l'Union européenne, la compétence judiciaire est réglée par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Cette Convention sera remplacée, à partir du 1^{er} mars 2002, par le règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000

(65) Comp. Cass. 28 juin 1979, *Pas.* 1979. I. 1271.

(Règlement « Bruxelles I ») (66) dans tous les pays de l'Union à l'exclusion du Danemark, à l'égard duquel la Convention de Bruxelles restera applicable. Pour les pays de l'Espace Economique Européen, c'est la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 qui s'applique (67). Ses règles sont, dans la matière qui fait l'objet de la présente étude, identiques à celles de la Convention de Bruxelles (68).

Les Conventions (articles 13 à 15) et le Règlement (articles 15 à 17) prévoient des règles spéciales de compétence judiciaire en matière de contrats conclus par les consommateurs. Après avoir analysé les conditions d'application de ces règles protectrices (A), nous préciserons leur contenu (B).

A. – *Les conditions d'application des règles protectrices des consommateurs*

35. – Principe. L'application des règles protectrices des consommateurs prévues à la section 4 du titre II des Conventions et du chapitre II du Règlement est subordonnée à un ensemble de conditions préalables. Celles-ci sont successivement analysées ci-après.

1. *Il faut un contrat*

36. – Exclusion des actions non contractuelles. Pour bénéficier des règles de compétence protectrices du consommateur, l'action de l'e-investisseur doit être fondée sur un contrat conclu entre ce dernier et la partie qu'il désire attirer devant les juridictions de l'Etat de son domicile.

Saisie de l'interprétation de l'article 5, point 1, de la Convention de Bruxelles, la Cour de Justice a, on le sait, défini strictement la notion de « matière contractuelle » en excluant

(66) JO, L 12 du 16 janvier 2001.

(67) JO, L 319 du 25 novembre 1988, approuvée par l'article 2 de la loi du 27 novembre 1996, *M.B.* 8 janvier 1998. Compte tenu de l'élargissement de l'Union, seules la Norvège, la Suisse et l'Islande sont encore concernées par cette Convention qui a par ailleurs également été ratifiée par la Pologne.

(68) Raison pour laquelle on parlera ci-après des deux instruments sous le vocable commun des « Conventions ».

notamment de celle-ci l'action du sous-acquéreur d'une marchandise contre le fabricant de celle-ci (69).

Cette jurisprudence qui est, à notre estime, transposable aux articles 13 à 15 des Conventions et 15 à 17 du Règlement a pour conséquence que certaines opérations accomplies par les fournisseurs de services financiers ne peuvent être appréhendées sous l'angle des contrats conclus avec les consommateurs mais uniquement sous l'angle de la responsabilité extra-contractuelle (70).

Tel est notamment le cas lorsque le e-investisseur souhaite mettre en cause la responsabilité d'un fournisseur de services financiers ayant, en dehors de toute relation contractuelle, diffusé des informations financières sur la base desquelles l'e-investisseur aurait réalisé ensuite des opérations d'investissement.

C'est également le cas lorsque l'e-investisseur entend agir contre l'intermédiaire financier que le fournisseur de services financiers avec lequel il a contracté s'est substitué pour réaliser l'opération concernée. On pense notamment ici aux systèmes ATS dans lesquels les opérations sont scindées en plusieurs maillons, le fournisseur de services financiers avec lequel l'e-investisseur a contracté sous-traitant l'exécution du contrat. Dans ces hypothèses, il nous paraît que l'e-investisseur ne pourra invoquer le bénéfice des règles protectrices de compétence qu'à l'encontre de son cocontractant direct et non des intermédiaires que ce dernier se serait substitués (71).

(69) C.J.C.E., 17 juin 1992, *Jakob Handte*, aff. C-26/91, *Rec.*, p. I-3697. Pour une analyse complète et récente de cette question, voy. H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAPEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence 1991-1998*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 85 et s.

(70) Pour laquelle la compétence est, on le rappelle, régie par l'article 5, point 3, des Conventions et du Règlement. On souligne toutefois que dans des conclusions rendues le 13 décembre 2001 dans une affaire inscrite sous le numéro C-96/00, M. l'avocat général JACOBS propose à la Cour de justice d'élargir le champ d'application des règles protectrices des consommateurs à l'action introduite par le consommateur pour réclamer à une entreprise le prix que celle-ci lui a laissé croire qu'il avait gagné, bien qu'aucun contrat n'ait été conclu entre les parties.

(71) L'e-investisseur ne pourra pas non plus invoquer le bénéfice de la connexité pour assigner l'intermédiaire que le fournisseur de services financiers avec lequel il a contracté s'est substitué devant les juridictions de sa résidence dès lors qu'il assignerait en même temps son cocontractant. Les articles 6, point 1, des Conventions et du Règlement réservent en effet cette possibilité lorsque le tribunal saisi est celui du domicile de l'un des défendeurs.

2. *Le contrat doit avoir été conclu avec un fournisseur de services financiers « domicilié » sur le territoire d'un Etat membre*

37. – Principe et notions. Conformément aux principes régissant leur champ d'application, les Conventions et le Règlement ne s'appliquent qu'à l'égard des contrats conclus avec un fournisseur de services financiers « domicilié » sur le territoire d'un Etat membre.

Les Conventions ne définissent pas, on le sait, la notion de domicile et renvoient sur ce point au droit interne des Etats contractants. Le juge saisi doit donc appliquer sa propre loi pour savoir si le domicile d'une personne physique se trouve sur le territoire de l'Etat dont relève ce juge et, si une partie n'a pas de domicile dans l'Etat dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre Etat contractant, doit appliquer la loi de cet Etat (article 52). Pour déterminer le siège d'une personne morale, lequel est assimilé au domicile, le juge saisi doit appliquer les règles de son droit international privé (article 53).

Le Règlement Bruxelles I innove toutefois en ce qui concerne la détermination du domicile des personnes morales. Son article 60 prévoit que le domicile des sociétés et personnes morales se définit désormais par rapport à trois critères alternatifs : le lieu du siège statutaire (72), le lieu de l'administration centrale et le lieu du principal établissement (73).

En outre, les articles 13, point 2, des Conventions et 15, point 2, du Règlement disposent que « *lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat* ».

38. – Difficultés d'application en matière d'e-investissement. L'application du critère du domicile n'est pas aisée dans les litiges de la société de l'information. L'e-investisseur

(72) Le Règlement définit par ailleurs la notion de siège statutaire pour le Royaume-Uni et l'Irlande.

(73) Il convient pour déterminer la portée de ces trois critères de se référer à la signification qu'ils revêtent lorsqu'ils sont utilisés à l'article 48 du Traité CE.

peut en effet éprouver des difficultés à déterminer le domicile ou le siège du fournisseur de services financiers (74).

La directive sur le commerce électronique ainsi que la directive sur les services financiers à distance devraient toutefois simplifier la question puisqu'elles obligent les prestataires de services à indiquer sur leur site leur adresse géographique ainsi que leur nom et leurs coordonnées (article 5, point 1, b) et article 3, point 1, a)).

39. – Le serveur n'est pas un domicile ou un établissement. Il est enfin établi qu'un serveur ou un site Internet ne peuvent être considérés comme un domicile (75) ou encore comme un établissement, une agence ou une succursale. En effet, « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un 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 » (76).

3. *Le contrat doit avoir été conclu par un e-investisseur consommateur*

40. – Notion. Le e-investisseur consommateur est celui qui réalise en ligne une opération ou une transaction financière « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » (articles 13 des Conventions et 15 du Règlement).

Ce qui détermine si l'e-investisseur peut être qualifié de consommateur, c'est donc le but poursuivi par ce dernier et non l'activité qu'il exerce par ailleurs.

Interprétant la notion de « consommateur » de manière autonome et communautaire, la Cour de Justice a en effet été amenée à préciser progressivement le champ d'application des règles de compétence en cette matière (77).

(74) B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 403.

(75) Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, n° 918.

(76) Considérant 19 de la directive sur le commerce électronique.

(77) Pour un exposé complet et récent de cette jurisprudence, voy. H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, pp. 222 et s.

Dans l'arrêt *Bertrand* du 21 juin 1978 (78), la Cour, interrogée sur l'ancienne version de l'article 13, qui ne visait que certains contrats de vente et de prêt à tempérament, a décidé que la protection devait être réservée « aux acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par leur faiblesse vis-à-vis des vendeurs, du fait qu'ils sont des consommateurs finals à caractères privés, non engagés (...) dans des activités commerciales ou professionnelles ».

Dans l'arrêt *Benincasa* (79), la Cour de Justice a rappelé que la notion de consommateur doit être interprétée « de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de la Convention ». Se fondant sur le texte de l'article 13 et sur sa jurisprudence antérieure, la Cour précise que, selon la notion communautaire du consommateur, qui doit s'interpréter « de manière restrictive », sont seuls visés « les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu », ce qui exclut les « contrats ayant pour but une activité professionnelle ». Il importe peu en outre que l'activité professionnelle soit actuelle ou future : « le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle ».

La qualité de consommateur ne se détermine donc qu'en fonction d'un contrat déterminé (80). Cette qualité n'est pas acquise une fois pour toutes dans le chef d'une personne (81).

Pour vérifier si un e-investisseur peut invoquer le bénéfice des règles protectrices, il faut par conséquent avoir égard aux buts qu'il poursuit, et donc scruter ses intentions, pour déterminer si le contrat a été conclu pour des besoins de consommation privée ou au contraire avec une finalité professionnelle (82). On ne tiendra donc pas compte des connaissances ou compétences particulières de l'e-investisseur : peu importe qu'il soit ou non profane dans la matière des produits d'investissement.

(78) Aff. 150/77, *Rec.*, p. 1431.

(79) C.J.C.E., 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa / Dentalkit Srl*, Aff. C-269/95, *Rec.*, p. I-3737; *J.T.*, 1997, p. 683, note M. EKELMANS; *R.D.C.*, 1998, p. 386, note I. CORNET.

(80) Selon le point 16 de l'arrêt *Benincasa*, « une seule et même personne peut être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et un opérateur économique dans le cadre d'autres opérations ».

(81) M. EKELMANS, *J.T.*, 1997, p. 685, n° 2.

(82) C.J.C.E., 3 juillet 1997, point 18. Voy. également, C.A. Versailles, 27 janvier 1998, *Euredia*, 1999, p. 73, note P. LUTZ et S. NEUMANN.

Enfin, dans l'arrêt *Shearson Lehman Hutton* (83), la Cour a encore précisé que « la Convention ne protège le consommateur qu'en tant qu'il est personnellement demandeur ou défendeur dans une procédure » : le professionnel, cessionnaire du droit de créance de l'e-investisseur, ne peut donc invoquer la protection qui joue uniquement en faveur de ce dernier.

41. – Difficultés en matière d'e-investissement. La conception « subjective » de la notion de consommateur présente évidemment l'inconvénient de créer une incertitude pour le fournisseur de services financiers, qui n'est en principe pas en mesure de déterminer, sauf information particulière qui lui serait transmise à ce sujet, la finalité poursuivie par l'e-investisseur.

On peut à cet égard se demander dans quelle mesure, les clauses prévues par le fournisseur de services financiers peuvent exercer une influence notamment dans la mesure où elles prévoiraient que les personnes qui contractent le font à des fins professionnelles ou commerciales (84). A notre avis, de telles clauses doivent demeurer sans effet dans la mesure où elles aboutissent à faire renoncer, avant la naissance du litige, l'e-investisseur consommateur à la protection qui lui est offerte sur le plan de la compétence judiciaire.

4. *Le contrat de consommation doit porter sur un produit d'investissement et non sur un produit d'assurance*

42. – Règles spéciales en matière d'assurances. On sait que les Conventions (articles 7 à 12bis) et le Règlement (articles 8 à 14) instituent des règles protectrices de compétence pour les contrats d'assurance (85). Or, certains produits financiers d'investissement prennent la forme de contrats d'assurance. Dans cette mesure, ce sont les règles spéciales en matière d'assurances qui trouvent lieu à s'appliquer et non les règles en matière de contrats de consommation.

(83) C.J.C.E., 19 janvier 1993, *Rec.*, p. I-139, point 23.

(84) Voy. sur l'incidence de la bonne foi du professionnel qui ignore qu'il contracte avec un consommateur, M. FOSS et L. A. BYGRAVE, *op. cit.*, p. 7.

(85) Sur lesquelles, voy. not. H. VAN HOUTTE, « Uitsluitende bevoegdheidsgronden », in *Europese IPR-Verdragen*, Acco, Leuven, 1997, pp. 65 et s.; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1996, pp. 179 et s.

43. – Qualification des contrats hybrides. Un problème délicat de qualification peut dès lors se poser lorsque l'on se trouve en présence d'un contrat hybride, ressortissant à la fois du contrat d'assurance et du produit d'investissement (86). Conformément aux principes généraux d'interprétation des Conventions et du Règlement, il convient d'interpréter la matière des assurances de manière autonome (87). Aussi, une qualification donnée en droit interne, ne vaudra-t-elle pas nécessairement dans le cadre de l'application des dispositions des Conventions et du Règlement en matière d'assurances.

Une tentative d'interprétation communautaire de la notion d'assurances au sens des articles 7 à 12bis des Conventions et 8 à 14 du Règlement pourrait certainement s'inspirer de la législation européenne générale en matière d'assurance (88). Force est de constater à cet égard que, dans la matière qui nous occupe, les directives vie n^{os} 92/96/CEE et 79/267/CEE incluent notamment dans leur champ d'application les assurances en cas de vie et les opérations de capitalisation. Les produits d'investissement rentrant dans ces définitions pourraient donc être qualifiés d'assurances au sens des Conventions et du Règlement même si la qualification de contrat d'assurance leur est parfois déniée en droit interne belge et français (89).

44. – Intérêt. La question de la qualification du contrat (assurance ou contrat de consommation) n'est pas théorique puisque l'e-investisseur, preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire, peut invoquer, sans aucune autre condition, les règles de compétence protectrices en matière d'assurances alors que pour les contrats de consommation, il devra démontrer que le fournisseur de services financiers exerce des activités dans

(86) Sur ces produits, voy. not. J. CERFONTAINE, « Typologie en kenmerken van de hybride financiële producten », in *Bancassurfinance*, M. TISON (ed.), Cahiers AEDBF-Belgium, n^o 11, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 31 et s.

(87) Sur les tentatives de qualifier de manière autonome la notion d'assurances au sens de la Convention de Lugano, voy. not. Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, Volume III, Berne, Staempfli, 1998, pp. 581 et s.

(88) Comp. sur ce point les conclusions de M. l'avocat général N. FENNELLY avant C.J.C.E., 25 février 1999, *Card Protection Plan Ltd (CCP)*, aff. C-349/96, *Rec.*, 1999, p. I-988, point 27.

(89) Voy. not. Y.-H. LELU et D. SCHUERMANS, « Une nouvelle qualification pour certaines prestations d'assurance-vie entre époux communs en biens », note sous C.A., 26 mai 1999, *Bull.ass.*, 1999, pp. 490 et s., et les nombreuses références citées.

l'Etat sur le territoire duquel l'e-investisseur a son domicile ou dirige, par tout moyen, ses activités vers cet Etat (90).

5. *Le contrat de consommation doit être un de ceux énumérés par les Conventions et le Règlement*

a) *Les contrats conclus par l'e-investisseur consommateur dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano*

45. – **Principe.** Les articles 13 à 15 des Conventions ne s'appliquent qu'à certains contrats de consommation :

- les prêts à tempérament et les opérations de crédit assimilées (91),
- les contrats ayant pour objet la vente d'objets mobiliers corporels ou la fourniture de services si (a) la conclusion du contrat a été précédée d'une offre ou d'une publicité dans l'Etat du domicile de l'e-investisseur et (b) que les actes nécessaires à la conclusion du contrat ont été accomplis dans cet Etat.

Est, dans ce dernier cas, seul protégé l'e-investisseur « passif » : il doit avoir été l'objet de sollicitations préalables du fournisseur de services financiers et (les conditions sont cumulatives) il doit avoir contracté depuis l'Etat de son domicile.

(1) *L'offre ou la publicité dans l'Etat de l'e-investisseur*

46. – **Offres et publicité en ligne.** La diffusion des informations, offres et publicités en ligne a suscité de nombreux débats quant au point de savoir si l'on peut considérer qu'elles ont été spécialement faites dans l'Etat du consommateur (92) : la simple visualisation de l'offre publiée sur le site du fournisseur de services financiers suffit-elle pour que l'on puisse consi-

(90) Voy. *infra*, n° 52 et s.

(91) Sur la notion de vente à tempérament, voy. not. C.J.C.E., 27 avril 1999, *Mietz*, aff. C-99/96, *Rec.*, 1999, I-2277. Sur les contrats de prêt, vby. Colmar, 24 février 1999, *Euredia*, 1999, p. 409, note M. VAN HUFFEL.

(92) Sur ces débats, on consultera avec intérêt l'étude de K. BROECKX et B. DE GROOTE, *op. cit.*, pp. 45 et s., n° 82 et s. qui réalisent un inventaire très complet des hypothèses d'offre et publicité dans l'environnement électronique. Les auteurs y envisagent spécialement la question de savoir si l'on peut considérer qu'il y a ou non une offre spécialement faite dans les situations suivantes : consommateur qui consulte de sa propre initiative le site (non), offre par e-mail (oui), bannières (oui), moteurs de recherches (non), hyperliens (non sauf s'il résulte des circonstances qu'ils revêtent un caractère publicitaire).

dérer qu'une publicité ou une offre ont été réalisées dans l'Etat du domicile de l'e-investisseur ? Faut-il considérer que la diffusion de l'offre est alors universelle et désigne tous les pays où elle est accessible ou, au contraire, ne désigne aucun Etat en particulier ?

47. – **Simple consultation du site.** Selon l'Association Belge des Banques (ABB), le fait pour le consommateur de se rendre sur le site du fournisseur et de décider d'y conclure un contrat en ligne relève dans le chef du fournisseur de la libre prestation de services « passive ». La réponse paraît évidente (93).

Il se peut toutefois que la consultation du site par l'e-investisseur ait été induite par une publicité quelconque dans l'Etat de ce dernier. Celle-ci peut s'être réalisée de manière *off line* : campagne publicitaire à la télévision, dans les journaux pour tel ou tel site financier. Elle peut également avoir eu lieu *on line*.

48. – **Spamming, bannières et moteurs de recherche.** A cet égard, selon l'ABB, seules les offres non sollicitées par courrier électronique (*spamming*) émanant de fournisseurs de services financiers seraient concernées par l'article 13 des Conventions (94). On peut toutefois également y ajouter le cas d'une bannière (95) renvoyant au site du fournisseur de produits financiers lorsque, dans le cadre de l'utilisation d'un moteur de recherche, un internaute introduit un mot-clé, évocateur des services offerts par le prestataire dans la fenêtre de soumission du moteur (96). En revanche, la simple utilisation d'un moteur de recherche pour trouver des sites relatifs à

(93) Voy. dans ce sens, B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 398 : le serveur qui héberge le site ne fait que répondre à une requête adressée par l'internaute, par l'intermédiaire de son logiciel de navigation ; R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 193, n° 8.

(94) R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 193, n° 9.

(95) Sur la différence entre la bannière et le lien hypertexte figurant sur un autre site, voy. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 194, n° 13.

(96) Th. VERBIEST et L. ROLIN JACQUEMYS, *op. cit.*, p. 72. Sur la question de savoir si l'e-investisseur concerné doit concrètement être entré en contact avec le prestataire de services financiers via sa bannière ou s'il suffit qu'une telle publicité existe même si ce n'est pas par son intermédiaire que le consommateur est entré en contact avec le prestataire, voy. R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 193, n° 10.

l'offre en ligne de produits et services financiers ne peut suffire (97).

49. – Problèmes de preuve. Des problèmes vont également surgir quant à la preuve de la réception d'une offre ou d'une publicité : si l'e-investisseur peut assez facilement conserver la preuve d'un courrier électronique reçu (notamment un *spam*) en l'enregistrant, comment prouver l'existence d'une bannière déterminée, lorsque le contenu de celle-ci change à chaque connexion ? (98)

(2) *La conclusion du contrat par l'e-investisseur dans l'Etat de sa résidence*

50. – Une condition difficile à appliquer. Lorsqu'elle intervient en ligne, il est assez difficile de déterminer où l'acceptation de l'e-investisseur s'est exprimée (99).

Il semble toutefois admis que, en matière de services financiers en ligne, si l'e-investisseur conclut le contrat sur Internet, par exemple en remplissant un formulaire *ad hoc* sur le site web du fournisseur, il doit être considéré comme « *ayant accompli dans son pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat* » (100).

Il est toutefois absurde de limiter la protection aux e-investisseurs qui opèrent chez eux tandis que ces mêmes e-investisseurs pourraient opérer de n'importe quel lieu à condition d'avoir accès à une connexion Internet ou même un GSM WAP (101).

C'est la raison pour laquelle cette deuxième condition a été purement et simplement supprimée dans le Règlement Bruxelles I.

(97) R. STERNNOT, *op. cit.*, p. 194, n^{os} 11-12.

(98) R. STERNNOT, *op. cit.*, p. 193, n^o 10.

(99) S. FRANCO, « Internet, un monde sans frontières ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », *Ubiquité*, 2000/7, p. 47 s., spéc. p. 55.

(100) Th. VERBIEST et L. ROLIN JACQUEMYS, *op. cit.*, p. 72.

(101) M. PERTEGAS-SENDER, *op. cit.*, p. 192, n^o 7.

b) *Les contrats conclus par l'e-investisseur consommateur dans le Règlement Bruxelles I*

51. – Elargissement. Le Règlement élargit le champ d'application matériel des contrats conclus avec les consommateurs en ce qu'il ne limite plus la protection aux contrats de fournitures de biens corporels et de services. Tous les contrats de consommation sont désormais visés.

Ensuite, il n'est plus nécessaire qu'une publicité soit spécialement faite dans l'Etat du domicile de l'e-investisseur et que celui-ci manifeste son acceptation dans cet Etat.

Il suffit désormais que le fournisseur de services financiers, qui n'exerce pas son activité dans l'Etat du domicile de l'e-investisseur, « *dirige ses activités vers cet Etat, ou plusieurs Etats* » dont celui du domicile de l'e-investisseur, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Cette nouvelle définition du champ d'application spatial des règles protectrices en matière de contrats conclus avec les e-investisseurs consommateurs implique que soient déterminées les hypothèses où une activité de services financiers est « *dirigée* » vers l'Etat du domicile de l'e-investisseur.

(1) *Quand une activité de services financiers est-elle dirigée vers un Etat ?*

52. – Notion d'activité dirigée. Le simple fait que le site web du fournisseur de services financiers soit accessible dans le pays de l'e-investisseur suffit-il pour que l'activité du fournisseur de services financiers soit « *dirigée* » vers le pays du consommateur ?

Comment faut-il, en d'autres termes, interpréter la notion d'activité « *dirigée* » ? On connaît les débats que cette question a suscités lors de la procédure d'adoption du Règlement.

53. – Position de la Commission. L'exposé des motifs de la proposition de Règlement élaborée par la Commission (102) énonce que « *le concept d'activité dans ou dirigée vers l'Etat du domicile du consommateur a pour objet de rendre clair que le point 3 s'applique au contrat de consommation passé par un site*

(102) JO, C 376 du 28 décembre 1999, pp. 1 et s.

Internet interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur. Le simple fait que le consommateur ait pris connaissance d'un service ou de la possibilité d'acheter des marchandises via un site Internet passif accessible dans l'Etat de son domicile ne suffit pas à faire jouer la compétence protectrice ».

Le critère qui paraît donc décisif aux yeux de la Commission est l'existence d'un site interactif ou simplement passif. Les sites « actifs » seraient ceux qui permettent d'effectuer toutes les opérations pour conclure et exécuter le contrat et les sites « passifs » seraient ceux qui n'offrent que des informations et obligent le consommateur à avoir une attitude plus active pour conclure le contrat à l'extérieur du site (par téléphone ou fax par exemple).

Dans cette interprétation, le point 3 de l'article 15 du Règlement s'appliquerait dès que le contrat est passé par l'intermédiaire d'un site interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur (103). Selon la Commission, l'existence du contrat de consommation conclu en ligne serait en elle-même « une indication claire que le fournisseur de biens ou de services a dirigé son activité commerciale vers l'Etat du domicile du consommateur » (104).

En d'autres termes, dès que le site du fournisseur de services financiers permet à un e-investisseur consommateur de procéder à des opérations et/ou à des transactions en ligne (ouvrir un compte, passer des ordres de bourse, souscrire un contrat d'assurance-vie, ...), il y aurait lieu de considérer que ce fournisseur « dirige » ses activités de services financiers vers l'Etat de l'e-investisseur (105).

En revanche, si le site du fournisseur de services financiers ne permet pas de réaliser de telles opérations et/ou transactions mais se borne à fournir des informations en ligne sur les produits et services financiers du fournisseur, cette circonstance ne permettrait pas de considérer, en l'absence d'autre

(103) R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 195, n° 17.

(104) Proposition modifiée de règlement du conseil du 26 octobre 2000, COM(2000) 689 final, p. 6.

(105) Voy. not. dans ce sens, H. CROZE, « Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Procédures*, avril 2001, p. 8, n° 10.

éléments, que l'activité de services financiers est « dirigée » vers un Etat parce que le site est accessible dans cet Etat.

54. – Position du Parlement européen. Dans le cadre de son avis sur la proposition de Règlement, le Parlement européen a proposé d'amender le texte proposé par la Commission pour préciser qu'un site est « actif » lorsque « l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de manière substantielle, vers l'Etat du consommateur ». Dans sa proposition modifiée de règlement, la Commission n'a toutefois pas accepté cet amendement (106).

55. – Position du Conseil. Le Conseil n'a pas expressément tranché la question. Il a certes adopté le texte proposé par la Commission. Il ne semble toutefois pas avoir avalisé purement et simplement la thèse très extensive de la Commission puisque le considérant 13 du préambule de la proposition modifiée de Règlement présentée par la Commission qui prévoyait que « la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un Etat membre constitue une activité dirigée vers cet Etat » n'a pas été retenu dans la version du Règlement finalement adoptée par le Conseil.

56. – Site dirigé v/s site accessible. La distinction entre site « passif » et site « actif » retenue par la Commission nous paraît erronée et insatisfaisante (107). La classification doit en réalité s'opérer entre site « dirigé » et site « accessible » (108) et non entre site « passif » et site « interactif ». Seul un site dirigé est de nature à entraîner le jeu des règles protectrices.

Pour déterminer si son activité est dirigée vers un Etat, il faut selon nous vérifier si le fournisseur de services financiers a, de quelque façon que ce soit, y compris par des moyens électroniques, entrepris des démarches pour offrir ses activités aux e-investisseurs du pays concerné.

(106) Proposition modifiée de règlement du Conseil du 26 octobre 2000, COM(2000) 689 final.

(107) En effet, si certains des éléments du site, même passif, permettent de conclure que les services financiers sont également offerts à destination de l'Etat concerné (par exemple, en raison des produits offerts, ...), l'activité de services financiers doit, selon nous, être considérée comme dirigée vers cet Etat.

(108) Voy. dans ce sens, L. ROEGIES, « Quelques réflexions critiques sur le cadre légal pour la libre prestation de services bancaires et financiers », *Euredia*, 2000/2, p. 154.

Il ne fait pas de doute que les publicités, sollicitations et autres démarchages déjà analysés dans le cadre des articles 13 et 15 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, sont de tels moyens (bannière ou bandeau publicitaire, site ou forum de discussion, *spamming*, ...) (109)

Mais, en l'absence de tels éléments, il convient de dégager des critères qui permettent de considérer qu'une activité est dirigée vers l'Etat de l'e-investisseur.

57. – Faisceau d'indices. Il est donc nécessaire d'exiger, à côté de la conclusion de l'opération avec l'e-investisseur, condition *sine qua non* de l'existence d'un contrat de consommation (110), la présence d'autres indices permettant de considérer, sans toutefois aller jusqu'à la publicité ou au démarchage, que l'activité du fournisseur de services financiers est effectivement dirigée vers un ou plusieurs Etats (111).

Rejoignant les pertinentes considérations émises par M. Roeges (112), il nous semble à cet égard qu'un parallèle doit être fait avec la notion d'activité dirigée pour la compétence des autorités de régulation et de contrôle. Selon cet auteur, « seule la sollicitation faite par voie de sites dirigés entraîne, selon ces autorités, l'obligation de respecter les règles nationales visant à la protection des épargnants et des investisseurs. Les opérations électroniques qui sont conclues par la voie d'un site accessible par des résidents mais non dirigé vers eux, ne nécessite par contre pas le respect de ces règles protectrices » (113).

58. – Doctrine des autorités prudentielles. Les autorités prudentielles (américaines [114], internationales [115],

(109) Voy. *supra*, n° 48.

(110) Voy. *supra*, n° 36.

(111) Voy. également dans ce sens, A. NUYTS, « La communautarisation de la Convention de Bruxelles par le Règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l'effet des décisions en matière civile et commerciale », *J.T.*, 2001, pp. 917 et s.

(112) L. ROEGES, *op. cit.*, p. 154.

(113) L. ROEGES, *op. cit.*, p. 154.

(114) Voy. le rapport de la SEC : <<http://www.sec.gov/news/spatindx.htm>>.

(115) Voy. les recommandations de l'OICV sur l'offre des services financiers sur internet : <<http://www.iosco.org>>.

belges [116] et françaises [117]) ont en effet développé, de manière prétorienne, un certain nombre des critères permettant de considérer qu'un fournisseur de services financiers dirige ses activités vers un Etat (118).

Ainsi, dans le livre blanc de décembre 2000, la Commission Bancaire et la Banque de France ont énuméré un certain nombre d'indices qui permettent de considérer, pour caractériser les cas entrant dans le champ d'application de la LPS, qu'une activité financière est dirigée vers la France. Ces critères reposent tous sur l'existence d'une démarche active du prestataire pour fournir ses services à la clientèle du pays concerné (119) : le site est rédigé dans la langue du client, les portails sont localisés dans le pays du client, le site du prestataire est référencé dans les moteurs de recherche du pays du client, le prestataire a recours à des bandeaux publicitaires associés à un lien hypertexte sur des sites du pays du client, le prestataire a recours à des envois de mailings auprès de clients résidant dans d'autres Etats membres, le prestataire se fait connaître sur les forums de discussion spécialisés en matière bancaire et financière dans le pays du client, le prestataire tend à introduire un doute quant à sa localisation géographique précise en utilisant un nom de domaine permettant de penser qu'il est installé dans le pays du client d'un autre Etat membre, ...

Comme le relève le livre blanc, ces « éléments ne sont pas tous de la même importance. C'est leur réunion qui permet la constitution d'un faisceau d'indices. Leur liste n'est pas limitative et peut être revue par les autorités compétentes en fonction de l'évolution des techniques et pratiques utilisées sur le réseau » (120).

C'est donc finalement en prenant en considération l'ensemble des éléments de la cause que l'on pourra établir si l'ac-

(116) Voy. l'annexe à la circulaire de la CBF du 5 mai 2000, « Services financiers sur internet : exigences prudentielles » : <http://www.cbf.be/pe/ped/fr_dl_2000_2_ann.pdf>.

(117) Voy. le Livre blanc de décembre 2000 de la Commission Bancaire et de la Banque de France, *Internet*, quelles conséquences prudentielles ? : <<http://www.banque-france.fr/fr/telech/lbinet.pdf>>.

(118) Voy. Th. VERBIEST et L. ROLIN JACQUEMYS, *op. cit.*, pp. 74 et s.; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, « Questions de droit financier en relation avec l'offre de produits et de services financiers sur le réseau internet », in K. BYTTERIER (éd.), *Internet & Recht*, Anvers, Maklu, 2001, pp. 560 et s.

(119) Livre blanc, *précité*, p. 42.

(120) Livre blanc, *précité*, p. 42.

tivité d'un fournisseur de services financiers est ou non « dirigée » vers l'Etat du domicile de l'e-investisseur.

(2) *Clauses et autres techniques de limitation de la destination des activités financières*

59. – Inconvénients engendrés par l'approche « souple » de la notion d'activité dirigée. La solution qui vient d'être dégagée présente cependant l'inconvénient, en raison de son caractère souple, d'être imprévisible dans la mesure où le point de savoir si un fournisseur de services financiers a ou non dirigé ses activités vers l'Etat du domicile de l'e-investisseur devra être apprécié à l'aune de l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce.

Est-il dès lors envisageable de recourir à des moyens permettant de pallier à l'insécurité engendrée par cette imprévisibilité ? Pour éviter de tomber dans le champ d'application de l'article 15 du Règlement Bruxelles I, les fournisseurs de services financiers en ligne pourraient recourir à différentes méthodes (121).

60. – Ciblage du marché visé. Les fournisseurs de services financiers pourraient tout d'abord énoncer expressément dans leur offre que celle-ci ne s'adresse pas à n'importe qui mais uniquement aux ressortissants de tel ou tel Etat bien déterminé par des dispositions précises sur le marché ciblé (targeted markets) (122). Cela ne nous paraît toutefois pas suffisant dès lors que même en présence de cette clause, le fournisseur aurait néanmoins accepté de contracter avec un e-investisseur domicilié dans un Etat ne faisant pas partie du marché visé (123).

61. – Refus de contracter. La seule solution permettant d'éviter le jeu des règles protectrices consiste, selon nous, à adopter des mesures techniques adéquates pour rejeter toute commande provenant d'un e-investisseur domicilié dans un

(121) Voy. sur ces méthodes spécialement pour les services financiers, H. BOUILHOL, « Les aspects juridiques de l'e-banking », *Banque & Droit*, n° 74, 2000, p. 9.

(122) Voy. not. Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, p. 492, n° 956; M. PERTEGÀS-SENDER, *op. cit.*, p. 193, n° 10.

(123) Voy. dans ce sens, H. BOUILHOL, *op. cit.*, p. 9.

Etat non désiré (124). Cette solution implique évidemment que le domicile de l'e-investisseur soit identifiable. Dès lors, le fournisseur de services financiers qui veut s'assurer que ses services ne pourront être considérés comme dirigés vers un Etat concerné veillera non seulement à préciser que ses services ne sont pas destinés aux investisseurs de tel ou tel Etat mais également à prendre les mesures nécessaires afin de pouvoir identifier le domicile de l'e-investisseur qui veut recourir à ses services et, le cas échéant, à refuser de passer le contrat en ligne dès lors que ce dernier est domicilié dans un Etat qui n'est pas visé par les services financiers offerts sur le site (125).

Se pose alors inévitablement la question de la fausse déclaration qui serait faite par un e-investisseur. Le fournisseur ne peut être tenu des informations inexactes données par l'e-investisseur sauf s'il existe des indices sérieux qui permettent de croire que le client est en réalité ressortissant ou domicilié dans un Etat non visé par l'offre (par exemple par le paiement d'ordres par des chèques tirés sur une banque de cet Etat) et que le fournisseur ne procède pas à de plus amples investigations pour s'assurer que tel n'est pas le cas (126).

62. – Rendre les services financiers inaccessibles aux pays non visés. Une méthode plus radicale encore consisterait à rendre inaccessible, par des moyens techniques appropriés, le site concerné dans certains pays (127).

B. – *Les règles de compétence en matière de contrats conclus avec les e-investisseurs consommateurs*

1. *Règles de compétence*

63. – Sièges de la matière. Les articles 14 des Conventions et 16 du Règlement fixent, de manière simple, la compétence

(124) M. PERTEGÀS-SENDER, *op. cit.*, p. 193, n° 10.

(125) Voy. dans ce sens, l'annexe à la circulaire de la CBF du 5 mai 2000 sur les services financiers à distance, p. 7.

(126) Voy. sur ce point, les recommandations de la SEC.

(127) M. PERTEGÀS-SENDER, *op. cit.*, p. 193, n° 10.

des juridictions des Etats membres en matière de contrats conclus par un e-investisseur consommateur (128).

64. – L'e-investisseur est demandeur. L'e-investisseur consommateur peut assigner le fournisseur de services financiers soit devant les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel le fournisseur est domicilié, soit devant les tribunaux de l'Etat du domicile de l'e-investisseur (article 14, point 1, des Conventions). Le règlement transforme cette deuxième branche de l'alternative en une compétence spéciale en prévoyant que l'e-investisseur peut assigner le fournisseur de services financiers devant le tribunal du lieu de son domicile (article 16, point 1).

65. – Le fournisseur de services financiers est demandeur. Le fournisseur de services financiers ne peut assigner l'e-investisseur que devant les tribunaux de l'Etat du domicile de ce dernier (articles 14, point 2, des Conventions et 16, point 2, du Règlement).

66. – Demande reconventionnelle. Ces règles ne portent pas atteinte au droit pour chacune des parties d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément aux règles précitées (articles 14, point 3, des Conventions et 16, point 3, du Règlement).

2. Dérivation par une clause d'élection de for

67. – Information préalable. L'article 3, point 1, n) de la proposition de directive sur les services financiers à distance prévoit que dès avant la conclusion du contrat, une information doit être donnée à l'e-investisseur sur l'éventuelle clause de juridiction contenue dans celui-ci.

68. – Conditions de forme. L'article 27, point 2, du Règlement Bruxelles I met fin aux difficultés suscitées, au regard des conditions de forme, par la clause d'élection de for souscrite en ligne puisqu'il prévoit que « toute transmission par

(128) Sur ces règles, voy. not. P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*. Paris. L.G.D.J., 1996, p. 546, n° 59.

voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

Partant, l'on enseigne que « la conclusion de conditions en ligne contenant une clause attributive de juridiction sera indubitablement valable si les conditions sont confirmées par l'envoi d'un courrier électronique, dans la mesure où il s'agira d'une information consultable ultérieurement sur le disque dur de l'ordinateur de l'acheteur tandis que le seul affichage à l'écran des conditions, suivi de leur impression à titre d'archivage sera probablement jugé insuffisant » (129).

69. – Conditions de fond. Selon les articles 15 des Conventions et 17 du Règlement, les clauses d'élection de for ne sont valables que si elles :

- 1) sont postérieures à la naissance du différend, ou
- 2) permettent à l'e-investisseur de saisir d'autres juridictions que celles de son pays ou de celui du fournisseur de services financiers, ou
- 3) sont conclues à un moment où le fournisseur de services financiers et l'e-investisseur étaient domiciliés dans le même Etat et attribuent compétence aux tribunaux de cet Etat, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions.

Les clauses attributives de juridiction qui figurent dans les conditions générales des sites de services financiers et qui prévoient la compétence exclusive des tribunaux du siège du fournisseur ne sont donc pas valables et ne lient pas l'e-investisseur consommateur.

§ 2. – LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL

70. – Exposé de la question. Lorsque le fournisseur de services financiers n'est pas « domicilié » dans un Etat partie aux Conventions de Bruxelles et de Lugano ou membre du Règlement Bruxelles I, l'e-investisseur ne jouit pas de la protection des dispositions de ces instruments relatives à la compétence judiciaire pour les contrats conclus par les consommateurs. Il serait cependant faux d'écrire que l'e-investisseur ne dispose d'aucune protection contre les éventuelles clauses

(129) Th. VERBIEST et E. WÉRY, *op. cit.*, p. 477, n° 924.

d'élection de for contenues dans les conditions générales du fournisseur de services financiers en ligne et que celles-ci font obstacle à ce que l'e-investisseur puisse saisir les juridictions du lieu de son domicile.

Certaines dispositions du droit belge accordent en effet au consommateur une protection contre les clauses d'élection de for (130). Après avoir brièvement justifié l'application de la loi belge à l'examen de la validité d'une clause d'élection de for, nous examinerons le contenu de la protection dont dispose l'e-investisseur confronté à une telle clause.

71. – Appréciation de la validité des clauses d'élection de for à l'aune de la *lex fori*. Ainsi qu'on l'a récemment démontré, la question de l'admissibilité de la clause d'élection de for doit être appréciée à l'aune de la *lex fori* (131) et, spécialement, des lois de police du for.

Dès lors qu'un juge belge serait saisi, en dépit d'une clause d'élection de for, de l'action intentée par un e-investisseur consommateur à l'encontre d'un fournisseur de services financiers établi en dehors de l'Espace Economique Européen, il devrait dès lors apprécier la validité d'une telle clause au regard du droit belge.

A cet égard, depuis le 1^{er} mai 2001, certaines dispositions de la LPC, dont la prohibition des clauses abusives, sont, on l'a vu, applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs en vertu d'un arrêté royal du 5 décembre 2000 (132).

La validité des clauses contractuelles qui prévoiraient la compétence territoriale des tribunaux du siège du fournisseur de services financiers, établi en dehors de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen, à l'exclusion de celle des tribunaux du lieu du domicile de l'e-investisseur doit partant être appréciée à l'aune des dispositions de la LPC et, en particulier, de ses articles 31 et 32, point 20.

(130) Voy. Y. BRULARD et P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 21, n° II.2.5.1. et p. 60, n° III.4.3.1.

(131) Voy. N. COIPEL-CORDONNIER, *op. cit.*, p. 73, n° 74.

(132) Voy. les références citées à la note 47.

72. – Application de l'article 32, point 20, LPC. La clause d'élection de for pourrait tout d'abord être réputée inexistante en vertu de l'article 32, point 20, de la LPC (133).

Cette disposition déclare en effet abusives et répute dès lors inexistantes les clauses qui ont pour objet de « *permettre au demandeur, au moyen d'une élection de domicile figurant dans le contrat, de porter sa demande devant un juge autre que celui désigné par l'article 624, 1^o, 2^o et 4^o, du Code judiciaire* ».

Par conséquent, « *demeurent seules licites les clauses, qui outre le renvoi au droit commun, se réfèrent aux seules possibilités de l'article 624, 1^o, 2^o et 4^o, du Code judiciaire. Une clause d'élection de compétence auprès d'un tribunal déterminé va donc être nulle, sauf si, par hasard, son effet correspondait à la compétence fixée par le Code* » (134).

La clause attributive de compétence contenue dans des conditions générales permettant au fournisseur de services financiers de porter sa demande devant un autre juge que celui visé à l'article 624, 1^o, 2^o et 4^o du Code judiciaire est, partant, réputée non écrite. Cette nullité doit, le cas échéant, être soulevée d'office par le juge.

La protection assurée à l'e-investisseur par l'article 32, point 20 de la LPC, conçue dans un contexte purement national (puisqu'elle fait référence aux règles de compétence territoriale interne du Code judiciaire) est toutefois très relative.

Cette disposition n'interdit en effet pas la clause d'élection de for qui attribue compétence au juge du lieu dans lequel les obligations en litige ou l'une d'entre elles sont nées ou dans lequel elles sont, ont été ou doivent être exécutées (article 624, 2^o, du Code judiciaire).

La clause attribuant compétence aux juridictions du siège du fournisseur de services financiers n'est dès lors pas nulle lorsque l'obligation qui sert de base à la demande de l'e-inves-

(133) Pour un commentaire de cette disposition, cons. I. DEMUYNCK, « De onrechtmatige bedingen », *A.J.T.-Dossier*, 1995-96, pp. 11-13 et « De bescherming van de consument tegen een onrechtmatig bevoegdheidsbeding », *Ann. Prat. Comm. et Concurrence* 1999, pp. 201 et s.

(134) A. DE CALUWÉ et autres, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 12.97.(6).

tisseur doit y être exécutée (on pense, par exemple, à la passation d'un ordre sur un marché étranger) (135).

73. – Application de l'article 31 LPC. L'e-investisseur pourrait cependant défendre qu'une clause d'élection de for qui l'obligerait à assigner le fournisseur de services financiers devant les tribunaux du siège de ce dernier constitue une clause abusive au sens de l'article 31 de la LPC.

Cette solution résulte, selon nous, de l'arrêt précité de la Cour de justice du 27 juin 2000 (136). Dans cette affaire, la clause litigieuse attribuait précisément compétence aux juridictions du siège du vendeur. Une telle clause a été déclarée abusive par la Cour de justice sur la base de la norme générale de l'article 3 de la directive 93/13/CCE (qui en Belgique est contenue à l'article 31 de la LPC) dès lors qu'elle « *fait peser sur le consommateur l'obligation de se soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile, ce qui est susceptible de rendre sa comparution plus difficile* ».

Sur la base de cette jurisprudence, l'e-investisseur peut donc assigner le fournisseur de services financiers, établi en dehors de l'Espace Economique Européen, devant les juridictions compétentes selon le droit commun en dépit de l'existence d'une clause d'élection de for attribuant une compétence exclusive aux juridictions du siège du fournisseur. Le déclinatoire de juridiction qui serait opposé par ce dernier sur la base de cette clause devrait être rejeté en raison du caractère abusif de celle-ci.

CONCLUSION

74. – Un bilan mitigé. L'examen de la protection de l'e-investisseur sur le plan de la résolution des litiges conduit à établir un bilan mitigé.

(135) Sans évoquer l'hypothèse où les conditions générales du fournisseur de services financiers prévoient que toutes les obligations du fournisseur doivent être exécutées à son siège social, sur la portée de telles clauses au regard de l'article 32, point 20, de la LPC, voy. I. ДЕМУНЬОН, « De bescherming... » *op. cit.*, p. 213, n^{os} 31 et 32. Comp. en France, Cass. fr., 2^e ch., 18 janvier 2001, *Procédures*, mars 2001, p. 7 et note R. PERRON.

(136) Aff. C-240/98 à 244/98, *Rec.*, I-4963.

Le réseau FIN-NET, basé sur l'adhésion des organes nationaux de résolution des litiges en matière financière à un réseau européen de règlement extrajudiciaire des litiges, constitue une avancée remarquable dans la constitution d'un réseau européen d'organes de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Les mécanismes qu'il met en place sont efficaces, peu coûteux, rapides et soucieux du respect des droits de l'e-investisseur et du fournisseur de services financiers (137).

La protection de l'e-investisseur peut par contre sembler excessive sur le plan de la compétence judiciaire dans le contentieux européen (138) alors que l'e-investisseur dispose pourtant de la garantie que toute juridiction d'un Etat membre qui serait saisie lui appliquera les dispositions impératives du lieu de sa résidence lorsque les conditions d'application de l'article 5 de la Convention de Rome sont réunies.

En revanche, la protection de l'e-investisseur peut paraître bien faible face à un fournisseur de services financiers qui lui imposerait une clause compromissoire ou encore face à celui qui, établi en dehors de l'Espace Economique Européen, stipulerait une clause d'élection de for en faveur des juridictions de l'Etat de son siège social et, alors même que dans ces hypothèses, il n'existe aucune garantie que l'organe de résolution du litige appliquera les dispositions légales protectrices de l'Etat de la résidence de l'e-investisseur. Dans ce dernier cas, seul le détour incertain par les règles de la loi sur les pratiques du commerce permet de faire échec à la clause compromissoire (139) ou attributive de juridiction (140) qui placerait le consommateur dans une situation à ce point difficile qu'elle aboutirait à le décourager d'exercer tout recours contre le fournisseur de services financiers.

1^{er} octobre 2001.

(137) Voy. *supra*, n^{os} 12 et s.

(138) Voy. *supra*, n^{os} 34 et s.

(139) Voy. *supra*, n^{os} 27 et s.

(140) Voy. *supra*, n^{os} 70 et s.

BESCHERMING
VAN DE BELEGGER
EN DE E-BELEGGER

Verslagen van het colloquium van 27 april 2001,
gezamenlijk georganiseerd door de Belgische sectie
van de Europese Vereniging voor Bank- en Financieel Recht
en het Instituut Financieel Recht, Universiteit Gent

LA PROTECTION
DE L'INVESTISSEUR
ET DE L'E-INVESTISSEUR

Actes du colloque du 27 avril 2001
organisé conjointement par la section belge
de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier
et L'Institut Financieel Recht, Université de Gand

Redactie / Rédaction
Michel TISON

EXTRAIT

BRUYLANT
BRUXELLES

2 0 0 2